

**Dignidade Humana (*Menschenwürde*):
evolução histórico-filosófica do conceito e de
sua interpretação à luz da Jurisprudência
do Tribunal Constitucional Federal alemão,
do Supremo Tribunal Federal e do
Tribunal Europeu de Direitos Humanos**

Orientador: Ministro Gilmar Ferreira Mendes

Coorientador: Professor Doutor Marcelo Neves

Examinador: Desembargador Federal Néviton Guedes

Examinando: João Costa Ribeiro Neto

À Ana Luiza, cujo amor e
companheirismo tornam minha vida algo
digno de ser vivido. Em particular, pelos
efeitos *ex tunc* que sua chegada produziu
e continua a produzir em minha vida.

Aos meus pais, João e Rosilene, por me
terem dado as asas de que eu precisava
para voar.

Aos meus irmãos, Clarissa e Mateus,
companheiros muito amados desta
jornada que é a vida. Em especial, pelas
madrugadas juntos, em que sonhávamos
acordados.

Agradecimentos

Ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes, pela generosidade e solicitude durante a orientação deste trabalho. Agradeço ainda a Sua Excelência pelos debates, conversas e sugestões sobre este texto, pelas notáveis exposições às quais pude assistir enquanto aluno do Mestrado da UnB e, em especial, pela oportunidade de, na qualidade de monitor da disciplina “Direito Constitucional 2”, ministrar aulas para um instigante grupo de bacharelados em Direito da Universidade de Brasília (UnB), que me mostrou o quão gratificante é ministrar aulas, desde que se ensine para os alunos certos.

Ao Professor Marcelo Neves, coorientador desta dissertação, que o destino fez ser, tantas vezes, decisivo e crucial durante minha vida acadêmica, agradeço por todas as vezes em que, de alguma forma, me ajudou, pelas discussões e comentários sobre o tema desta dissertação, pelas brilhantes aulas ministradas durante o tempo em que cursei o Mestrado na UnB, bem como pelo magnífico exemplo pessoal que ele dá, na condição de um sólido, dedicado e talentoso acadêmico.

Ao Desembargador Federal Néviton Guedes, por ter aceitado participar, na qualidade de examinador, da banca avaliadora deste texto. Agradeço, outrossim, a Sua Excelência por escrever, semanalmente, artigos incríveis sobre a dogmática dos direitos fundamentais, dividindo com todos os seus assíduos leitores (entre os quais me incluo!) uma pequena parte de seu enorme conhecimento e esclarecendo uma série de erros conceituais, clichês e estereótipos que insistem em permanecer no discurso jurídico de muitos. Os inúmeros textos de Sua Excelência difundem o conhecimento e demonstram a acurácia técnico-jurídica e o conhecimento profundo do Desembargador.

Ao Professor Virgílio Afonso da Silva, por ter escrito alguns dos mais percucientes livros de direito constitucional já publicados em português e pelo seu raciocínio rápido e preciso que tantas vezes me ajudou a enxergar alguns dos pontos fulcrais da teoria geral dos direitos fundamentais. Por fim, agradeço ao Professor pelo inestimável trabalho que fez em favor da Biblioteca Departamental de Direito do Estado da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP). Sem ele, essa biblioteca não seria nada além de mediana, o que teria dificultado, sobremaneira, meu trabalho como pesquisador.

Ao Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) e às suas bibliotecárias, por guardarem e colocarem à disposição de todos algumas raridades do Direito alemão, entre as quais se encontram aqueles que são, talvez, os únicos exemplares publicamente acessíveis, no

Brasil, dos dois volumes do *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, obra que contém alguns dos mais interessantes textos jurídicos já publicados na Alemanha sobre Direito Constitucional.

Agradeço, outrossim, a dois grandes filósofos e Professores do Departamento de Filosofia da Universidade de Brasília, dos quais tive a honra de ser aluno durante a graduação em filosofia. A Nelson Gonçalves Gomes, Professor de Lógica e Filosofia Analítica, por ter-me ensinado a ver sutis e muito sofisticadas diferenças onde ninguém era capaz de enxergá-las. E a Julio Cabrera, filósofo pessimista, naturalista e anti-natalista, por ter-me ensinado a ver nas diferenças que todos enxergavam, a mais coincidente identidade. O primeiro ensinou-me a não ser arbitrário naquilo que eu pensava ser igual e o segundo a ver as arbitrariedades das diferenças estabelecidas entre problemas e questões rigorosamente iguais. Eu não teria escrito este trabalho sem o fino senso filosófico despertado em mim por esses dois grandes filósofos.

Ao meu orientador de monografia de conclusão de graduação em Direito, meu tio, Diaulas Costa Ribeiro, orientador não só de monografias.

A Hermann Schneider e a Glauco Vaz Feijó, pelos auxílios gratuitos (gratuitos!) e voluntários durante os estudos do alemão. Ainda há “(...) *caritas inter bonos.*” (Cícero, *De Natura Deorum*, I, 122).

Ao Professor Christoph Möllers, célebre constitucionalista, por ter-me aceitado como seu possível doutorando em Direito Público, a partir de 2014, na *Humboldt-Universität zu Berlin*.

Àquelas que eu considero minhas *almae matres*, Universidade de Brasília, Universidade Católica de Brasília, Universidade de São Paulo e *Humboldt-Universität zu Berlin*, nas quais tanto aprendi e ainda aprenderei. Ainda há espaços propícios, nessas instituições, para a pesquisa séria e comprometida. Sem elas, eu não teria conhecido grandes amigos e parceiros, entre professores e alunos, que muito contribuíram para meus estudos, neste e em outros trabalhos. Agradeço a todos com os quais compartilhei ideias enquanto estive nas referidas Universidades.

À Ana Luíza, praticamente uma personagem saída de *Los pasos perdidos* de Alejo Carpentier, a qual insiste em trocar James Joyce por Homero, sendo Penélope, em vez de Molly, e que me ensinou a ler o soneto 116, do bardo, no lugar do da fidelidade, de Vinícius. Aos meus pais, João e Rosilene, e aos meus irmãos, Clarissa e Mateus. Que a

dedicatória deste trabalho a todos eles possa mostrar, ao menos em parte, quão importantes eles foram antes, durante e depois da confecção deste texto. Minha vida pessoal e acadêmica não teria metade do brilho, sem a presença deles.

Sumário

1. Introdução
2. Dignidade humana: origens histórico-filosóficas até Immanuel Kant
 - 2.1 Dignidade humana na antiguidade? Os estóicos e Cícero.
 - 2.2 Pico della Mirandola
 - 2.3 Tomás de Aquino e David Hume
 - 2.4 Immanuel Kant
3. Dignidade humana como conceito jurídico
 - 3.1 Antipaternalismo
 - 3.2 *Reality Shows*, arremesso de anão, *Peep-Shows*, prostituição e direito à eutanásia
 - 3.3 Valor instrínseco, direito à autodeterminação e direito geral da personalidade
 - 3.4 Simplesmente dada ou intersubjetivamente construída?
 - 3.5 Princípio ou direito fundamental?
 - 3.6 Obrigação contra si mesmo
 - 3.7 Isonomia e dignidade humana
 - 3.8 Princípio constitucional supremo
 - 3.9 Titularidade da dignidade humana
 - 3.9.1 Dignidade humana *post mortem*?
 - 3.9.2 Dignidade humana e doação de órgãos
 - 3.9.3 Dignidade humana, herança, testamento e direitos *post mortem*
 - 3.10 Liberdade de expressão, dignidade humana e o *hate speech*
 - 3.10.1 Problemas da vedação do *hate speech* com base na dignidade humana
 - 3.10.2 *specificatio*, direitos autorais e direito geral da personalidade como pretensão individual
 - 3.10.3 Ofensas à honra, injúria, injúria preconceituosa e homofobia
 - 3.10.4 Proteção à juventude como limite à liberdade de expressão

3.10.5 Leis gerais e proteção da juventude: limites dos limites ao direito fundamental à liberdade de expressão

3.10.6 Grupos, tomados coletivamente, não possuem dignidade humana

3.10.7 Fidelidade às premissas decorrentes da liberdade de expressão

3.10.8 Tolerância ao intolerante

3.10.9 Kant, direito à resistência e liberdade de expressão

3.10.10 Liberdade de expressão abrange até mesmo os críticos da democracia

3.10.11 Democracia, neutralidade estatal, suicídio e valores não-transigíveis

3.10.12 O ano de 1933: uma vitória da maioria contra a democracia

3.10.13 O *BVerfG* e a liberdade de expressão

3.11 Dignidade humana e impenhorabilidade de bens

3.12 Dignidade humana na Lei Fundamental e na Constituição Federal de 1988

3.13 Críticas à dignidade humana

4. Dignidade humana na Jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*

4.1 Liberdade de crença

4.2 O mínimo existencial ou mínimo de existência (*Existenzminimum*)

4.3 Direito fundamental à propriedade

4.4 Escutas ambientais dentro do lar

4.5 Lei de segurança aérea

4.6 Indenização por filho com má-formação cerebral

4.7 Pena de morte, penas cruéis ou atroztes (*grausame Strafe*), pena perpétua e reinserção na sociedade

4.8 Alteração de registro civil por transexual

4.9 Autodeterminação informativa (*informationelle Selbstbestimmung*)

4.10 Dignidade humana após a morte: o *Mephisto-Urteil*

4.11 O *BVerfG* e a permissibilidade do aborto

4.12 Eficácia do direito fundamental à dignidade humana nas relações privadas

5. A dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: um caso de trivialização e constitucionalização simbólica?

5.1 A constitucionalização simbólica da dignidade humana no Brasil

5.2 A contribuição da forma de deliberação no Supremo Tribunal Federal (STF) para a indefinição do conceito de dignidade humana

5.3 Dignidade humana como legislação-álibi e cinismo

5.4 Ambiguidade e trivialização

5.5 Dignidade humana, Alice através do espelho e *Humpty Dumpty*

5.6 Estudo empírico do conceito de dignidade humana na jurisprudência do STF

5.6.1 A dignidade humana e a briga de galos: o caso da ADI 1856

5.6.2 Dignidade humana e tutela do meio ambiente no *Grundgesetz*

5.6.3 A dignidade humana, o limite da atuação do CNJ e o sigilo das sanções administrativas aplicadas a juízes: o caso da ADI 4638

5.6.4 A dignidade humana e a lei Maria da Penha

5.6.5 Dignidade humana e trabalho escravo: o Inquérito 2131 do STF

5.6.6 A dignidade humana veda a anulação, depois de decorridos 5 (cinco) anos, de ato inicial de concessão de pensão ou aposentadoria?

5.6.7 Dignidade humana e células-tronco

5.6.8 Dignidade humana e interrupção da gestação de feto anencefálico

5.6.9 Dignidade humana e uniões homoafetivas

5.6.10 Dignidade humana e mínimo existencial: o benefício de prestação continuada no Supremo Tribunal Federal

5.6.10.1 Mínimo existencial para estrangeiros no Brasil?

5.6.10.2 A Constitucionalidade dos critérios de aferição de renda para concessão de benefício assistencial

5.6.10.3 Considerações finais sobre o mínimo existencial na jurisprudência do STF

5.6.11 Dignidade humana e revista íntima de empregados: o RE de n. 160.222

5.6.12 Dignidade humana e aplicação de estatuto pessoal distinto para empregado estrangeiro: o RE de n. 161.243

5.6.13 Dignidade humana, segurança jurídica e concessão de terras públicas

5.7 Dados estatísticos e breves considerações sobre a orientação do Supremo Tribunal Federal no que concerne à dignidade humana

6. Dignidade humana na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH)

6.1 Observações conceituais sobre a dignidade humana na União Europeia

6.2 Dignidade humana e direito à vida

6.2 Dignidade humana e privacidade informativa

6.4 Dignidade humana e a proibição da tortura

6.5 Dignidade humana e escravidão

6.6 Dignidade humana e penas de morte ou degradantes

7. Conclusão

8. Referências

Resumo

A dignidade humana (*Menschenwürde*) é um conceito presente em muitas Constituições mundo afora. Este texto tenta identificar o seu conteúdo e extensão, a fim de determinar uma compreensão coerente deste conceito. Ao mesmo tempo, ajuda a evitar que essa ideia se torne uma reserva de equidade (*Billigkeitsreserve*), ou seja, um conceito vago utilizado pelos juízes para decidir casos difíceis, no sentido que quiserem, de acordo com seus sentimentos pessoais. O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*) tem sido um dos intérpretes mais importantes do conceito de dignidade humana. Não apenas causticamente, mas também conceitualmente. Além disso, há bons motivos para acreditar que as origens históricas e filosóficas da dignidade humana, especialmente as que vêm de Immanuel Kant, são ainda importantes para como os doutrinadores e os juízes compreendem essa noção. Nesse sentido, este trabalho está dividido em, basicamente, cinco partes. Primeiro, tenta-se epitomar as origens histórico-filosóficas da dignidade humana até a época de Kant. Em seguida, mostra-se como a ideia é compreendida por juristas, principalmente da Alemanha. Na terceira parte, uma amostra das decisões do *Bundesverfassungsgericht* é analisada, a fim de mostrar como o Tribunal alemão moldou a noção de dignidade humana. Nas quarta e quinta partes, faz-se o mesmo com as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Europeu de Direito Humanos, respectivamente.

Palavras-chave: dignidade humana; *Bundesverfassungsgericht*; Supremo Tribunal Federal; Tribunal Europeu de Direitos Humanos; Immanuel Kant, antipaternalismo; mínimo existencial (*Existenzminimum*).

Abstract

Human dignity (*Menschenwürde*) is a concept present in many Constitutions throughout the world. This text tries to grasp its content and extension, in order to determine a coherent understanding of this concept. At the same time, it helps to prevent this idea from becoming a reserve of equity (*Billigkeitsreserve*), namely, a vague concept used by judges to decide hard cases in any direction they want, according to their personal feelings. The Federal Constitutional Court of Germany (*Bundesverfassungsgericht*) has been one of the most important interpreters of the concept of human dignity, not only in a case-to-case basis, but also conceptually. Furthermore, there are very good grounds to believe that the historical and philosophical origins of the human dignity, especially the ones that come from Immanuel Kant, are still important to how law scholars and judges perceive this notion. Accordingly, this work is divided in five main parts. First, it attempts to epitomize the historical-philosophical origins of the human dignity up until the time of Kant. Then, it shows how the idea is understood by legal scholars, mainly from Germany. In the third part, a sample of decisions of the *Bundesverfassungsgericht* is analyzed, in order to show how the Court has shaped the notion of human dignity. In the fourth and fifth parts, the same is done, respectively, to the decisions from the Brazilian Supreme Court (*Supremo Tribunal Federal*) and the European Court of Human Rights.

Key words: human dignity; *Bundesverfassungsgericht*; Supremo Tribunal Federal; European Court of Human Rights; Immanuel Kant; anti-paternalism; living wage (*Existenzminimum*).

1. Introdução¹

O conceito de dignidade humana ou dignidade da pessoa humana é, hoje, um dos mais difundidos em direito constitucional no mundo. Além de encontrar-se inscrito sob a rubrica “dignidade” no preâmbulo da Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ele encontra-se expressamente consignado em várias Constituições, como: a brasileira (art. 1º, III), alemã (art. 1º), portuguesa (art. 1º), irlandesa (preâmbulo), grega (art. 2º), espanhola (art. 10º), italiana (art. 41), turca (art. 17), sueca (art. 2º), finlandesa (art. 1º), suíça (art. 7º), montenegrina (art. 20), polonesa (art. 30), romena (art. 1º), russa (art. 7º), sérvia (art. 18) e outras. Ressalte-se, ainda, que a dignidade humana possui lugar de destaque na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada pelo parlamento europeu em 2000 e tornada legalmente vinculante na maior parte da União Europeia, em 2007, por meio do tratado de Lisboa.²

A quase que onipresença desse conceito nos ordenamentos jurídicos internacionais, por si só, justificaria o presente estudo. Porém, outros aspectos também tornam o tema relevante, ampliando o espectro de sua análise; por exemplo: a compreensão de seu conteúdo e de sua extensão; questionamentos sobre ser a dignidade um direito natural ou um direito emanado de Deus; a forma como cada ordenamento jurídico a define, entre outros.

O presente trabalho divide-se, basicamente, em cinco partes. Primeiro, buscou-se epitomar as origens histórico-filosóficas da dignidade humana até a época de Kant. Em seguida, mostra-se como a ideia é compreendida por juristas, principalmente da Alemanha. Na terceira parte, uma amostra das decisões do *Bundesverfassungsgericht* é analisada, a

¹ As traduções usadas ao longo do texto foram feitas pelo autor. Quanto à notação das decisões alemãs citadas durante o texto, mister se faz tecer algumas considerações. Tradicionalmente, as decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão são publicadas em uma coletânea intitulada “Decisões do Tribunal Constitucional Federal” (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*). A coletânea é normalmente abreviada por meio da sigla “BVerfGE”. Nesse caso, indicam-se o volume, a página de início da transcrição daquela decisão e o parágrafo. Assim, temos “BVerfGE 7, 198 (35)”, para designar a decisão que se encontra no volume 7 da coletânea, com início na página 198 do respectivo volume. Especificamente, nesse caso, trata-se do denominado *Lüth-Urteil*. No exemplo dado - BVerfGE 7, 198 (35)-, cita-se o parágrafo 35 da decisão. Essa é a forma usual de citar as decisões já catalogadas do Tribunal Constitucional Federal. É sempre problemático, contudo, citar julgamentos muito recentes dessa forma, já que eles levam tempo para ser publicados no compêndio de decisões. Neste trabalho, optou-se por citar as decisões sempre por meio da abreviatura “BVerfG”, seguindo o que é feito por WOLFGANG HOFFMANN-RIEM (1998). Assim, “BVerfG” serve tanto para designar decisões de acordo com os números da coletânea (e.g. BVerfG, 7, 198; no lugar de BVerfGE 7, 198), como também para indicar decisões independentemente da coletânea, de acordo com o número do processo que originou o respectivo julgado, em consonância com o regime de citações indicado no sítio eletrônico do próprio Tribunal (e.g. BVerfG, 2 PBvU 1/11).

² O Reino Unido e a Polônia não são alcançados pela força vinculante do Tratado de Lisboa, no que é atinente à Carta de Direitos Fundamentais (MACHADO, 2010, p. 30).

fim de mostrar como o Tribunal alemão moldou a noção de dignidade humana. Nas quarta e quinta partes, faz-se o mesmo com as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Europeu de Direito Humanos, respectivamente.

Na primeira, buscar-se-á epitomar, de forma breve e parcial (até a época de KANT), as origens histórico-filosóficas do conceito de dignidade humana, mormente pela contribuição que essas origens e, em especial, o filósofo IMMANUEL KANT forneceram para a compreensão hodierna da dignidade humana. Na segunda parte do trabalho, serão examinados alguns posicionamentos doutrinários que oferecem contribuições ao entendimento da dignidade humana enquanto conceito jurídico. Na terceira parte, proceder-se-á à análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, o *Bundesverfassungsgericht (BVerfG)*, a fim de esboçar o entendimento dessa Corte no que toca ao conceito de dignidade humana. Nas quarta e quinta partes, faz-se o mesmo com as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Europeu de Direito Humanos, respectivamente.

Espera-se que a circunscrição jurídica do conceito, levada a cabo por meio das cinco partes do trabalho, favoreça sua aplicação coerente. Esse tipo de análise conceitual é profícuo, porque tenta chegar, tanto quanto possível, a uma definição da dignidade humana.

A circunscrição do termo favorece a garantia constitucional da dignidade humana, a fim de que ela não seja transformada em uma reserva de equidade (*Billigkeitsreserve*), isto é, não se torne um conceito vago, a ser utilizado conforme o mero arbítrio de cada julgador (MICHAEL; MORLOK, 2012, p. 96).

Além disso, nestes tempos em que fronteiras geográficas e culturais são ampliadas, a investigação conceitual sobre a dignidade humana fornece respostas para questões que transcendem fronteiras. Como se sabe, o transconstitucionalismo (NEVES, 2009, *passim*) é um fenômeno atual e que deve ser levado em conta, sobretudo quando do estudo de um conceito constitucional que possui tamanha capilaridade, como visto acima.

Da exposição pessoal de intimidades nos *reality shows*, numa demonstração generalizada de que nada há a se preservar, subentende-se que valores podem ser cedidos em nome e no interesse de algo. Assim, é importante analisar o significado e a abrangência do conceito de dignidade humana ou dignidade da pessoa humana, para ter-se um critério balizador de seu significado neste contexto e dos aspectos culturais envolvidos em sua visão.

Vale lembrar que a Constituição alemã foi um dos primeiros textos constitucionais de alcance nacional a insculpir a garantia da dignidade humana. Nos 60 anos de sua existência³, o Tribunal viu-se obrigado a definir, redefinir e explicitar suas posições acerca da dignidade humana, o que o torna um de seus maiores intérpretes, inclusive conceitualmente e não apenas casuisticamente. Na perspectiva dessa garantia, RUDOLF VON JHERING (1872), em seu célebre texto *Der Kampf ums Recht*, afirma que o nível de susceptibilidade da dignidade violada vai constituir a medida de valor que balizará a legislação, quanto à maior ou menor severidade na punição da ameaça a princípios vitais.

O conceito de dignidade humana e sua aplicação constituem o foco deste trabalho.

2. Dignidade humana: origens histórico-filosóficas até Immanuel Kant

A dignidade humana foi objeto do pensamento de diversos filósofos. Nas seções seguintes, buscar-se-á esclarecer aquelas que podem (ou não) ser consideradas as origens filosóficas da dignidade humana até a época do filósofo Immanuel Kant.

2.1 Dignidade humana na antiguidade? Os estóicos e Cícero.

Em termos de conteúdo, ao se falar sobre as origens da dignidade humana, não é incomum encontrar a atribuição de algum tipo de proto-dignidade humana aos estóicos ou a CÍCERO e referências bíblicas à concepção de dignidade (SARLET, 2011, p. 34). Para os estóicos, conforme JOHN SELLARS (2006, p. 92), o πνεῦμα (pneuma; sopro) perpassa todos os seres da terra, inclusive as pedras; é a essência divina presente em todas as coisas, o princípio racional (λόγος) que está em tudo. Por sua vez, por ser a tensão (τόνος) do pneuma mais elevada no ser humano, por ter inteligência (νοῦς) e alma (ψυχή), ele distingue-se dos outros seres. A peculiaridade do ser humano seria, então, ter uma tensão mais elevada desse princípio (BRENNAN, 2005). Seu status não advém de seu próprio ser, mas de Deus, que, para os estóicos, era um dos seus dois ἀρχαί (archai). Essa era, em linhas gerais, a visão defendida pelos estóicos.

No que toca a CÍCERO (1994, p. 18), a *dignitas* não estava igualmente distribuída entre os homens. Quando diz "(...) *deinde ne maior benignitas sit quam facultates, tum ut pro*

³ Oficialmente, a inauguração do Tribunal foi em 28 de setembro de 1951, porém os primeiros julgamentos, assim como as respectivas decisões, ocorreram a partir de 9 de setembro de 1951.

dignitate cuique tribuatur; id enim est iustitiae fundamentum"⁴ (*De Officiis*, I, 42), o romano deixa claro que existem graus de *dignitas* e, a partir deles, é possível dar o que cada um merece. Dessarte, a palavra “*dignitas*” está mais próxima do termo “prestígio” ou “honra”, no vernáculo, do que de “dignidade”, uma vez que designa um destaque pessoal que, apesar de fundar um dever de respeito, varia entre os indivíduos e desigualá-os entre si, o que, ao que consta, é a antípoda do conceito hodierno de dignidade humana.

MICHAEL ROSEN (2012, p. 11) mostra, inclusive, que a única obra de CÍCERO em que o termo “*dignitas*” pode ser visto como precursor da dignidade humana hodierna é o *De Officiis*. Segundo o autor, em todos os seus outros trabalhos, Cícero vale-se do termo “*dignitas*”, a fim de caracterizar o *status* elevado de um número definido de indivíduos. Porém, frise-se que, mesmo no *De Officiis*, a *dignitas* parece designar os *optimi*, isto é, “os melhores”. Nesse contexto, a *dignitas* denota um “lugar honrado” (*honored place*) ou simplesmente “honra” (*honor*). Em qualquer caso, o Professor de Harvard aponta que há trechos claros do *De Officiis* que defendem estar o homem em posição muito superior à dos animais, na linha da tradição estoíca (ROSEN, 2012, p. 12).

Nisi fallor, essas constatações, *per se*, não parecem ser suficientes para atribuir a Cícero a condição de prógono ou prenunciador da dignidade humana.

2.2 Pico della Mirandola

Um outro possível precursor da dignidade humana teria sido o filósofo humanista do século XV, GIOVANNI PICO DELLA MIRANDOLA, que possuía o título de conde e viveu e morreu na Itália renascentista. Em 1486, publicou-se sua principal obra no que tange à dignidade humana. Trata-se do texto *De dignitate hominis oratio*, que só ganhou esse nome anos depois da morte de DELLA MIRANDOLA (COPENHAVER, 2008). Isso não é surpreendente, já que o texto não tinha a intenção de se tornar uma oração ou discurso acerca da dignidade do homem, uma vez que, na verdade, o texto versa, predominantemente, sobre teologia.

DELLA MIRANDOLA defende, no mencionado texto, que o homem é uma criatura à parte de todas as outras no mundo, já que ele pode se tornar o que quiser. Na obra, Deus trava um diálogo com Adão, no qual explica que as demais criaturas, ao contrário dos

⁴ “(...) depois disso, que a generosidade não seja maior do que as qualidades ou aptidões [de cada um], de modo a dar a cada um de acordo com sua dignidade (*dignitas*); este é, pois, o fundamento da justiça.” (tradução livre do autor)

homens, possuem uma natureza restrita e muito bem definida (PICO DELLA MIRANDOLA, 1486). O homem, por sua vez, não possui esses impedimentos e restrições, tendo a capacidade de criar, de transcender e ir além (HORN, 2006, p. 8). O homem, sob essa ótica, é um ser dotado de um enorme potencial criativo, que o habilita a ir além de si próprio, estabelecendo ele mesmo as próprias fronteiras.

São poucas as páginas da *oratio* que efetivamente tratam do caráter peculiar do ser humano (BIGNOTTO, 2010). Na verdade, elas parecem ser as únicas lidas, porque o texto em si foi tratado como um grande apanágio das liberdades fundamentais ou uma Carta da liberdade humana e da dignidade (*Charter of human freedom and dignity*), quando, ao que parece, não é esse o caso (COPENHAVER, 2008).

Os grandes filósofos parecem ter uma aptidão interessante: a de criar seus próprios precursores. Nesse diapasão, a história da filosofia pós-Kant, que era, sintomaticamente, neokantiana, fazia leituras kantianas de muitos daqueles que possuíam ideias que guardassem alguma semelhança com o que defendia o filósofo de Königsberg (COPENHAVER, 2008). Esse parece ter sido o caso quando se passou a tratar DELLA MIRANDOLA como um prócer da dignidade humana. Em outras palavras, a visão de que DELLA MIRANDOLA seria um precursor de KANT foi uma criação um tanto anacrônica, daqueles historiadores de inspiração neokantiana que aproximavam excessivamente o filósofo italiano de KANT.

Embora haja algumas posições em sentido contrário (DOUGHERTY, 2008; HORN, 2006), parece razoável dizer que a *dignitas hominis*, como entendida por DELLA MIRANDOLA, não está perto o bastante da dignidade humana (*Menschenwürde*), como vista hodiernamente. Sobretudo, por carecer (1) da figura do sujeito-indivíduo, (2) do corolário da isonomia, (3) por não fundar obrigações de respeito, (4) não estar baseada na vontade e na liberdade, (5) e não atribuir ao sujeito (até porque não há um) o direito de perseguir de maneira autônoma os próprios propósitos.

GEORGE KATEB (2011) parece ter desenvolvido uma noção de *human dignity* que é o que há, atualmente, de mais próximo da proposta de DELLA MIRANDOLA. Essa proposta, por não possuir os elementos supracitados, é bastante distinta do conceito de dignidade humana como entendido pelos juristas e pelo *BVerfG*, como se verá mais a adiante.

2.3 Tomás de Aquino e David Hume

Há autores (RUIZ MIGUEL, 2002; ENDERS, 1997, p. 180) que listam, ainda, como precursores da dignidade humana, por exemplo, TOMÁS DE AQUINO e DAVID HUME.

2.4 Immanuel Kant

Mas é com IMMANUEL KANT (1785a), na Era Moderna, que nasce a ideia conceitual de dignidade como um *status* moral, conferindo ao sujeito a aptidão de possuir direitos e deveres. Essa aptidão gera a obrigação, oponível *erga omnes*, de ele ser respeitado por todos os outros membros da coletividade. Estes deverão abster-se de realizar ataques ou agressões (*Angriffe*) à autonomia do sujeito. É também com KANT que a dignidade (*Würde*) surge como prerrogativa apriorística, presente em todos os que a detém em igual medida, tornando-a pedra angular do princípio da igualdade ou isonomia e da defesa do antiprivilégio.⁵ KANT apenas utiliza o termo dignidade humana (*Menschenwürde*) cinco vezes⁶. Na maioria dos momentos, o autor alemão refere-se à dignidade de toda essência ou natureza racional (*Würde aller vernünftigen Wesen ou Würde jeder vernünftigen Natur*). Sendo assim, a *Würde* não estaria, *ipso facto*, presente em todo e qualquer ser humano, mas apenas no ser provido de razão, inclusive o não-humano que por ventura seja dotado de razão. Todavia, a dignidade estaria, de qualquer sorte, igualmente presente em todos aqueles que a possuem, o que representa relevante alteração em relação aos pensadores que antecedem KANT.

A dignidade humana parece fundar um *status* que diferencia o ser racional dos demais seres. Essa posição de destaque, ou condição peculiar, tornam-no sujeito de direitos e de deveres e garante a salvaguarda de sua autonomia, ou seja, dá ao sujeito a prerrogativa de autodeterminar-se. Como coloca ARTHUR RIPSTEIN, para KANT, “(...) *each person is entitled to be his or her own master.*” (RIPSTEIN, 2009, p. 4). Prioritariamente, deve o ser racional ditar as próprias condutas e apenas excepcional e justificadamente, deve ocorrer o contrário. Para KANT (1797, p. 230), isso ocorrerá quando o gozo daquela liberdade não puder ser universalizado, isto é, quando o exercício de uma faculdade não puder ser igualmente estendido a todos os outros sujeitos. A intuição moral por trás disso jaz no fato

⁵ Em defesa da ideia de liberdade como socialmente engendrada pela luta contra assimetrias e despotismos, PONTES DE MIRANDA escreveu seu *Liberdade, Igualdade, Democracia: os três caminhos*. Embora muito pouco kantiano e assaz sociológico, o texto defende uma forte concepção de antiprivilégio (MIRANDA, 1979, pp. 247ss.).

⁶ Pesquisa eletrônica na obra completa de KANT (*Akademieausgabe*): Disponível em: <www.korpora.org/kant/suche.html> Acesso em 16 set. 12

de parecer implausível que alguém se singularize invocando em seu favor um tratamento ou consideração especiais (O'NEILL, 1989, p. 94). Se uma determinada ação pode, ao menos em tese, ser praticada por todos, não se está a privilegiar um sujeito. Porém, se o exercício de uma liberdade impede, de antemão, que outros a exerçam ou é incompatível com tal exercício, então é certo que ela é, para KANT, imoral, justamente por não ser universalizável.

Essas considerações servem, em especial, para esclarecer como algumas dessas fontes históricas se relacionam com a dignidade humana, conforme entendida atualmente.

Para esse tipo de compreensão, KANT parece ser um autor importante, sobretudo porque a ideia de dignidade humana preserva ainda traços típicos da modernidade (Era Moderna) e da forma moderna de pensar, como o antropocentrismo, a figura do sujeito transcendental, e o forte conteúdo racionalista. Como consignado acima, KANT usa o termo *Menschenwürde* apenas 5 (cinco) vezes em toda sua obra, incluindo palestras e preleções (*Vorlesungen*). Para o filósofo alemão, não é o ser humano como tal que goza da dignidade, mas o ser dotado de razão, é dizer, o sujeito transcendental. Esse ponto diferencia a ideia kantiana daquilo que se entende hodiernamente por dignidade humana.

Por outro lado, a dignidade humana, não apenas em KANT, mas também no direito e na jurisprudência do *BVerfG* (como se verá adiante), está ligada à segunda formulação (*Formel*) do imperativo categórico, que prescreve: “Haja de tal forma, que tu uses a humanidade, tanto na tua pessoa, como na pessoa de qualquer outro, a todo tempo, também como fim, e nunca como mero meio.” (*Handle so, dass du die Menschheit sowohl in deiner Person als in der Person eines jeden andern jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchst.*)⁷

Como coloca GÜNTER ELLSCHEID (2011, p. 244), essa fórmula não exclui, por exemplo, que seres humanos sejam empregados ou utilizados (*verwendet*), por outros seres humanos, em uma relação fim-meio. Em outras palavras, o imperativo categórico não condena como imoral que um ser racional seja meio para que outro obtenha um determinado fim. Em relações contratuais de trabalho, por exemplo, utiliza-se a mão-de-obra de alguém para que dado objetivo (possivelmente, o lucro) seja alcançado. Uma prestação de serviços contratual (*vertraglich Dienstleistung*), portanto, não é vedada.

⁷ Uma versão um pouco diferente dessa frase, mais semelhante à primeira formulação do imperativo categórico, foi chamada por KANT (1788, p. 30), na “Crítica da Razão Prática” (*Kritik der praktischen Vernunft*), de Lei Fundamental da razão pura prática (*Grundgesetz der reinen praktischen Vernunft*).

Reprova-se, isso sim, que alguém seja tratado como *mero* meio. Isso significa tratar um sujeito transcendental, isto é, um ser racional, como coisa, ignorando ou atropelando a capacidade que lhe é ínsita de fixar e perseguir os próprios propósitos. Todo homem existe e continua a existir em virtude da própria vontade e para realizar a própria vontade. Logo, todos os fins devem emanar dele e não de outros a usurpar a sua prerrogativa de escolha.

A moral kantiana, precisamente por isso, não surge de Deus ou de algum princípio transcendente, estranho e alheio ao ser humano, mas sim de cada um de nós, individualmente. Para KANT, o imperativo categórico tem uma função eminentemente negativa, isto é, pode-se tomar qualquer ação desejada, qualquer escopo almejado. Se, hipoteticamente, todo e qualquer sujeito desejar praticar essa mesma ação, o resultado a que se visa será frustrado? Consegue-se obter sucesso naquela ação mesmo quando todo e qualquer sujeito resolve colocar em prática a máxima que rege a ação em questão?

Quando a resposta for afirmativa, estar-se-á diante de algo universalizável e, porquanto, moral. Quando negativa, diante de objetivo imoral.

É-nos lícito formular um exemplo, à guisa de ilustração, o qual, a despeito de sua trivialidade e simplicidade, permite a melhor compreensão do conceito. Quando um carro conduzido por um motorista comum (leia-se: não se trata de ambulância, viatura de polícia ou coisa que o valha), trafega pelo acostamento, a fim de evitar congestionamento de veículos, o motorista está a praticar algo imoral? Façamos o teste do imperativo categórico, segundo sua primeira formulação⁸. O fim almejado pelo motorista seria realizado, se todo e qualquer motorista como ele resolvesse trafegar também pela via do acostamento? É certo que não, pois, neste caso, essa própria via estaria congestionada.

Percebe-se, por meio desse exemplo mezinho, que o projeto imoral depende sempre, segundo o filósofo de Königsberg, da permanência da validade da norma moral para os outros (ou, ao menos, para a grande maioria dos outros) e da criação, *ad hoc* e casuística, de uma exceção arbitrária para o agente que quer beneficiar-se. Sob essa ótica, o indivíduo imoral é aquele que “pega carona” na moralidade alheia. A sorte dele é que boa parte das pessoas observa a regra que ele pretende descumprir. Ele desrespeita regras, mas o seu sucesso depende, indeclinavelmente, do respeito de boa parte das outras pessoas a essas mesmas regras. Esse tipo de conduta imoral viola, assim, a isonomia e, por

⁸ Sobre a equivalência das três formulações do imperativo categórico, algo defendido explicitamente por KANT, cf. O'NEILL, 1989, pp. 177ss. Sobre essa e outras questões em KANT, cf. SCHÖNECKER; WOOD, 2007, pp. 125ss.; HERMAN, 1996; KORSGAARD, 1996; GUYER, 1997; HILL JR., 2000; HILL JR., 2002; HILL JR., 2009; KERSTEIN, 2002; WOOD, 2007; HÖFFE, 2010; ALLISON, 2011.

consequente, a dignidade, a qual, por ser atributo apriorístico, está presente em todos os seres racionais igualmente, independentemente de condições empíricas.

Uma outra marcante ideia kantiana (ELLSCHIED, 2011, p. 245) é que o próprio ser racional deve prescrever sua lei deontológica (*Sollengesetz*). O único limite é que ele reconheça que essa mesma prerrogativa ínsita a ele é igualmente inerente a todos os outros sujeitos e que, dessarte, a sua liberdade encontra limite naquela que pertence ao outro.

Cabe ao sujeito racional em geral empreender, sem violação da moral, qualquer ação, desde que observe que todo e qualquer outro deve ser, ao menos possivelmente, capaz de empreendê-la também simultaneamente. Qualquer outra proposta redundaria, para o filósofo alemão, em paternalismo (*Bevormundung*), uma vez que as finalidades a serem seguidas por alguém seriam determinadas não por esse mesmo alguém (ELLSCHIED, 2011, p. 245), mas por algum outro, seja ele um outro ser humano, ou um parâmetro transcendente, tais como dogmas morais absolutos (e.g. os dez mandamentos), escrituras sagradas (e.g. A Bíblia ou O Alcorão), epifanias divinas (aparições de Deus, anjos ou santos), etc.

No que diz respeito à faculdade de autodeterminar-se, o indivíduo é soberano e insubstituível. Ninguém está autorizado a fixar as metas de um outro sujeito, salvo consentimento nesse sentido. A heterodeterminação é vedada, *ex principiis*. Ela seria incompatível com a *Würde* de cada um. Nesse sentido, a pergunta pelo sentido da vida de cada um não pode ser respondida por outro além do próprio existente, individualmente considerado.

Com efeito, KANT (1788, p. 3) afirma, no prólogo (*Vorrede*) da “Crítica da Razão Prática” (*Kritik der praktischen Vernunft*), que o conceito de liberdade (*Freiheit*) é o feixe de abóbada (*Schlußstein*) da filosofia prática, a dar sustentação e coerência a todo seu sistema moral.

A um, porque a liberdade, na acepção kantiana, por ser apriorística e postulada, faz com que não se levem em conta as circunstâncias empíricas dos sujeitos, quando da feitura de juízos morais. Esse fato, por via de consequência, faz com que essa mesma liberdade seja igualmente distribuída, isto é, todos, independentemente de condição social, origem, profissão, ou qualquer outro diferencial empírico, possuem, por pressuposto e postulado, igual medida de liberdade.

A dois, porque a liberdade (ou seja, a igual liberdade) funda, em derradeira instância, toda regra moral apta a tolher o exercício da própria liberdade. Em outras palavras, a igualdade é corolário da liberdade e essas duas, somadas, são a origem de toda vedação ética, a qual terá fundamento precisamente na igual liberdade de cada um dos sujeitos, que poderão fazer tudo aquilo que puder ser igualmente feito, nas mesmas condições, pelos outros.

OTFRIED HÖFFE (2012, p. 236) afirma, com amparo na doutrina do direito de KANT (*Metaphysischen Anfangsgründe der Rechtslehre*) - que faz parte da obra “Metafísica dos Costumes” (*Metaphysik der Sitten*)-, que, na filosofia kantiana, só há um direito humano. O único direito inato ou humano (*angeborenes Recht*) é a liberdade, isto é, a independência ou autonomia em face de todo e qualquer outro arbítrio que não seja o meu, observada a condição de que o exercício de tal liberdade seja compatível, ao menos em tese, com o exercício dessa mesma liberdade pelos outros seres humanos, aos quais é atribuído, em igual medida, esse mesmo direito inato, que é decorrência da pura e simples humanidade de cada um.

Da autonomia, KANT retira, segundo HÖFFE (2012, p. 244), quatro direitos concedidos a todos os seres dotados de dignidade: (1) a proibição de privilégios; (2) o direito de ser seu próprio senhor; (3) o direito de ser tido, ao menos inicialmente, como imaculado ou não-culpado (*unbescholten*)⁹; (4) o direito de fazer o que bem entender, contanto que não se firam os direitos de terceiros.

Nesse sentido, todo ser racional é insubstituível (*unersetzbar*) e não-intercambiável (*unaustauschbar*). Esse valor incomensurável de que todos são dotados, e que abstrai completamente das circunstâncias e particularidades empíricas de cada um, cria, de plano e aprioristicamente, uma igualdade, da qual emana o dever de tratamento isonômico e de concessão de igualdade de chances. Para KANT, a peculiaridade do ser racional reside no fato mesmo de ele ser racional e, por definição, não ser coisa (KANT, 1785a, p. 434). Esta possui um preço (*Preis*) e é incapaz de ser membro ou participante (*Glieder*) no mundo da razão, simplesmente pertencendo ao mundo dos sentidos (*Sinnenwelt*). Já aquele, ao pensar

⁹ Isso pode ser visto como uma forma de presunção de não-culpabilidade. Nesse sentido, todos são considerados imaculados, ou seja, sem manchas, sem culpas, inocentes, salvo prova em contrário. Também é possível ver a ideia como algo mais geral, que vai além dos limites, p.ex., da punição criminal. Dessa forma, ter-se-ia uma proteção, *prima facie*, contra qualquer execução, acusação ou limitação à liberdade pessoal ou patrimonial de alguém. Noutras palavras, àquele que imputa a mácula ou a culpa incumbe o ônus argumentativo e probatório. O texto de HÖFFE (2012, p. 245) parece interpretar o pensamento de KANT nessa segunda perspectiva.

livremente, coloca-se no mundo do entendimento (*Verstandeswelt*) e apreende a autonomia da vontade, bem como os resultados que advêm de seu exercício (KANT, 1785a, p. 453).

É precisamente com base nesse panorama, que a punição, ao invés de ser incompatível com a moral kantiana, é decorrência dela. É inviável ver a punição, segundo a ótica de KANT, como um injusto, ou mesmo, como um injusto necessário.

Ao contrário, a sanção pode, quando devidamente aplicada, significar respeito ao infrator: quer dizer tratá-lo como um fim em si mesmo. Ao invés da indiferença, a hostilidade, assim como os sentimentos positivos, pode resultar no tratamento do sujeito enquanto alguém que possui deveres e direitos, enquanto alguém capaz de autodeterminação, pois dotado da autonomia da vontade (*Autonomie des Willens*). O infrator escolhe realizar certos atos e, conseqüentemente, anui às respectivas conseqüências.

Quando se comete um crime, não se deseja ser punido, mas, desde que respeitado o princípio da legalidade (amplamente defendido pelos iluministas e, inclusive, por KANT), anui-se, tacitamente e por comportamento, às circunstâncias punitivas daquele fato. O sujeito, como senhor de si, sabe, antecipadamente, das sanções que serão cominadas à sua infração, quando está a criminar. Logo, a restrição da liberdade e a pretensão punitiva do Estado não correm à sua revelia, mas são desencadeados (e, por vezes, literalmente, desencatilhados) pela vontade esclarecida e autodeterminante do próprio sujeito.

Conclui-se, assim, que a punição baseada em crime e pena previamente cominados não viola, em regra e quando respeitados certos pressupostos, a dignidade da pessoa humana. Na verdade, para KANT, é punindo-se que se a respeita (HÖFFE, 2007, pp. 240ss.).

Daí a exigência inafastável e apodítica de que o crime e a sua respectiva pena estejam, de antemão, previstos em lei a que se deu publicidade.¹⁰ Todo e qualquer indivíduo deve ter, à sua disposição, condições factíveis de conhecer as punições que

¹⁰ THOMAS HOBBS (1642, pp. 203, 211), no *De Ciue*, publicado em 1642, já explicava que a lei punitiva, contendo fato punível e pena, deve ser, necessariamente, anterior à ocorrência do fato punível e que, ademais, deve ser clara e levada ao conhecimento de todos, por meio de promulgação (*promulgatio*) do legislador (*legislator*). Do contrário, para o inglês, estar-se-ia diante de uma grave violação do direito natural (*contra legem naturae*) e de inobservância daquela que era, para ele, o único fundamento racional da punição: a prevenção de novas infrações. HOBBS é um típico contratualista e sua filosofia moral diferencia-se muito consideravelmente daquela de KANT. Não há dúvidas de que HOBBS incorpora elementos empíricos e até consequencialistas aos seus juízos éticos, sobretudo no que tange à legitimação da sanção penal, ao contrário de KANT. É possível notar, entretanto, que os dois defendiam, ainda que por motivos distintos, o princípio da legalidade, uma das principais ideias consagradas pelo iluminismo (*Aufklärung*).

resultam (ou podem vir a resultar) de seus atos. Se o fato punível e a sanção não forem prévia e claramente regulados, por meio de veículo transparente e universalmente cognoscível, estar-se-á, inequivocamente, diante de violação da dignidade humana. Dessa forma, o princípio da legalidade, no que toca a punições, está intimamente ligado à dignidade humana (STARCK, 2010, p. 54).

É equivocado dizer que a punição penal incide em reificação ou instrumentalização do sujeito, se se trata, na verdade, de justa retribuição, previamente conhecida ou cognoscível, por fato livremente praticado.

Segue-se, portanto, que a mácula no consentimento pode ser vetor de afastabilidade da imputabilidade penal.

Como adverte ONORA O'NEILL (1989, p. 77, 133), não somos sujeitos racionais puramente, nem completamente determinados em bases *a priori*. Fatos empíricos repercutem na imputação ética e na *accountability* devida por cada um. Somos determinados não apenas *a priori*, mas também *a posteriori*. Portanto, a autonomia do sujeito deve ser vista à luz de nossas capacidades finitas. O Código Penal brasileiro, ao prever figuras como o crime putativo (art. 20, parágrafo 1º, CP), parece ir justamente nesse sentido.¹¹

O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para contratos de trabalho com cláusula abusiva em desfavor do empregado. Não há como se dizer que o trabalhador que celebra contrato com tais cláusulas aquiesceu, assentiu. Se ele o fez, foi *on pain of starvation*. Logo, sua autonomia encontra-se tolhida. Este é um ponto a ser levado em conta, uma adaptação a KANT, oriunda dos próprios princípios kantianos, que se faz mister acrescentar.

É possível enxergar, por conseguinte, que estão, em KANT, alguns dos traços fundamentais da dignidade humana como a vemos hoje, nomeadamente, (1) a salvaguarda ou tutela da autonomia; (2) o antipaternalismo (estatal ou não); (3) o sujeito como ser

¹¹ Nesse diapasão, não são puníveis os inimputáveis (arts. 26 e 27 do CP), por não terem esclarecimento volitivo ou, tendo-o, por não poderem determinar-se segundo ele. Com base no mesmo raciocínio, temos as figuras do erro de tipo (art. 20, *caput*, do CP), erro de pessoa (art. 20, parágrafo 3º, do CP) e erro de execução (art. 73, CP), que privilegiam a vontade do agente e não o resultado efetivamente praticado por ele. Nota-se, porquanto, que o direito penal brasileiro hodierno funda-se no desvalor da ação e não no do resultado, assim como a moral kantiana, e preconiza, precipuamente, formas subjetivas de punição, tendo, correspondentemente, dificuldades para alocar, teoricamente, as estruturas dos crimes negligentes, dos crimes de perigo abstrato, do dolo eventual e de demais formas de responsabilização objetiva, como os crimes preterdolosos (*praeter dolum*). Sobre a influência de KANT no direito penal e a dificuldade conceitual-estrutural para explicar, na teoria finalista do crime, a figura dos crimes negligentes, dos crimes de perigo abstrato e do dolo eventual, cf. COSTA NETO, 2011.

dotado de valor intrínseco, a despeito dos fins derivados e consequências que suas ações tragam ou possam trazer a si ou à sociedade à qual ele pertence, ou seja, trata-se de um sujeito que deve ser encarado sempre como um fim em si mesmo e nunca como mero meio (*niemand bloß als Mittel*); (4) e a igualdade, já que todos os sujeitos são, intrínseca e aprioristicamente, dotados de igual valor (LINDNER, 2005, pp. 198, 252).

A dignidade humana quer tutelar o ser racional como um fim em si mesmo. Isso significa açambarcar os projetos de um dado sujeito, independentemente de quais forem, pelo simples fato de que eles se originam daquele sujeito, ou seja, de que são produto de autodeterminação. Nessa ótica, a autonomia e a livre escolha possuem um valor intrínseco, desassociado dos possíveis frutos ou fins derivados que possam fornecer. Precisamente porque o ser humano é fim em si mesmo, e sua ação, por ser autônoma, possui um valor ínsito a ela mesma.

3. Dignidade humana como conceito jurídico

O valor é a fonte suprema na qual se baseiam os princípios, que por sua vez são os critérios pelos quais se avaliam os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa (BONAVIDES, 2011). Os princípios são a base das normas (AFONSO DA SILVA, 2011) e têm funções essenciais: fundamentar a ordem jurídica, com efeitos diretos e derogatórios; orientar o trabalho interpretativo da norma; ser fonte de observação, quando há insuficiência da lei e dos costumes (BONAVIDES, 2011).

Nessa perspectiva de valor ou princípio (axiológica ou normativa), nos sistemas jurídicos que adotam a dignidade humana como fundamento axiológico, o simples fato de alguém ser humano, a simples humanidade do ser dota-o de dignidade. Assim, a dignidade humana parece fundar um *status* que diferencia o ser humano dos demais seres.

3.1 Antipaternalismo

Para KARL LARENZ e MANFRED WOLF (2004, p. 24), o ser humano deve ter, em regra (*in erster Linie*), o direito de perseguir seus próprios fins (*Zwecke*) e objetivos (*Ziele*) e de não ter sua ação “heterodeterminada” (*fremdbestimmt*). É nesse sentido que a dignidade humana, como entendida hoje, apesar de não ser idêntica à pensada por KANT, deve muito a esse, exatamente pelo conteúdo antipaternalista que preserva.

KANT (1784, p. 33), no texto *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*, já bosquejava traços de sua moral, em especial do antipaternalismo que deveria ser inerente a qualquer sistema ético sustentável. Isso fica ainda mais claro se se toma a definição de paternalismo de GERARD DWORKIN (1988, p. 123), para quem, em toda ação paternalista, "*There must be a usurpation of decision making, either by preventing people from doing what they have decided or by interfering with the way in which they arrive at their decisions.*" Paternalismo é, portanto, a usurpação do processo de tomada de decisão, tanto impedindo ou coagindo aquele que toma a decisão, como sonogando informações que poderiam fazê-lo tomar uma decisão distinta dos interesses paternalistas. O dever de informação é corolário, portanto, da boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*), mas tem base na dignidade humana (*Menschenwürde*), que impõe sinceridade e lealdade, a fim de que o sujeito possa exercer, esclarecidamente, sua autonomia.

Ao enfrentar o tema, MATTHIAS MAHLMANN (2012a, p. 378) afirma que o que se chama, hoje, de dignidade humana diz respeito ao "(...) *intrinsic value status of human beings irrespective of other properties.*" O autor ressalva que há outros usos da palavra que, adotando uma outra acepção, designam a posição de alguém relativa à hierarquia social e contingente ocupada. Como explicado no item 2.1, *supra*, CÍCERO parece estar ligado a esta última tradição, que une "honra" e "dignidade", o que distancia o orador e filósofo romano da forma como se vê, atualmente, a dignidade humana.

Na linha da perspectiva hodierna, dignidade implica que os seres humanos sejam, no mínimo em regra, a última instância de decisão quanto a seus propósitos, intenções e ações, o que está associado à ideia kantiana de fim em si mesmo (*Selbstzweck*). A par disso, a dignidade humana funda uma proibição de instrumentalização ou reificação, o que significa que se veda, por via de regra, a heterodeterminação do sujeito (MAHLMANN, 2012a, p. 378). Ignorar os desígnios de alguém significa equipará-lo a um ser inanimado e desprovido de racionalidade, a saber, uma coisa ou um animal irracional, o que se afigura incompatível com a dignidade ínsita aos seres humanos.

Concretamente, a dignidade humana impõe certos parâmetros e regras de tratamento do seres humanos. Ninguém pode ser tratado aquém de certos limites mínimos. Ela institui, outrossim, uma proteção do *status* de sujeito, materializada por meio de uma preservação da autonomia.

Ao lado da autonomia e do antipaternalismo, é possível enxergar a dignidade humana, na sua dimensão de direito de defesa (*Abwehrrecht*), como um “trunfo contra a maioria”.¹²

¹³ Dessa forma, garante-se ao indivíduo uma esfera de não-importunação. A coletividade não poderá, ainda que para promover o bem comum, ingerir como bem entender nessa esfera mínima previamente determinada. Quando muito, poderá efetuar intervenções submetidas a toda a dogmática restritiva dos direitos fundamentais, cujas leis limitadoras são submetidas a um regramento todo próprio.¹⁴

Fala-se, portanto, que a dignidade humana assegura um amplíssimo desenvolvimento da personalidade (ENDERS, 1997, p. 88), o que não significa assumir uma figura do ser humano (*Menschenbild*)¹⁵ que seja solipsista. Os direitos individuais encontram, sim, limites em direitos coletivos. Contudo, com lastro em ROBERT ALEXY (1994) e VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (2003), diga-se que há uma espécie de ônus argumentativo (*Argumentationslast*) para aquele que deseja ingerir nessa esfera individual. Afinal, conforme a memorável frase de BERNHARD SCHLINK, os direitos fundamentais não passam de regras de ônus argumentativo (*apud* ALEXY, 1994, p. 90). Com efeito, a heterodeterminação é a exceção e não a regra, já que requer alentada justificativa.

Vale mencionar, ainda, que, segundo CHRISTIAN BUMKE e ANDREAS VOßKUHLE (2008, p. 56), a presença da dignidade humana na Lei Fundamental deixa claro que não é o ser humano que existe por causa do Estado, mas sim o Estado que existe por causa do ser humano (*Es stellt klar, dass der Mensch nicht um des Staates willen existiert, sondern der Staat um des Menschen willen*).

As perspectivas apresentadas mostram um conceito de dignidade humana muito semelhante ao que IMMANUEL KANT defendeu. Isso vale não apenas para como a doutrina enxerga a dignidade humana, mas também para a interpretação que o *BVerfG* dá ao conceito, como se verá a partir do item 4, *infra*. Desde já, entretanto, é importante assinalar que, segundo MICHAEL ROSEN (2012, p. 92), o conceito de dignidade humana que consta do *Grundgesetz* é predominantemente cristão, senão católico, o que significa que ele

¹² Sobre o conceito de direito fundamental como “trunfo contra a maioria”, belissimamente desenvolvido por JORGE REIS NOVAIS, com inspiração em RONALD DWORKIN, cf. NOVAIS, 2006, pp. 17ss.

¹³ No que concerne à ideia de teoria de constituição (*Verfassungslehre*) como ordem de reciprocidade ou mutualidade (*Gegenseitigkeitsordnung*), cf. HAVERKATE, 1992, *passim*.

¹⁴ cf. NOVAIS, 2010, *passim*. Sobre a necessidade de impor limites especiais às leis que restringem o alcance dos direitos fundamentais, cf. THOMA, 1925, pp. 135ss.

¹⁵ Para uma interpretação bastante aberta, abrangente e pluralista do conceito de *Menschenbild*, cf. HÄBERLE, 2008.

protege certos bens imateriais predefinidos, cujo valor não é decorrência da escolha livre e esclarecida de um dado indivíduo.

Para o autor americano, ainda que isso não devesse ser o caso, tanto a doutrina alemã, quanto o *BVerfG*, embora invoquem KANT para fundamentar seus argumentos, não atribuem tanta importância à autodeterminação, quando dos debates sobre a dignidade humana. Essa constatação faria, até mesmo, que a dignidade humana, conforme entendida pelos alemães, estivesse muito mais próxima do defendido pelo PAPA JOÃO PAULO II em suas encíclicas do que dos escritos de KANT. (ROSEN, 2012, p. 93) Diz-se, por exemplo, que a forte influência cristã em partidos políticos como a CDU e a CSU, mas também na SPD, é determinante, até hoje, para a forma como se vê a dignidade humana. Mencione-se, outrossim, o fato de haver, tradicionalmente, um grande número de católicos no meio jurídico alemão, o que reforçaria esse cenário (ROSEN, 2012, p. 91).

A despeito das considerações do autor, o qual se apoia em alguns julgados do *BVerfG*, buscar-se-á mostrar que tanto na doutrina, quanto na jurisprudência alemã o elemento autodeterminante é o mais decisivo para a forma de concepção do conteúdo da dignidade humana, enquanto conceito jurídico.

3.2 Reality Shows, arremesso de anão, Peep-Shows, prostituição e direito à eutanásia

Nessa perspectiva, os *reality shows* não colocam em xeque a existência objetiva e independente da dignidade humana. Ao invés, fazem apenas com que se pergunte acerca do conteúdo mesmo da dignidade humana, que, ao que tudo indica, funda algo semelhante a uma *priority of liberty*, no sentido rawlsiano (1999, p. 171), já que, para JOHN RAWLS, em *A Theory of Justice*, toda limitação à liberdade deve estar fundada na própria liberdade e na sua distribuição em igual medida.

J.J. GOMES CANOTILHO e JÓNATAS MACHADO (2003, p. 106) esclarecem que “A dignidade da pessoa humana deve ser vista, em primeira linha, como fundamento de um direito geral de liberdade e de um direito geral de igualdade, concretizado através de múltiplos direitos especiais de igual liberdade.” Mormente se se pensar que a dignidade humana não carrega em si qualquer obrigação de adotar um meio de vida ou existência específico, tido como “o correto” ou “o apropriado” (*Verpflichtung zum ‘richtigen’ Menschsein oder Leben*) (SUCHOMEL, 2010, p. 48), já que isso desaguaria em um

acachapante paternalismo estatal (*staatlicher Paternalismus*). E afirmam os autores portugueses:

Do ponto de vista jurídico-constitucional, uma pessoa que decide tornar públicos comportamentos geralmente protegidos pela reserva de intimidade da vida privada não está, por esse motivo, a renunciar a esse direito, mas sim a exercê-lo de acordo com as suas próprias preferências e concepções.

Como alerta CHRISTIAN STARCK (2010, p. 76), o mesmo vale para o caso do arremesso de anão¹⁶ e para os *Peep-Shows*. Neste último tipo de apresentação, feita majoritariamente em casas noturnas, mulheres dançam desnudas. Para ter a oportunidade de vê-las, o cliente, homem ou mulher, deve colocar moedas em uma máquina. Com isso, abre-se um compartimento e passa a ser possível ver a mulher que está a dançar.

Para muitos, esse tipo de apresentação denigre a figura da mulher. Parece ser bastante plausível que este tipo de “show” envolve um péssimo gosto e que pode, de fato, ser considerado um tanto impróprio. Contudo, nada leva a crer que esse comportamento seja vedado pela dignidade humana (SUCHOMEL, 2010). No passado, sobretudo nas décadas de 70 e 80 do século XX, o Tribunal Federal Administrativo alemão (*Bundesverwaltungsgericht*) proferiu decisões proibindo *Peep-Shows*. Para tanto, invocou-se a violação da dignidade humana como fundamento (SUCHOMEL, 2010, *passim*; SODAN, 2011, p. 31).

Entretanto, como observa HELGE SODAN (2011, pp. 31ss.), as proibições de *Peep-Shows* ou de “tele-sexo” (*Telefonsex*) não podem ser sustentadas com base na dignidade humana. Tal conceito não pode transformar-se em argumento para coibir meras atitudes de mau gosto (*Geschmacklosigkeiten*). Tecnicamente, enquanto conceito jurídico, ela é imprestável para essa tarefa.

Se se afirma que a dignidade humana é incompatível com *Peep-Shows* e etc., então também se afirma, indiretamente, que ela serve como forma de submeter os indivíduos aos gostos da maioria ou, em outras palavras, a fazê-los viver sob a égide de uma ética da maioria (*unter der Ägide einer Majoritätsethik*) (SODAN, 2011, p. 31). Ocorre que isso implicaria tornar sem efeito uma parte central da autonomia dos indivíduos. Com isso,

¹⁶ Um caso a respeito ficou famoso a partir da decisão do *Conseil d'Etat* que, provocado por um dos anões afetados pela medida, declarou ser válido o ato administrativo do prefeito (*maire*) da pequena *commune de Morsang-sur-Orge* que proibiu o arremesso de anão na cidade. Posteriormente, a Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos decidiu que a decisão do *Conseil d'Etat* não violou os direitos do mencionado anão e que tampouco foi discriminatória.

nega-se a prerrogativa de autodeterminação de cada um, à medida que se obrigam todos a seguir um mesmo padrão ético, que é tanto oligárquico quanto heterodeterminado.

É certo que a sociedade exige certas regras de condutas de todos os seus membros e que as impõe coercitivamente. Contudo, a dignidade humana estipula limites para tanto, de modo que certas esferas de ação do ser humano sejam objeto de tutela jurídica, sobretudo quando não fica cabalmente demonstrada a existência de um alentado interesse coletivo que seja capaz de derogar a proteção, *prima facie*, que a dignidade humana institui.

Ademais, é de notar-se que meros maus gostos não acarretam ponderáveis danos à coletividade. Salvo que se prove um legítimo e cogente interesse social, qualquer limitação à liberdade fica a carecer de legitimação. Negar a autonomia do sujeito é tratá-lo como mero objeto, o que é vedado pela dignidade humana. Logo, parece que, em vez de ser fundamento para a proscrição de *Peep-Shows*, a dignidade humana é, *ceteris paribus*, um forte argumento contra a proibição, *tout court*, de tal atividade.

Com respeito ao arremesso de anão, STARCK (2010) está certo ao afirmar que o arremesso de anão pode, como qualquer espetáculo que está sujeito a uma autorização do poder público, ser proibido por questões administrativas de regulação local.¹⁷ Entretanto, nada leva a crer que isso possa dar-se com espreque na dignidade humana. Muito ao contrário, tudo indica que a proibição em apreço é, na verdade, uma violação da dignidade humana, à medida que se proíbe uma ação que não causa prejuízos aos direitos alheios, em inobservância da prerrogativa de autodeterminação que é ínsita a cada um. Se as pessoas envolvidas escolheram participar livre e esclarecidamente do referido arremesso, há pouco (ou nada) a opor contra sua legitimidade constitucional.

Nesse sentido, é possível arguir que a prostituição, ao invés de consubstanciar a instrumentalização ou reificação de um ser humano, significa, na verdade, uma atitude de autodeterminação e que, por isso, não configura violação à dignidade humana (MICHAEL; MORLOK, 2012, p. 104). Desde que a prostituição não seja a única opção para fugir da miséria absoluta - como, infelizmente, ocorre muitas vezes - e não tenha lugar em meio ao contexto do tráfico de pessoas, não estaremos diante de uma violação da dignidade humana. Se alguém escolhe prostituir-se por estar desprovido de condições mínimas de vida, é certo que há aí uma inobservância do direito fundamental em apreço. Todavia, se não for este o caso e estando presente uma escolha livre e esclarecida, parece ser coerente

¹⁷ No mesmo sentido: ANTOINE, 2004, p. 143

defender que cabe a cada um guiar a própria vida e ser senhor de si mesmo. Mormente se se está a falar da esfera íntima e sexual de um indivíduo adulto e capaz.

Parte da doutrina defende o direito à eutanásia precisamente com base na dignidade humana e em seu conteúdo antipaternalista. Por admitir-se que a dignidade humana funda um direito à autodeterminação, soa prepósteros afirmar que o sujeito não tem a palavra final sobre a própria vida (ou sobre a própria morte). Se a dignidade humana é um dos motivos que reforçam a tese de que o Estado existe para servir ao indivíduo e não o contrário, então os motivos que justificam a manutenção da vida de alguém devem ser fruto de uma escolha feita por esse mesmo alguém. Não se aceita, em um Estado que consagra a dignidade humana, que vidas sejam instrumentalizadas, de modo que os indivíduos venham ao mundo meramente para satisfazer fins sociais e coletivos. O direito de buscar a própria felicidade, segundo os valores individuais que cada um cultiva, ainda que não partilhados pela visão majoritária, rechaça qualquer dever fundamental à vida (*Grundpflicht zum Leben*) ou, em suma, uma obrigação de continuar vivendo, supostamente em virtude de propósitos alheios e transcendentais que estão muito acima do ser humano e que são muito mais importantes do que sua vontade (ANTOINE, 2004, pp. 173-175).

Segundo JÖRG ANTOINE, o valor intrínseco da dignidade humana e, porquanto, da vida não se confunde com uma “doutrina da sacralidade da vida” (*Lehre von der Heiligkeit des Lebens*). Em vez disso, o valor intrínseco decorrente da dignidade humana obsta que se imponha, ao indivíduo, um modo de vida tido como “o correto” ou “o apropriado”. Ele também impede que se mensure uma vida a partir de sua utilidade coletiva, numa perspectiva consequencialista (ANTOINE, 2004, p. 152). Porém, aceitam-se esses fatos, sem que isso signifique que a vida deva ser preservada a qualquer custo e contra a vontade de seu titular. As escolhas ganham valor, independentemente de seus resultados, justamente por emanarem do sujeito que se autodetermina. Quando tal sujeito resolve matar-se, ele está a exercer a sua prerrogativa de autodeterminação e não a renunciar a ela. A vida, que se entende ser corolário da dignidade humana (ANTOINE, 2004, p. 161), é um direito e não um dever. E conquanto ela seja o pressuposto de todos os outros direitos fundamentais¹⁸, isso não a torna absoluta. JÖRG ANTOINE cita artigos do código penal alemão (StGB) que fundam a legítima defesa, por exemplo, para mostrar que o direito infraconstitucional limita o direito à vida. Nessa perspectiva, menciona-se que, em nossas ordens jurídico-constitucionais, fundadas em direitos e garantias fundamentais, não se

¹⁸ BVerfG 39, 1 (42)

atribui ao Estado o dever de obrigar o indivíduo a procriar, o que também leva a afirmar que não há um dever fundamental à vida (ou a viver) (*Grundpflicht zum Leben*) (ANTOINE, 2004, p. 169).

Em apertada síntese, se um ser humano escolhe, de maneira esclarecida, matar-se, parece que ele exerce um direito constitucional, à medida que o Estado não possui nenhum interesse juridicamente legítimo a compeli-lo a viver.¹⁹ Da mesma forma, se tal ser humano se vê impedido de materializar seu propósito suicida, como sói ocorrer com pacientes em estado terminal, então tudo indica que ninguém deveria ser impedido ou legalmente proibido de auxiliar o indivíduo a concretizar seus propósitos juridicamente assegurados. Sob essa perspectiva, JÖRG ANTOINE (2004, pp. 181ss.) acredita que a dignidade humana, enquanto autodeterminação, implica um direito constitucional à eutanásia passiva e ativa.

O tema, sem dúvida alguma, suscita grandes controvérsias. KLAUS STERN (2006, p. 43) afirma que a maioria da doutrina alemã nega ser a eutanásia ativa (*aktive Sterbehilfe*) vedada pela dignidade humana, conquanto o tema seja controvertido. O autor afirma, porém, que a questão é mais clara em relação à admissibilidade da eutanásia passiva (*passive Sterbehilfe*), desde que o envolvido se tenha manifestado, de forma inequívoca, pela opção de fim do prolongamento terapêutico e contanto que não haja chances de cura no caso.

Seria importante verificar se, de fato, é possível coletar uma escolha esclarecida e imaculada daqueles que resolvem suicidar-se, sem que isso resulte em uma brecha para frequentes abusos. Todavia, se se ultrapassam os obstáculos de tal ordem, parece ser, sim, possível pensar em um direito a uma morte humanamente digna (*Recht auf ein menschenwürdiges Sterben*) constitucionalmente garantido com base da dignidade humana (ANTOINE, 2004, p. 174).

3.3 Valor instrínseco, direito à autodeterminação e direito geral da personalidade

Conforme KLAUS STERN (2006, p. 91), a dignidade humana funda o valor intrínseco da personalidade humana (*Eigenwert menschlicher Persönlichkeit*), bem como o direito geral da personalidade (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*) decorre da dignidade humana.

¹⁹ Defendendo, a partir da ética e do direito americano, essa mesma posição: GERALD DWORKIN (1998) e RONALD DWORKIN (1994).

Este dá ao indivíduo a prerrogativa de decidir como sua imagem, seu nome e demais atributos de sua personalidade serão utilizados. Cabe ao sujeito escolher e autodeterminar se sua vida privada será de conhecimento dos outros e, quando sim, a maneira segundo a qual isso se dará.²⁰

Até mesmo a liberdade de opinião (*Meinungsfreiheit*) e a liberdade artística (*Kunstfreiheit*) dão lugar à dignidade humana, quando o fato a que se dá publicidade ou a obra artística ferem o direito à esfera íntima e privada e, por conseguinte, o direito geral da personalidade (STERN, 2011). Como coloca KLAUS STERN (2011, pp. 691, 698, 705), há que se realizar uma concordância prática (*praktische Konkordanz*) sempre que a prevalência da liberdade artística for capaz de implicar oneroso dano ou prejuízo (*schwerwiegende Beeinträchtigung*) a outros bens jurídicos constitucionais (*andere Verfassungsrechtsgüter*).

Proibe-se, igualmente, a divulgação da palavra proferida na esfera íntima e privada do interlocutor (*die Verbreitung des in der Privat- und Intimsphäre gesprochenen Wortes ohne Zustimmung der sich äußernen Person*), garantindo-se o direito da própria pessoa de determinar sobre a manifestação ou aparição de sua imagem (*über sein Erscheinungsbild selbst zu bestimmen*), conforme KARL LARENZ e MANFRED WOLF (2004, p. 135).

Como coloca PAUL TIEDEMANN (2010, p. 224), a dignidade humana é, na ordem jurídica alemã, assim como o era para KANT, um valor absoluto, mas não por ser irrestrito, ilimitado ou insuscetível de ponderação, e sim por ser um valor intrínseco. Diz-se que todo valor extrínseco é relativo e define-se como relativa aquela valoração que não jaz no próprio objeto, mas naquilo que se pode começar a partir dele, a fim de alcançar uma outra coisa (*Extrinsische Werte sind relative Werte (...) Die Wertigkeit liegt also nicht in der Sache selbst (intrinsisch), sondern in dem, was man damit anfangen kann, um etwas anderes zu bekommen.*)

Esse ponto também é fulcral quando se leva em conta a muito útil distinção taxonômica feita por TIEDEMANN (2010) entre um conceito heterônomo (*heteronomisches Konzept*) da dignidade humana e outro autônomo (*autonomisches Konzept*). Para este autor, foi a partir de KANT que a dignidade humana tomou sua verdadeira e atual forma, quando se passou a considerar que o ser racional é dotado dessa prerrogativa peculiar não por

²⁰ Sobre uma interessante perspectiva, no direito inglês, que une a ideia de dignidade humana à liberdade e à autodeterminação, cf. FELDMAN, 2002, pp. 4ss.; 115ss.; 151ss.

algum motivo heterônomo, como ter sido criado à semelhança de Deus, mas pelo mero e simples fato de ser um ser humano.

3.4 Simplesmente dada ou intersubjetivamente construída?

Há, na doutrina, uma grande e fértil discussão sobre a natureza da dignidade humana. Seria ela fruto de um direito natural, de cunho inato, oriundo de Deus ou da natureza humana? Ou seria ela um conceito criado pelos homens, que reconhece sua fundação intersubjetiva e intramundana (*innerweltlich*)? A resposta à primeira questão foi chamada de teoria do dom (*Mitgifttheorie*) (COSTA BARBOSA, 2008, p. 40), pois enxerga o fundamento da dignidade humana como um tipo de propriedade simplesmente dada (*vorhanden*), seja ela baseada em algo divino ou em alguma outra forma de direito natural. A resposta à segunda é chamada de teoria da comunicação (*Kommunikationstheorie*), pois reconhece como fundamento da dignidade humana um tipo de base intersubjetiva, constituída nas próprias relações entre os sujeitos (MICHAEL; MORLOK, 2012, p. 98).

Ao explicar a teoria da comunicação, HELGE SODAN (2011, p. 28) assevera, valendo-se dos ensinamentos de NIKLAS LUHMANN sobre a dignidade humana, que ela pressupõe que o ser humano possui entendimento e experiência suficientes para administrar ou gerir (*handhaben*) sua personalidade de maneira correta.

Fugir-se-ia da finalidade e da adequada abrangência deste trabalho, se se buscasse oferecer, desde já, uma resposta a essa questão, a qual, em derradeira instância, remete-se à dicotomia entre direito natural e direito positivo, que durante tanto tempo dividiu (e, ainda hoje, divide) juristas, ou, até mesmo, ao debate, hodierno, entre fundamentação e “desfundamentação” do direito, que busca responder se há e quais seriam os fundamentos últimos, morais-universais, do direito.

Todavia, feita essa reserva, é possível, ao menos, levantar sérias dúvidas com respeito à teoria do dom, sobretudo em um mundo onde os referenciais metafísicos caíram e a natureza humana, ao invés de estanque e bem definida, é tida como algo sempre em aberto. Da mesma forma, as respostas jurídicas – inclusive aquelas acerca da dignidade humana, a qual é criação, na melhor das hipóteses, do século XVIII – parecem estar em perene construção, o que também desafia a teoria do dom.

Como dito, porém, a questão permanece sem resposta definitiva.

3.5 Princípio ou direito fundamental?

Seria, além disso, a dignidade humana apenas um princípio, norteador da interpretação das normas, ainda que com aptidão derogatória e diretiva em face das normas-regras, ou seria ela um direito fundamental, com base no qual estão fundados direitos subjetivos e pretensões concretas? Ou seria ela, até mesmo, simultaneamente, ambos?²¹

No *Grundgesetz*, a dignidade humana aparece como o primeiro direito fundamental. Na Constituição Federal de 1988 (CF), como fundamento da República Federativa do Brasil. Ao que tudo indica, a Constituição brasileira foi prudente ao estipular assim.

Na própria Alemanha, embora a dignidade humana esteja prevista no capítulo dedicado aos direitos fundamentais, houve, no passado, aqueles que questionassem se se tratava, ou não, efetivamente, de um direito fundamental. Hodiernamente, na Alemanha, já não subsiste tal polêmica (KLOEPFER, 2010, p. 116).

²¹ A discussão, conforme colocada, pressupõe uma visão um tanto elementar dos princípios. Contudo, é dessa forma que a questão está posta na literatura especializada. A ideia aqui é saber se a dignidade humana realmente funda pretensões subjetivas e justificáveis. Para muitos, um princípio seria incapaz de fazê-lo: ele seria mero vetor interpretativo. Daí a importância de saber se a dignidade humana é direito fundamental ou “mero” princípio. É certo, porém, que há muitos autores, sobretudo hodiernamente, a defender um conceito de princípio que não excluiria a possibilidade de que ele funde pretensões subjetivas e concretas. Há, inclusive, a visão, famosa atualmente, de que os direitos fundamentais *são* princípios, o que significa que os dois conceitos não deveriam ser vistos como mutualmente excludentes, como é feito acima. Essa é a posição de ROBERT ALEXY e de sua “escola de Kiel” (*his Kiel school*), na feliz expressão de MATTHIAS JESTAEDT (2012, p. 152), também utilizada por HEINOLD (2011, p. 234), quando este último se refere à escola de Kiel (*Kieler Schule*). EDUARDO SODERO (2009, p. 195), por exemplo, chama-a de segunda escola de Kiel (*zweite Kieler Schule*), provavelmente, para diferenciar o grupo formado por ALEXY e seus discípulos da escola formada, na década de 30 do séc. XX, durante o regime nacional-socialista, por KARL LARENZ, ERNST RUDOLF HUBER, PAUL RITTERBUSCH, GEORG DAHM e outros. A escola de ALEXY inclui persuasivas obras como as de MARTIN BOROWSKI (2007), JAN-R. SIECKMANN (2007) e (2009), e VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (2003). A visão de direitos fundamentais como princípios também é adotada por LOTHAR MICHAEL e MARTIN MORLOK (2012, pp. 43, 332, 451). A título de exemplo, diga-se que ROBERT ALEXY (1994, p. 122), em sua profunda e seminal *Theorie der Grundrechte* (verdadeiro marco divisório do direito constitucional!), defende que direitos fundamentais possuem um caráter duplo (*Doppelcharakter*), o qual funda normas-regras e normas-princípios. Sob essa perspectiva, os direitos fundamentais, enquanto princípios, são mandamentos *prima facie*, o que, conquanto não os torne ainda mandamentos definitivos (*definitive Gebote*), não os impede de fundar direitos subjetivos ou, tampouco, de ser justificáveis. Em virtude de questões metodológicas e sob pena de fugir da correta abrangência da proposta deste texto, buscou-se ignorar o profícuo debate que existe acerca desse ponto e, mais genericamente, sobre qual seria a diferença entre os princípios e as regras. Mencione-se, novamente, que, para muitos, os direitos fundamentais são princípios, o que não os impede de fundar pretensões concretas (MAHLMANN, 2012b, p. 169). Apenas para que se tenha um bosquejo da dimensão do problema, que não se restringe aos direitos fundamentais, vale lembrar que o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*), tradicionalmente chamado dessa forma, é, para muitos (e.g. AFONSO DA SILVA, 2003), uma regra e não um princípio. Já para outros, tratar-se-ia de “postulado” (ÁVILA, 2004), enquanto alguns pensam ser adequada, na verdade, a atual nomenclatura taxonômica, por tratar-se, realmente, de princípio. Sobre a diferença entre regras e princípios, cf., p.ex., dentre muitos outros, ALEXY, 1994, pp. 91ss.; AFONSO DA SILVA, 2003, pp. 37ss.; ÁVILA, 2004, pp. 104ss.; HEINOLD, 2011, *passim*; STEINMETZ, 2005, pp. 11ss.

No Brasil, a questão é ainda mais complexa, já que a dignidade humana sequer está prevista no art. 5º da CF ou, tampouco, no art. 6º, que são partes da Constituição Federal em que, reconhecidamente, constam vários direitos fundamentais. Sabe-se, de qualquer maneira, que, em virtude da forma como foi redigida, há direitos fundamentais espalhados em toda a nossa Constituição.

Por um lado, parece ser bastante razoável afirmar que, na Constituição Federal, a dignidade humana é sim um direito fundamental e que, como tal, está gravada de cláusula pétrea (art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, CF), conceito análogo ao da cláusula de eternidade (*Ewigkeitsklausel*), prevista no art. 79, (3), do *Grundgesetz*. Esse é o caso porque a dignidade humana serve de alicerce para um dever de respeito e proteção ao ser humano ao qual corresponde um direito, que é, a seu turno, como esclarece JAN-ULF SUCHOMEL (2010, p. 59), individual e “justiciável” (*justiziabel*).

É possível derivar, da dignidade humana, pretensões jurídicas pertinentes ao indivíduo, sem que seja necessária uma mediação infralegal, embora tal mediação, por vezes, esteja presente. O direito ao mínimo existencial, por exemplo, é concretizado por meio de lei, mas é possível ingressar em juízo contra uma lei que, a pretexto de concretizar tal corolário da dignidade humana, não o faça de forma transparente, satisfatória e coerente. Nesse sentido, a dignidade humana funda reivindicações bastante concretas e, porquanto, direitos subjetivos.

Por outro lado, a dignidade humana é também princípio, pois, como escolha axiológica feita pelo legislador constituinte originário, ela perpassa, enquanto vetor objetivo, por meio de “pontos de irrupção” ou “portas de entrada” (*Einbruchstellen*) - como, por exemplo, as cláusulas gerais-, todo o ordenamento jurídico, inclusive o direito privado, o qual deverá ser interpretado, ainda que mediata e indiretamente, à luz dela. Como princípio, ela funda não apenas pretensões subjetivas e concretas, mas é uma garantia para toda a sociedade e, como tal, possui dimensão objetiva.

Com efeito, fez bem o constituinte brasileiro, ao chamar a dignidade humana de fundamento da República Federativa do Brasil. Isso só pode significar que ela é, simultaneamente, direito fundamental e princípio e que, como tal, possui lugar de distinção na ordem jurídico-constitucional brasileira.

3.6 Obrigação contra si mesmo

KLAUS STERN (2006, p. 94), no que é acompanhado por CHRISTIAN STARCK (2010, p. 47), ressalta que não há uma proteção da dignidade humana contra si mesmo, isto é, o Estado não tem o dever de impedir um sujeito de violar sua própria dignidade (se é que isso é possível!), e isso talvez leve a uma definição de dignidade como autonomia. Não há renúncia à dignidade humana, mas apenas diferentes formas de seu exercício, à medida que ela se consubstancia na autodeterminação do indivíduo (*Selbstbestimmung des Individuums*).

Por conseguinte, nos termos de PHILIP KUNIG (2012, p. 29), não há, na ordem jurídico-constitucional, uma tutela contra si mesmo (*Schutz vor sich selbst*), já que prevalece, em uma tal ordem, a livre escolha (*freie Wahl*) dos seres humanos adultos (*erwachsene Menschen*), os quais, à luz de uma Constituição fundamentalmente livre, possuem uma proteção jurídica especial e prioritária.

Foi partindo do pressuposto de que o Estado não pode proteger os cidadãos de si mesmos, que o *BVerfG* julgou constitucional a obrigação de usar cinto de segurança (*Gurtanlegepflicht*). Na ocasião, a Corte valeu-se de uma artificiosa e pouco persuasiva solução. Constatou-se que, com base no direito infraconstitucional, todos têm o dever de ajuda mútua, em caso de acidente. Ao não utilizar o cinto, o motorista diminui sobremaneira a sua aptidão para cumprir esse dever de ajuda ao próximo. Logo, é constitucional a obrigação de uso do cinto de segurança. Na decisão, entretanto, ficou expressamente consignado que não se poderia solucionar a questão da obrigatoriedade do uso do cinto de segurança simplesmente invocando a faculdade de o Estado proteger os motoristas de si mesmos (*BVerfG*, 1 BvR 331/85).²²

A propósito, vale mencionar que foi invocando o bem comum e o cogente interesse social (*compelling social interest*), e não a proteção contra si, que a Suprema Corte americana, no início do séc. XX, declarou constitucionais leis estaduais que instituíam a vacinação compulsória (cf., por exemplo, o caso *Jacobson v. Massachusetts*)²³.

Ressalte-se, ainda, que a escolha do indivíduo deve ser livre, isto é, quando presentes máculas no consentimento, é certo que esse pressuposto não terá sido atendido e não haverá, na espécie, violação da autonomia, se o Estado, por exemplo, desconsidera um

²² Vale indicar que, em *Justice for Hedgehogs*, RONALD DWORKIN (2011, p. 370) fornece uma interessante solução para esse problema, consideravelmente distinta daquela dada pela Corte alemã. A respeito, confira-se o item 3.13, *infra*.

²³ *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905)

pacto que, embora formalmente bilateral, tenha sido, *de facto*, imposto unilateralmente por uma das partes. A mácula na autonomia legitima uma intervenção.

3.7 Isonomia e dignidade humana

O princípio da dignidade humana, sob essa perspectiva, funda a isonomia (outro princípio constitucional), à medida que todas as pessoas, pelo fato mesmo de serem humanas, são providas de uma qualidade peculiar que é inerente a todos em igual medida.

Ressalte-se que não usar alguém meramente como meio ou, em outras palavras, não se valer de alguém como instrumento deve ser entendido como reconhecimento e respeito (*Achtung*) perante o outro e seu *status* humano. Essa condição gera um dever de tratar o ser humano com consideração e, ao mesmo tempo, de reconhecer que a condição de nenhum sujeito é intrinsecamente superior à de outro sujeito (KANT, 1785a).

3.8 Princípio constitucional supremo

Segundo CHRISTIAN STARCK (2010, pp. 33, 37), a Jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* e a doutrina alemã acolheram a tese de que a dignidade humana é o princípio constitucional supremo (*oberstes Verfassungsprinzip*). Em mais de uma ocasião, o Tribunal valeu-se, explicitamente (HABERMAS, 2010, p. 465), da segunda formulação do imperativo categórico (*kategorischer Imperativ*) de KANT, também chamada de *Objektformel*, para explicar o que seja dignidade humana. Cumpre esclarecer, ainda, que a expressão *oberstes Verfassungsprinzip* foi cunhada por GÜNTER DÜRIG (1956, p. 127), parafraseando KANT (1785a, p. 440), quando este afirma que o imperativo categórico era o princípio supremo da moralidade (*oberstes Prinzip der Moralität*).

3.9 Titularidade da dignidade humana

Conforme se vê, *supra*, nos itens 2.4 e 3.7, a dignidade humana é um atributo desvincilhado das circunstâncias pessoais de seu detentor. Em virtude, precisamente, desse atributo, ela importa igualdade. Daí também se segue que quaisquer seres humanos possuem dignidade humana. Nenhuma peculiaridade de um dado ser humano será bastante para afastá-lo da incidência desse direito.

Características como condição social, origem étnica, “raça”, desenvolvimento mental incompleto, limitações de ordem física, gênero, orientação sexual, local de nascimento, dentre outras, não são aptas a retirar a dignidade que é ínsita a um dado sujeito, exatamente porque a dignidade está embutida no mero fato de ser humano, ela é consequência, *ipso iure*, do fato de alguém ser um ser humano (SARLET, 2011, p. 54).

Resta saber, no entanto, quais são os titulares da dignidade humana e quais são os indivíduos açambarcados por ela. Ela implica, por exemplo, algum tipo de tutela pré-natal ou pós-morte (STERN, 2010, p. 44)? No que diz respeito à tutela pós-morte da dignidade humana, pede-se ler o item 3.9.1, logo a seguir. Quanto à tutela pré-natal, não se poderia analisar, em minúcias, todos os seus aspectos. Porém, mister se faz tecer alguns comentários a respeito.

Doutrinariamente, KLAUS STERN (2006, p. 30), amparado em vários outros autores alemães, afirma que a dignidade humana não pode ser vista como uma proibição de pesquisas que envolvem células-tronco. Segundo ele, a dignidade humana deve ser vista, na verdade, como um mandamento em favor de pesquisa com células-tronco (*Gebot für Stammzellenforschung*). Contrapondo-se a JÜRGEN HABERMAS, STERN afirma que a utilização seletiva e eugênica desse tipo de pesquisa violaria, de fato, a dignidade humana, o que seria inconstitucional e, portanto, proibido.

Contudo, esses casos extremos não deveriam ser utilizados contra as pesquisas com células-tronco embrionárias. STERN rejeita, com ênfase, aqueles argumentos suscitados por HABERMAS que são comumente chamados, em inglês, de *slippery slope arguments*, a saber, argumentos que tentam mostrar que uma determinada permissão desaguaria, *ipso facto*, em incontroláveis e indesejáveis consequências. Afirma-se, outrossim, que não há nada na proteção da dignidade que justifique uma “proteção absoluta de uma vida embrionária” (STERN, 2006, p. 31).

Por fim, mostra-se que países como a França, o Reino Unido, a Bélgica e a Suécia, bem como, parcial e seletivamente, os Estados Unidos, permitem, dentro dos limites legais, a realização de pesquisas com células-tronco (STERN, 2006, p. 34). Na Alemanha, as pesquisas com células-tronco continuam proibidas, por determinação legal, embora não haja decisão do *BVerfG* específica sobre a matéria (STERN, 2006, p. 39). No Brasil, a matéria encontra-se amplamente regulada pela lei de n. 11.105/05, chamada de Lei da Biossegurança, a qual foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 3510. Sobre a decisão do STF, confira-se o item 5.6.6, *infra*.

Ainda sobre a tutela pré-natal da dignidade humana, é importante analisar se, e como, a dignidade humana protege a vida intrauterina. Na Alemanha, assentou-se a posição de que há esse tipo de proteção. No que concerne ao Brasil, sugere-se ler, mais adiante, os itens 5.6.6 e 5.6.7 deste trabalho.

A doutrina alemã afirma, em geral, que a vida intrauterina está abarcada pela dignidade humana. Entretanto, isso não significa que ela seja, ou deva ser, tão protegida quanto a vida extrauterina. Em 1975, dois anos depois de a Suprema Corte americana julgar *Roe v. Wade*²⁴, quando tinha assento no *BVerfG* uma composição de juízes bastante conservadora (LAMPRECHT, 2011, p. 156), declarou-se inconstitucional, na Alemanha, uma lei que deixou de sancionar penalmente o aborto voluntário realizado no primeiro trimestre de gravidez. A lei foi declarada inconstitucional pelo *BVerfG* (39, 1), que disse que o legislador infraconstitucional tinha o dever de manter em vigor as proscricções penais que concretizavam a proteção da vida intrauterina. Trata-se de caso célebre que imortalizou o conceito jurídico intitulado “dever de proteção” (*Schutzpflicht*) na literatura constitucional. Na época, deferiu-se provimento provisório (*einstweilige Anordnung*), o qual gerou, inclusive, efeitos penais repristinatórios (MENDES, 2012a, p. 326).

Em 1992, após a reunificação alemã, aprovou-se nova lei que descriminalizava o aborto no primeiro trimestre de gravidez. Com isso, o Tribunal confrontou-se novamente com a questão do aborto e da proteção jurídico-penal da vida intrauterina. Dessa vez, reafirmou-se que o legislador tinha o dever de proteger a vida intrauterina, em virtude da dignidade humana. Todavia, restou assentado, segundo o *BVerfG* (88, 203), que deixar de punir o aborto no primeiro trimestre gestacional estava dentro da margem de conformação do legislador, contanto que outras medidas que desencorajassem a interrupção voluntária da gravidez fossem implementadas (STERN, 2006, p. 45).

Sendo assim, hodiernamente, é permitido o aborto voluntário, na Alemanha, no primeiro trimestre de gravidez, embora a mulher tenha que, obrigatoriamente, se submeter a uma orientação psicológica. Durante a orientação, profissionais pagos pelo Estado têm a obrigação de tentar dissuadir a gestante de efetuar a interrupção da gravidez. Em qualquer caso, prevê-se um tempo mínimo de espera de três dias (STERN, 2006, p. 46).

3.9.1 Dignidade humana *post mortem*?

²⁴ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973)

Resta saber, então, se há uma tutela pós-morte da dignidade humana. Cumpre esclarecer, nesse sentido, que a dignidade humana possui estreita relação com as disposições *post mortem*. Se a dignidade humana funda um direito à autonomia, é certo que se garante, àquele que vive, a faculdade de concertar, para após sua morte, a organização patrimonial daquilo que é sua propriedade. Igualmente, não se pode usar, indiscriminadamente, os atributos da personalidade de alguém, mesmo após sua morte. Em vida, adotam-se posturas e tomam-se medidas para moldar a visão da posteridade. Se alguém, por exemplo, escolhe esconder, em vida, um dado segredo, estar-se-ia a violar aquilo que esse alguém desejou em vida, se se revelasse tal segredo. Com efeito, em alguns casos, a ordem jurídica, legitimamente, opõe à coletividade a obrigação de respeitar vontades expressadas em vida por pessoas que já morreram.

É possível notar, porquanto, que a dignidade humana, como esclarece PETER BADURA (2012, p. 34), implica uma “tutela ‘pós-morte’ da personalidade” („*postmortalen*“ *Persönlichkeitsschutz*), porque certos atributos do indivíduo permanecem protegidos juridicamente, a despeito do fim da vida. Isso ocorre, amiúde, com características imateriais, como nome, honra, criações artísticas do morto, etc. Essas esferas continuam a receber resguardo por parte do Estado, mesmo que seu titular já não seja sujeito de direitos.

Observa-se esse fato não porque o antigo titular desses atributos tenha um direito a isso, mas porque permanece a obrigação imposta pelo Estado. A dignidade humana, enquanto direito fundamental, finda com a morte de um ser humano. Contudo, ela pode gerar obrigações de proteção na forma de efeitos posteriores (*nachwirkende Schutzpflichten*) (JARASS; PIEROTH, 2011, p. 43). Entende-se ser legítimo que o Estado imponha respeito àquilo que um dado ser humano estipulou para a sua própria vida e para os atributos da sua personalidade. O direito do indivíduo perdura apenas durante a vida, mas as obrigações por ele geradas protraem-se no tempo, para após o falecimento.

Não se trata de um “direito pós-morte à dignidade humana”, mas sim de reconhecer o valor de validade moral, pessoal e social que a pessoa adquiriu durante sua própria experiência ou modo de vida (*der sittliche, personale und soziale Geltungswert, den die Person durch ihre eigene Lebensleistung erworben hat*).²⁵ Por via de consequência, esse

²⁵ Nesse contexto, são claras as observações de PETER BADURA (2012, p. 34): “*Die in Art. 1 Abs. 1 GG aller staatlichen Gewalt auferlegte Verpflichtung, dem Einzelnen Schutz gegen Angriffe auf seine Menschenwürde zu gewähren, endet nicht mit dem Tode. Es würde mit dem Gebot der Unverletzlichkeit der Würde des Menschen unvereinbar sein, wenn der Mensch, dem Würde kraft seines Personseins zukommt, in diesem allgemeinen Achtungsanspruch auch nach seinem Tode herabgewürdigt oder erniedrigt werden dürfte. Diese Schutzpflicht kann jedoch als Teil des Persönlichkeitsrechts, das nur einer lebenden Person zustehen*

valor faz com que aquilo decidido em vida, por um sujeito autodeterminado, seja vinculativo mesmo após a sua morte.

Processualmente, será sempre necessário que uma pessoa ainda viva reclame ou imponha o cumprimento de tais obrigações. Geralmente, fá-lo-á a família do morto ou algum outro legitimado, a quem interessa ver cumpridos os desejos do falecido. Eventualmente, inclusive, é possível que esses mesmos legitimados tenham, eles próprios, um direito subjetivo à implementação do que queria o morto. É o que poderá ocorrer com o herdeiro testamentário. Todavia, mesmo um juiz da vara de sucessões ou um promotor de justiça, atuando como *custos legis*, poderá defender a imposição das obrigações testamentárias.

Nesse sentido, ainda que não haja um direito subjetivo independente, de titularidade de alguém que ainda esteja vivo, parece temerário defender a existência do direito de um morto, uma vez que este não é mais sujeito ou pessoa, não possui mais vida, vontade, autodeterminação, prerrogativas, relações jurídicas, etc.²⁶

Nada impede, porém, que o vivo estipule, com base em sua autonomia da vontade e na órbita jurídica sob a qual ele possui controle, deveres cujos efeitos subsistirão mesmo após sua morte ou ainda que só passem a ter efetividade, precisamente, após seu falecimento.

Também não parece problemático defender que o Estado imponha deveres para a conservação de cadáveres. *Não se trata de um direito de um morto, mas sim de um dever dos vivos*. Dessa maneira, o direito fundamental à dignidade humana, corolário do art. 1º,

kann, nicht nach dem Tode als Recht des Verstorbenen fortbestehen und ist als höchstpersönliches Recht auch nicht übertragbar. Gleichwohl sind in erster Linie der vom Verstorbenen zu Lebzeiten Berufene und daneben seine nahen Angehörigen als „Wahrnehmungsberechtigte“ eines „postmortalen“ Persönlichkeitsschutzes anzusehen. Dieser Schutz kann gegen eine grobe Entstellung des durch die Lebensstellung erworbenen Geltungsanspruchs des Verstorbenen in Anspruch genommen werden. Die Schutzwirkungen des postmortalen Persönlichkeitsrechts sind nicht identisch mit denen, die sich aus Art. 2 Abs. 1 in Verb. mit Art. 1 Abs. 1 GG für den Schutz lebender Personen ergeben; denn das auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit gerichtete Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG setzt die Existenz einer wenigstens potentiell oder zukünftig handlungsfähigen Person, also eines lebenden Menschen als unabdingbar voraus. Postmortal geschützt wird – kraft des Art. 1 Abs. 1 GG – zum einen der allgemeine Achtungsanspruch der dem Menschen als solchem zusteht, zum anderen der sittliche, personale und soziale Geltungswert, den die Person durch ihre eigene Lebensleistung erworben hat (BVerfGE 30, 173/194 – Mephisto; BVerfG DVBl. 2001, 985 – Wilhelm Kaisen; BGHZ 50, 133/137 ff. – Mephisto; BGH JZ 2009, 212 – „Ehrensache“, kunstspezifische Betrachtung eines Theaterstücks mit Wirklichkeitsbezug unter Vermengung tatsächlicher und fiktiver Schilderungen, Anm. C. AHRENS, ebd., S. 214).”

²⁶ Nesse sentido, é mister rechaçar aquelas visões quixotescas e insustentáveis conceitualmente que pregam, de maneira intransigente, haver um “direito além da vida”, ao partirem, ainda que implícita e entimematicamente, da discutível premissa de que a toda obrigação corresponde um direito (cf. MIGLIORE, 2009, *passim*).

III, da CF, assegura uma proteção contra agressões que transcende à morte, sem que isso importe um direito *post mortem*.

3.9.2 Dignidade humana e doação de órgãos

Conforme o que se explicitou acima, parece, da mesma forma, violar a dignidade humana que caiba à família e não ao indivíduo a derradeira escolha de doar ou não seus órgãos vitais. Isso porque, embora morto, um dado sujeito pode expressar, em vida, sua vontade de que seus órgãos salvem vidas alheias.

Quando se atribui à família o direito de escolher o fim do corpo do morto, ele é tratado como mera coisa. De fato, o indivíduo morto, já não é mais humano, mas, quando se contraria o desejo de doar órgãos manifestado por ele em vida, está-se a ferir a autonomia que ele possuía em vida e, portanto, a ignorar a aptidão de que ele era dotado naquela ocasião, para formar e dispor suas próprias relações jurídicas.

3.9.3 Dignidade humana, herança, testamento e direitos *post mortem*

É muito importante ressaltar que não se está a conferir ao morto um direito pós-morte. Só se pode ser titular de um direito em vida. Contudo, nem toda obrigação possui um direito que se lhe oponha. Ver-se-á, no item 5.6.2, *qui infra scriptus est*, que desde há muito se conhece a categoria das obrigações imperfeitas (*unvollkommene Pflichten*). Daí dizer-se que o morto não possui um “direito” a ser enterrado, o que não impede que as pessoas em geral e, em particular, seus familiares possuam o dever de enterrá-lo.

O autor de uma herança (isto é, uma pessoa falecida que deixou bens a serem inventariados) pode ter, enquanto vivo, lavrado testamento. A observância das disposições testamentárias não é um “direito” do morto. Sem embargo, os seus herdeiros estão plenamente obrigados a cumprir tais disposições. Eventualmente, algum interessado (e.g. um herdeiro não-necessário contemplado no testamento) terá o direito de exigir o *enforcement*, ou seja, a “execução” do testamento. Nesta hipótese, o direito será do interessado e não do morto, que, como tal, já não pode mais ser titular de direitos.

Entretanto, o fato de o autor da herança ter confeccionado o testamento em vida, enquanto era um ser autônomo, cuja autodeterminação era reconhecida e assegurada, faz com que sua vontade pretérita se protraía no tempo e seja salvaguardada pelo ordenamento

jurídico. Repise-se que tal vontade poderá, inclusive, ser implementada e efetivada por desígnio do juiz-inventariante ou com base em parecer de membro do Ministério Público, os quais, como atores desinteressados, buscam efetivar a lei e, por conseguinte, a força vinculante das disposições *mortis causa*, mesmo que não haja nenhum interessado direto nisso.

Essa marca distintiva do ser humano, capaz de criar, alterar ou extinguir relações jurídicas, afetando as órbitas jurídicas alheias, com base em uma vontade anterior à morte e que reverberará após a morte, é característica intransitiva de um ser dotado de dignidade. Contudo, isso não acarreta, em absoluto, um “direito fundamental à dignidade humana pós-morte”. Como qualquer direito, também o direito à dignidade humana termina com a vida. Porém, esse traço distintivo do ser humano culmina na existência de uma tutela pós-morte da dignidade humana, algo que, nos termos expressados acima, não se confunde - e não deveria ser confundido - com um direito pós-morte.

É-nos permitido concluir, portanto, que mortos não podem, em qualquer hipótese, ser *titulares* de dignidade humana.

3.10 Liberdade de expressão, dignidade humana e o *hate speech*

É possível notar, no posicionamento de alguns juristas e em pelo menos uma decisão do *BVerfG*, uma tendência de utilizar a dignidade humana como baliza ou limite ao direito de liberdade de expressão. Contudo, não no sentido de um limite fundado no direito geral da personalidade, como é inequivocamente aceito, mas sim como um obstáculo às ofensas proferidas coletivamente contra determinados grupos étnicos, religiosos ou, ainda, contra aqueles que possuem uma determinada origem social, de gênero, de orientação sexual ou de “raça”.

Isso é feito, a título de exemplo, por JEREMY WALDRON (2010), em seu texto *Dignity and Defamation: the Visibility of Hate*. O mesmo é defendido, já há algum tempo, por KEVIN BOYLE (1992). Parece ter sido esse tipo de ponto de vista aquele adotado pelo Tribunal alemão quando da segunda decisão sobre a injúria (*Beleidigung*) às forças armadas alemãs, levada a cabo por meio da expressão *Soldaten sind Mörder* (*BVerfG*, 93, 266).

De acordo com essa visão, a dignidade humana seria um bem jurídico a legitimar o tolhimento da liberdade de expressão, uma vez que grupos coletivos poderiam ter suas dignidades violadas.

3.10.1 Problemas da vedação do *hate speech* com base na dignidade humana

Esse tipo de argumento oferece problemas. Em primeiro lugar, a dignidade humana, como visto, funda um direito de autodeterminação, o qual abrange o direito de escolher, se e como a própria personalidade será utilizada. Isso inclui controle sobre a própria imagem, voz, direitos autorais, etc. Esse fato decorre da faculdade de que cada um goza do direito de ser deixado em paz, isto é, o direito de estar ou ser deixado só (*right to be let alone*).²⁷ Trata-se de algo que funda um direito de estar sozinho e de ver-se livre de importunações injustificadas.

3.10.2 *specificatio*, direitos autorais e direito geral da personalidade como pretensão individual

Dessa forma, o labor de um escritor sobre o livro é uma espécie de especificação (*specificatio*).²⁸ Assim como o artista que transforma o barro em escultura, o autor de ideias transmuta o papel em um recipiente de ideias. Se o barro possui valor de mercado muito inferior ao vaso artisticamente trabalhado, é mérito do artista. Igualmente, é certo que um conjunto de folhas de papel encadernadas, com tinta preta *aleatoriamente* despejada em cima delas, tem muito menos valor do que aquela mesma quantidade de tinta e de folhas de papel quando aquele artefato consubstancia um repositório de pensamentos.

²⁷ Como esclarece LAURA SCHERTEL FERREIRA MENDES (2008, p. 14), em sua dissertação de Mestrado, o artigo *The Right to Privacy* (1890), publicado na *Harvard Law Review*, e escrito por SAMUEL D. WARREN e LOUIS BRANDEIS, então sócios em escritório de advocacia, é apontado, pela literatura especializada, como um dos mais citados artigos jurídicos da história. Esse artigo celebrou o uso da expressão *right to be let alone*.

²⁸ A respeito da *specificatio*, que era um meio originário de aquisição da propriedade no Direito Romano, cf. BUCKLAND, 1963, pp. 216ss. Embora os romanos não considerassem os livros uma forma de *specificatio*, porque entendiam que o papiro, p.ex., era principal, e não acessório, em relação às ideias nele contidas, é possível entender que, atualmente, houve uma viragem paradigmática quanto a esse ponto. Em particular, a metáfora da *specificatio* serve bem para compreender a nossa forma de enxergar os direitos autorais, uma vez que vemos, no livro, transformação da natureza de um objeto pelo simples fato de ele ter-se tornado um repositório de ideias. No direito brasileiro, a especificação encontra-se prevista nos arts. 1.269 e seguintes do Código Civil.

Essa mais-valia (*Mehrwert*) é, por óbvio, fruto do trabalho de um autor e, logo, se seu mérito e talento são a causa desse enriquecimento, deve conceder-se a ele o direito de dispor sobre os frutos econômicos dessa agregação de valor. É certo que deve ser ele também o merecedor dos frutos dessa “benfeitoria”, como também quem terá o direito de escolher, se e como divulgará tal obra.

O direito autoral e os outros direitos corolários do direito geral da personalidade são, porquanto, formas de autodeterminação sobre extensões de si mesmo e da própria personalidade (KANT, 1785b, pp. 77ss.), tais como os frutos e produtos do próprio corpo, do próprio trabalho, dos próprios pensamentos e ideias, da própria imagem, da própria voz, etc. Poder-se-ia chamá-los, quem sabe, de *longae manus* da personalidade.

3.10.3 Ofensas à honra, injúria, injúria preconceituosa e homofobia

Dessa mesma maneira, quando alguém tem sua integridade moral vilipendiada, a imagem que aquela pessoa cultiva de si mesma passa a ser afrontada. Nesse ponto, tanto imputações falsas como verdadeiras possuem o condão de expor esferas da privacidade que, por livre e espontânea vontade, o indivíduo escolheu encobrir da alteridade.

Afirmações sobre as preferências ou orientação sexual de alguém, sobre sua profissão, quando deliberadamente mantida em sigilo (e.g. ser garoto ou garota de programa), dentre muitas outras coisas, violam o direito daquela pessoa de não ser importunada e de determinar a forma como se dará a sua representação diante da sociedade e do mundo. O crime de injúria (art. 140 do CP) ilustra bastante bem essas considerações, já que até mesmo um fato verdadeiro pode gerar ofensa à honra subjetiva, o que faz, inclusive, que se afaste, em regra, a exceção da verdade nesse tipo de crime.

Impõe-se observar, portanto, que, segundo essa linha de raciocínio, é perfeitamente legítimo criminalizar condutas como a injúria preconceituosa (parágrafo 3º do art. 140 do CP) ou, até mesmo, a injúria homofóbica (cf. Projeto de Lei 122/06). Temos aqui, de fato, uma colisão entre a dignidade humana e a liberdade de expressão. Porém, tendo em vista que o aviltamento de cidadãos comuns nenhuma relevância tem para a higidez da prática democrática, é forçoso admitir que a tutela da personalidade, em casos de figuras que não sejam públicas (RODRIGUES DE BRITO, 2010, pp. 33, 71), é mais intensa.

As prescrições penais que versam sobre os crimes contra a honra, previstas no código penal brasileiro, são, sob esse aspecto, bastante adequadas. Primeiramente, por serem

normas abstratas e gerais que não punem um tipo específico de manifestação do pensamento ou, marcadamente, um conteúdo específico. Além disso, esses dispositivos são aplicáveis a casos em que há, notadamente, violações contra uma pessoa e não contra grupos ou coletivos. Noutras palavras, um advogado, tomado singularmente, pode ser vítima de injúria, mas a “classe dos advogados”, enquanto tal, não pode. Essa constatação vale para grupos étnicos, religiosos, etc.

Por fim, registre-se que tais prescrições só têm eficácia se restar comprovado que há, no caso concreto, necessidade da tutela penal, o que significa, como esclarecem CLAUS ROXIN (2006, p. 45) e GEORG FREUND (2009, p. 233), que alegadas lesões aos bens jurídicos tutelados passarão pelo crivo da intervenção mínima e seus correspondentes corolários, a saber, a subsidiariedade e a fragmentariedade.

3.10.4 Proteção à juventude como limite à liberdade de expressão

Nesse contexto, tipos penais como aqueles previstos nos arts. 240, 241 e 241-A da lei de n. 8.069 (Estatuto da Criança e do Adolescente) são, outrossim, proporcionais e legítimos. Os mencionados crimes preveem a punição da pedofilia e de crimes análogos. Como alertam LOTHAR MICHAEL e MARTIN MORLOK (2012, p. 309), bem como KLAUS STERN (2006, p. 1454), a proteção da juventude (*Schutz der Jugend*) é um dos limites à liberdade de expressão.

3.10.5 Leis gerais e proteção da juventude: limites dos limites ao direito fundamental à liberdade de expressão

Na doutrina alemã, a proteção de bens jurídicos como o direito à personalidade e a tutela da juventude fornecem justificativas plausíveis para determinar os contornos da abrangência da liberdade de expressão. Contudo, nem toda e qualquer limitação com fulcro nesses bens jurídicos será legítima. Há que se observar certos requisitos como a abstração das leis que limitam a liberdade de expressão, que consubstancia um limite dos limites (*Schranken-Schranke*) ao direito fundamental à liberdade de expressão (STERN, 2006, p. 1735; KLOEPFER, 2010, p. 290).

Uma opinião em si não pode ser vedada ou criminalizada, sob pena de os tribunais ou uma dada maioria transitória extirpar dos debates públicos opiniões contrárias às dominantes. Toda e qualquer imposição face ao direito de manifestação do pensamento

deve ser geral, de modo a não vedar um pensamento ou uma forma de julgar específica. Deve-se observar, tanto quanto possível, uma postura neutra e formal, de modo que as leis sejam gerais precisamente por não vedarem tal ou tal pensamento especificamente, mas sim qualquer tipo de opinião, qualquer que seja seu conteúdo do ponto de vista substancial e material, desde que ultrapassadas certas imposições.

Para o próprio *BVerfG* (7, 198), entende-se como lei geral ou universal (*allgemeines*) aquela que não proíbe uma opinião enquanto tal, qual seja, a que não se direciona contra uma expressão de opinião como tal, mas que, na verdade, serve à proteção de um bem jurídico per se, sem tomar em consideração uma opinião determinada (*die 'nicht eine Meinung als solche verbieten, die sich nicht gegen die Äußerung der Meinung als solche richten', die vielmehr 'dem Schutze eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen'*).²⁹ Essa visão consubstancia a *Sonderrechtslehre*.

Já segundo a *Abwägungslehre*, a lei geral é aquela que é fruto de uma ponderação dos diferentes bens jurídico-constitucionais em jogo. A questão já era extremamente controvertida ainda na vigência da Constituição de Weimar (*rectior: Verfassung des Deutschen Reichs*), em virtude da alusão de seu artigo 118, que garantia a liberdade de expressão, às *allgemeine Gesetze*. Em seminal conferência proferida em 1927, RUDOLF SMEND (1928) já tentava solucionar o impasse entre as diferentes teorias. Hodiernamente, na sua jurisprudência, o *BVerfG* adotou uma teoria mista, que incorpora elementos da *Sonderrechtslehre* e da *Abwägungslehre* (SODAN, 2011, pp. 86ss.; MICHAEL; MORLOK, 2012, pp. 310ss.)

Para uma tutela efetiva, é imprescindível que a liberdade de expressão, mais do que todos os outros direitos fundamentais, retenha seu caráter formal e julgue, indistintamente,

²⁹ Sobre a neutralidade e generalidade das leis que limitam a liberdade de expressão (*freedom of speech*), assegurada pela *First Amendment* da Constituição dos EUA, que é parte do *Bill of Rights*, cf. *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992) e *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003), ambos julgados pela Suprema Corte americana. Desde 1992, a *Supreme Court* vem entendendo que até mesmo as leis limitando o discurso não protegido pela *First Amendment* (*unprotected speech*) devem ser submetidas a um escrutínio estrito (*strict scrutiny*) e não apenas à revisão de base racional (*rational basis review*), que é o menor grau de escrutínio existente no sistema americano de revisão judicial de leis e atos da administração. Em *Virginia v. Black*, restou bastante claro, na *opinion of the Court* (III, B), redigida pela JUSTICE O'CONNOR, que a queima de uma cruz pode ou não ser crime e que é inconstitucional proibir tal prática apenas para proteger agressões com fins raciais (cf. CHEMERINSKY, 2009, pp. 1321ss.; O'BRIEN, 2005, pp. 510-517). Ou se proíbe a queima de cruzeis sempre que isso for realizado com desiderato intimidatório, ou, simplesmente, não se a proíbe. Limitações à liberdade de expressão devem estar dissociadas do tipo de conteúdo veiculado pela manifestação. Logo, se o Estado resolve proibir uma prática, ela não pode singularizar (*single out*) um tipo de conteúdo para condená-lo ao opróbrio.

as diferentes opiniões sem levar em conta o juízo de valor que elas fazem, mas apenas o dano que elas causem aos bens jurídicos tutelados. As leis não podem voltar-se contra opiniões determinadas e específicas, sob pena de se transformarem em uma limitação casuística e não-geral, baseada no caso concreto (*Einzelfallbezogen*), o que é vedado em matéria de direito fundamental (MICHAEL; MORLOK, 2012, p. 282).

Ademais, especificamente no caso da liberdade de expressão, esses requisitos e limites dos limites passam a ser mais intensos, exigindo-se, a bem da prioridade da liberdade de opinião (*Vorrang der Meinungsfreiheit*), tanto que o bem jurídico protegido seja constitucionalmente tutelado e esteja, concretamente, em perigo; como também que a lei não seja uma norma de exceção ou particular (*Sonderrecht*), ou seja, que não funde um direito que dê tratamento diferenciado a uma determinada maneira de pensar e julgar (STERN, 2006, p. 1447).

Nesse sentido, a opinião de um nazista, ao defender o nazismo, ou de um defensor da democracia, ao pregar princípios republicanos, podem ser igualmente nocivas, desde que direcionadas à violação, por exemplo, da honra subjetiva de um indivíduo, o que viola o direito geral da personalidade.

3.10.6 Grupos, tomados coletivamente, não possuem dignidade humana

Grupos e coletivos desprovidos de personalidade jurídica³⁰, não possuem direitos de personalidade, precisamente por não serem pessoas, nem juridicamente, nem na acepção não-jurídico-ficcional do termo (SARLET, 2011, p. 64; STERN, 1988, p. 11). Nesse sentido, não possuindo personalidade, não possuem honra subjetiva. Logo, *no que tange estritamente à dignidade humana*, não se lhes faz frente um dever mútuo de respeito e consideração, como ocorre entre seres humanos. É impossível que um grupo étnico seja, enquanto coletivo, violado em sua dignidade.

É possível argumentar em favor da ilegitimidade ou ilegalidade do discurso do ódio (*hate speech*) com base em outros conceitos jurídicos e, quiçá, com base em outros preceitos constitucionais. Todavia, não se o pode fazer, plausivelmente, com base na dignidade humana.

³⁰ A respeito da tutela da personalidade das pessoas jurídicas, vale citar a súmula de n. 227 do STJ, cujo enunciado é “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.”, bem como o art. 52 do Código Civil, segundo o qual, “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.”.

A dignidade é um direito individual, concreto e justiciável, e não funda a proteção de indivíduos enquanto grupos. Tais conjuntos de pessoas podem ter outros direitos e ser objeto de outras formas de proteção, mas não serão titulares da dignidade humana, que, como tal, por mais tautológico e “truístico” (*truistic*) que isso possa soar, restringe-se a seres humanos e a pessoas.

Caso seja possível, por exemplo, criar tipos penais com base em valores como dignidade humana ou honra coletiva, que não diz respeito a ninguém concretamente, então há um problema. Como alerta CLAUS ROXIN (2006, p. 19), seria um erro criar fatos típicos com o desiderato de tutelar conceitos vagos, como ofensas “contra a própria dignidade humana” (*gegen die eigene Menschenwürde*) ou “contra a dignidade da humanidade” (*Würde der Menschheit*). Tais conceitos não podem ser considerados bem jurídicos (*Rechtsgüter*), para fins penais, na acepção por ele defendida. Do contrário, voltar-se-ia a utilizar critérios excessivamente indefinidos e abrangentes para legitimar a persecução penal, como já ocorreu no passado com a reprovabilidade (*Verwerflichkeit*) e com a imoralidade (*Unsittlichkeit*).

3.10.7 Fidelidade às premissas decorrentes da liberdade de expressão

Se a sociedade como tal fez a opção de erigir a liberdade de expressão à categoria de direito fundamental, é mister que se o faça de forma coerente. A falta de radicalidade no raciocínio de alguns juristas mitiga a liberdade de expressão e revela-se incompatível com a dogmática da teoria geral dos direitos fundamentais. Diz-se radicalidade não na acepção de fanático ou irracional, mas, ao contrário, no sentido de seguir as conclusões racionais a que nos leva uma premissa assumida inicialmente.

Defender, de maneira intransigente e radical, o direito à liberdade de expressão significa ser fiel às premissas contidas no princípio adotado. A liberdade de expressão como tal abrange todo e qualquer tipo de pensamento, independentemente de seu conteúdo e, até mesmo, da sua falta de fundamento. Logo, encontra limites, única e tão somente, em bens jurídicos constitucionalmente tutelados, desde que abstratamente enunciados. Ou seja, mesmo tais bens jurídicos não podem ser açambarcados irrestritamente. É necessário que as fronteiras fixadas com base neles sejam gerais e abstratas, de modo a propiciar o livre debate de ideias e fomentar o debate plural e democrático.

3.10.8 Tolerância ao intolerante

É essa a essência e o valor da democracia: tratar com tolerância o intolerante (RAWLS, 1999, p. 190). Somente quando aquele intolerante estiver a colocar em risco a própria ordem democrática, o que só se pode fazer por meio de ações e jamais por simples expressões do pensamento, transmissão de ideias e publicação de livros, é que se poderá tolher o intolerante. Trata-se de fazer aos nazistas de hoje o que os nazistas do passado não souberam fazer com os democratas de ontem.

A respeito dessa questão, são notáveis as palavras de KELSEN (1953, p. 51):

Es mag mitunter schwierig sein, eine klare Grenzlinie zu ziehen zwischen der Verbreitung gewisser Ideen und der Vorbereitung eines revolutionären Umsturzes. Aber von der Möglichkeit, eine solche Grenzlinie zu finden, hängt die Möglichkeit ab, Demokratie aufrecht zu erhalten. Es mag auch sein, daß solche Grenzziehung eine gewisse Gefahr in sich schließt. Aber es ist das Wesen und die Ehre der Demokratie, diese Gefahr auf sich zu nehmen; und wenn Demokratie diese Gefahr nicht bestehen kann, dann ist sie nicht wert, verteidigt zu werden.

[Pode ser, de quando em quando, difícil traçar uma linha divisória clara entre a divulgação de certas ideias e a preparação de um levante revolucionário. Porém, manter uma democracia de pé depende da possibilidade de encontrar uma tal linha divisória. Pode ser que o traçar de tal divisória encerre em si um perigo. Mas é a essência e a honra da democracia tomar para si esse perigo; e se a democracia não puder suportar tal perigo, então não vale a pena defendê-la.]

3.10.9 Kant, direito à resistência e liberdade de expressão

É famosa a posição de KANT (1797, pp. 318ss.) segundo a qual não há qualquer direito à resistência ou oposição (*Recht auf Widerstand*), embora haja o direito de empreender reclamações (*Beschwerden*) contra a alegada injustiça. Nesse sentido, a lei injusta e a justa devem ser igualmente obedecidas. Criar para si uma exceção, em desrespeito à igualdade e em afronta ao caráter coercitivo da lei, mesmo aquela tida como injusta, contém em si uma “contradição” e viola qualquer raciocínio sustentável de lei abstrata e geral.

Esse ponto de vista chegou a ser batizado, por WALDRON (1999, p. 36), em um de seus textos, de *Kant's Positivism*. RAWLS (1999, pp. 319ss.), que é, em alguma medida consierável, um kantiano, esforçou-se por encontrar balizas coerentes que fossem capazes de distinguir a inobservância legítima da lei daquela ilegítima, apoiando-se para isso nos

conceitos de desobediência civil (*civil disobedience*) e recusa consciente (*conscientious refusal*).

Todavia, embora KANT seja bastante inflexível no que toca à impossibilidade de haver uma causa legítima para a transgressão da lei, o autor afirma que nada, absolutamente nada, deve impedir o sujeito de voltar-se contra ela por meio da expressão de suas ideias e pensamentos, argumentando, possivelmente, contra a sua vigência e defendendo a sua revogação (KANT, 1784, pp. 36ss.).

3.10.10 Liberdade de expressão abrange até mesmo os críticos da democracia

Mesmo os críticos da democracia (e.g. defensores de uma monarquia absolutista) merecem ampla tutela do direito de expressão do pensamento.³¹ Somente no caso de ameaça à continuidade democrática e aos direitos fundamentais, o que se revela bastante extremo, é que o contrário poderá ocorrer. Como coloca KELSEN (1932, p. 237), antecipando a derrocada iminente da República de Weimar, a democracia é aquela forma de Estado que menos se defende contra seus opositores. Parece ser seu trágico destino nutrir em seu próprio seio até mesmo o seu pior inimigo (*Demokratie ist diejenige Staatsform, die sich am wenigsten gegen ihre Gegner wehrt. Es scheint ihr tragisches Schicksal zu sein, daß sie auch ihren ärgsten Feind an ihrer eigenen Brust nähren muß.*).

Percebe-se, porquanto, que a democracia toma para si um risco e que o deve fazer, sob pena de transvestir-se de outra forma de Estado. A Constituição de Weimar (*rectior: Verfassung des Deutschen Reichs*) deu, a duras penas, certas lições à doutrina constitucionalista. Dentre elas, a de que a neutralidade estatal não deve ser absoluta e que

³¹ São conhecidas e multicitadas as palavras de JOHN STUART MILL (1859, p. 26), no insigne *On Liberty*, no qual ele chega a algumas conclusões diversas do utilitarismo *hard core* de JEREMY BENTHAM: “Strange it is, that men should admit the validity of the arguments for free discussion, but object to their being ‘pushed to an extreme’; not seeing that unless the reasons are good for an extreme case, they are not good for any case. Strange that they should imagine that they are not assuming infallibility when they acknowledge that there should be free discussion on all subjects which can possibly be doubtful, but think that some particular principle or doctrine should be forbidden to be questioned because it is so certain, that is, because they are certain that it is certain. To call any proposition certain, while there is any one who would deny its certainty if permitted, but who is not permitted, is to assume that we ourselves, and those who agree with us, are the judges of certainty, and judges without hearing the other side.” STUART MILL (1859, p. 21) diz, igualmente, o seguinte: “If all mankind minus one, were of one opinion, and only one person were of the contrary opinion, mankind would be no more justified in silencing that one person, than he, if he had the power, would be justified in silencing mankind.” Vale indicar que o *harm principle* de STUART MILL (1859, p. 91) funda, a seu modo, uma *priority of liberty*, de maneira levemente semelhante à dignidade humana, ainda que isso deva ser dito *cum grano salis*. Sobre o uso do *harm principle* no que concerne à pornografia, na jurisprudência dos tribunais ingleses, cf. STONE, 2012, pp. 398ss.)

se devem tomar certas cautelas contra os abusos das maiorias transitórias. Daí a importância dos direitos fundamentais e da sua coerente tutela (KELSEN, 1920, p. 9):

Die Grundrechte werden zu einem wesentlichen Requisit jeder demokratischen Verfassung. Sie dienen vor allem als Schutzwall gegen den Herrschaftsmißbrauch, der seitens eines absoluten Monarchen nicht mehr zu befürchten ist als seitens der Majorität, dem König der Demokratie. So fungieren die Grundrechte der Demokratie als Minoritätsschutz und sichern die Gleichberechtigung auch demjenigen, der nicht die politische, religiöse oder nationale Ueberzeugung der Mehrheit teilt.

[Os direitos fundamentais tornam-se um requisito essencial de toda constituição democrática. Eles servem, sobretudo, como muro de proteção contra o abuso do domínio, o qual, se, por um lado, não deve mais ser temido por parte do rei, deve sê-lo por parte da maioria, o rei da democracia. Portanto, os direitos fundamentais da democracia funcionam como proteção da minoria e asseguram igual legitimidade até mesmo àquele que não partilha da convicção política, religiosa ou nacional da maioria.]

Nesse contexto, nas palavras de ROBERT CHR. VAN OUYEN (2003, p. 131), interpretando HANS KELSEN, revela-se de crucial importância o papel da Jurisdição Constitucional, a ser entendida não como uma contradição face à democracia, mas sim como garante dela; essa visão, completamente nova, de ligação entre a democracia pluralista e a Jurisdição Constitucional, que ganha sua genuína expressão na competência universal de controle de normas, como postulada por KELSEN (*Ein Verfassungsgericht nicht als Widerspruch sondern als Garanten der Demokratie zu begreifen, diese vollständig neue Sicht der Verbindung von pluralistischer Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit findet ihre genuinen Ausdruck in der von Kelsen postulierten Kompetenz allgemeiner Normenkontrolle*).

KELSEN, em seu famoso *Referat* sobre a essência ou natureza e o desenvolvimento da Jurisdição Constitucional (também chamada, em alemão, quase que de maneira intercambiável, de Jurisdição Estatal), teve a oportunidade de evidenciar e sumarizar, de maneira notável, o papel do controle de constitucionalidade na defesa das minorias, missão essa que, em algumas oportunidades, pode implicar diversos *onera* ao Tribunal Constitucional, mas que, não obstante, deve por ele ser devidamente desempenhada.

Diz-nos o jusfilósofo austríaco, na conferência proferida em 1928 (KELSEN, 1929, p. 80):

So vor allem für die demokratische Republik. Zu deren Existenzbedingungen gehören: Kontrolleinrichtungen. (...) Indem diese

das verfassungsmäßige Zustandekommen und insbesondere auch die Verfassungsmäßigkeit des Inhalts der Gesetze sichert, leistet sie die Funktion eines wirksamen Schutzes der Minorität gegen Übergriffe der Majorität, deren Herrschaft nur dadurch erträglich wird, daß sie rechtmäßig ausgeübt wird. Die spezifische Verfassungsform, die im wesentlichen darin zu bestehen pflegt, daß die Verfassungsänderung an eine erhöhte Majorität gebunden ist, bedeutet: daß gewisse fundamentale Fragen nur unter Mitwirkung der Minorität gelöst werden können. Die einfache Majorität hat – wenigstens in gewissen Belangen – nicht das Recht, ihren Willen der Minorität aufzuzwingen. Nur durch ein verfassungswidriges, weil nur mit einfacher Majorität zustande gekommenes Gesetz kann gegen den Willen der Minorität in deren verfassungsmäßig geschützte Interessensphäre eingegriffen werden. Die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze ist daher ein eminentes Interesse der Minorität; gleichgültig, welcher Art diese Minorität ist, ob es sich um eine klassenmäßige, eine nationale oder religiöse Minorität handelt, deren Interessen durch die Verfassung in irgendeiner Weise geschützt sind.

Dies gilt insbesondere für den Falle einer Verschiebung des Verhältnisses zwischen Majorität und Minorität, wenn eine Majorität zur Minorität wird, aber noch stark genug bleibt, um jenen qualifizierten Beschluß zu verhindern, der zu einer legalen Verfassungsänderung erforderlich ist. Wenn man das Wesen der Demokratie nicht in einer schrankenlosen Majoritätsherrschaft, sondern in dem steten Kompromiß zwischen den im Parlament durch Majorität und Minorität vertretenen Volksgruppen erblickt, dann ist die Verfassungsgerichtsbarkeit ein besonders geeignetes Mittel, diese Idee zu verwirklichen. In der Hand der Minorität kann schon die bloße Drohung mit der Anfechtung vor dem Verfassungsgericht ein geeignetes Instrument sein, verfassungswidrige Interessenverletzungen durch die Majorität, letzten Endes: Diktatur der Majorität zu verhindern, die dem sozialen Frieden nicht minder gefährlich ist, wie die Diktatur einer Minderheit.

[Logo, acima de tudo, para a república democrática, cujas condições de existência incluem instituições de controle. (...) Por meio delas, enquanto assegura a formação constitucional [das leis] e, em especial, também a constitucionalidade do conteúdo das leis, serve à função de uma proteção efetiva da minoria contra ataques da maioria, cujo domínio apenas se torna tolerável, se exercido conforme o direito. A forma de Constituição específica que, em essência, consiste em manter a alteração constitucional atrelada a uma maioria mais elevada, significa: que certas questões fundamentais apenas podem ser resolvidas com a participação da minoria. A maioria simples não tem – ao menos em algumas matérias – o direito de impor sua vontade à minoria. Apenas por meio de uma lei inconstitucional (porque feita por meio de uma maioria simples), pode-se intervir contra a vontade da minoria, em uma esfera de interesses constitucionalmente protegida. A constitucionalidade das leis é, porquanto, um eminente interesse da minoria; independentemente de que tipo de minoria se trate: uma de classe, religiosa, nacional, cujos interesses, de alguma maneira, estejam protegidos por meio da Constituição.

Isso vale especialmente para os casos de deslocamento das relações entre maioria e minoria, em que uma maioria se torna minoria, porém mantém-se forte o suficiente para impedir qualquer decisão qualificada, legalmente exigível para uma mudança da Constituição. Se se vislumbra

a essência da democracia não no domínio ilimitado da maioria, mas sim na constante transigência ou compromisso entre os grupos populares que representam a maioria e a minoria, então a Jurisdição Constitucional é um meio especialmente adequado para desenvolver tal ideia. Nas mãos da minoria, a mera ameaça de questionamento perante o Tribunal Constitucional pode ser um meio adequado para impedir lesões inconstitucionais a interesses, por meio da maioria, e [impedir], em derradeira instância, uma ditadura da maioria, a qual não é menos perigosa à paz social do que uma ditadura de uma minoria.]

O excerto deixa muito claro o papel central que a jurisdição constitucional pode e deve desempenhar no que diz respeito à tutela de minorias.

3.10.11 Democracia, neutralidade estatal, suicídio e valores não-transigíveis

Nesse mesmo contexto, são igualmente esclarecedoras as palavras de CARL SCHMITT (1932, p. 46), que como RAWLS, citado acima, vê a subsistência do Estado democrático como um limite à sua neutralidade, sob pena de conduzi-lo a um suicídio. A transigência ou “solução de compromisso” (*Kompromiss*), típica da democracia e da pluralidade de valores que lhe é ínsita, dá lugar também à intransigência de certos valores, escolhidos como fundamentais.

Como defende CHRISTOPH MÖLLERS (2008, pp. 87ss), em seu texto ‘*We are (afraid of) the people*’: *Constituent Power in German Constitutionalism*, o constitucionalismo enquanto tal é, simultaneamente, a afirmação da soberania popular e o medo perante esse mesmo povo e a sua soberania.³²

Afinal, a liberdade irrestrita dada ao parlamento pode colocar em xeque a sobrevivência da própria deliberação parlamentar, que, no absenteísmo absoluto de barreiras, pode ser suplantada pela ditadura. As cautelas constitucionais, do ponto de vista jurídico-material, devem proteger, não apenas um procedimento, notadamente neutro, mas também e, sobretudo, um determinado conteúdo face à maioria transitória (SCHMITT, 1932, p. 44). Inclusive, para que se garanta a alternância no poder. Senão, ignorar-se-ia um grave risco para a democracia. Nesse diapasão, vejamos (SCHMITT, 1932, p. 47):

³² De maneira semelhante, disse RUY BARBOSA (1893, p. 17), em uma de suas obras sempiternas, que: “Si actos do executivo demittindo funcionarios indemissiveis, reformando militares irreformaveis, se tornassem validos por auctorização prévia, ou ratificação ulterior do Congresso, assentada estava a regra de que o governo, com o concurso das duas camaras, põe e dispõe dos direitos individuaes. É a formula mais absoluta da omnipotencia da legislatura, senão da omnipotencia do chefe do estado, servido por uma chancelaria parlamentar.”

(...) die liberale Wertneutralität wird als ein Wert angesehen und der politische Feind – Faschismus und Bolschewismus – offen genannt. ANSCHÜTZ dagegen geht die Wertneutralität eines nur noch funktionalistischen Legalitätssystems bis zur absoluten Neutralität gegen sich selbst und bietet den legalen Weg zur Beseitigung der Legalität selbst, sie geht also in ihrer Neutralität bis zum Selbstmord.

[A neutralidade axiológica liberal é vista como um valor e dita aberta ao inimigo político, facismo ou bolchevismo. ANSCHÜTZ, em sentido contrário, leva a neutralidade axiológica de um – apenas por enquanto - sistema de legalidade funcional até a absoluta neutralidade contra si mesmo e oferece o caminho legal de afastamento da própria legalidade. Ela [a neutralidade axiológica] vai, portanto, na sua neutralidade, até o suicídio.]

É sob esse prisma, que a experiência da República de Weimar ensinou que o regime democrático deve fundar um Estado que defende certos valores como intocáveis, uma democracia defensiva (*streitbare* ou *wehrhafte Demokratie*), que, apesar de tolerar o intolerante, não aceita certas práticas que colocam a própria manutenção da ordem democrática em risco.³³

É nesse sentido que o *Grundgesetz*, em seu art. 18, prevê a caducidade (*Verwirkung*)³⁴ dos direitos fundamentais daqueles que, abusando de tais direitos, usam-nos para lutar contra a ordem fundamental livre e democrática (*freiheitliche demokratische Grundordnung*). Embora essa hipótese de caducidade seja bastante criticada na doutrina constitucional alemã e esteja praticamente relegada à inutilidade, é certo que ela prevê a perda dos direitos fundamentais para aqueles que se valem deles para a luta (*zum Kampfe*) contra a ordem democrática (HUFEN, 2011, p. 130).

Simultaneamente, o próprio *BVerfG* já decidiu que a expressão de pensamentos nazistas não está excluída, aprioristicamente (*von vornherein*), da proteção constitucional.

³³ A condenação de membros do partido comunista americano, reafirmada pela *Supreme Court* em *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951), demonstra um excelente exemplo daquilo que não se deve fazer, sob pena de esvaziar a liberdade expressão. Na espécie, o principal argumento do voto divergente, dos JUSTICES HUGO BLACK e WILLIAM O. DOUGLAS, foi de que os acusados apenas divulgavam ideias, sem que oferecessem qualquer perigo concreto à manutenção do Estado ou tentassem efetivamente desalojar a ordem democrática. Eles pregavam uma mudança radical, sem, entretanto, tomar qualquer atitude que se voltasse, em ações, contra o Estado (MURPHY, 2003, pp. 300ss.).

³⁴ A tradução do termo *Verwirkung* é questão complexa. PONTES DE MIRANDA (1977, p. 206) chamou a *Verwirkung* de “caducidade”. Atualmente, esse termo é utilizado, sobretudo, no que toca aos institutos que, com base na boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*), limitam o exercício dos direitos subjetivos (LARENZ; WOLF, 2004, p. 289). Nesse contexto civilista, traduziu-se a expressão, na linha de MENEZES CORDEIRO (1983, pp. 812ss.), como “*supressio*” (PINTO OLIVEIRA, 2011, p. 181).

3.10.12 O ano de 1933: uma vitória da maioria contra a democracia

O Partido Nacional-Socialista alemão (NSDAP) nunca conseguiu o voto da maioria do povo alemão. Contudo, o projeto totalitário por ele fomentado e defendido, sim. Em outras palavras: uma maioria contra a democracia. Foi o que aconteceu nas eleições de março de 1933, na Alemanha (BERGMANN, 2003, p. 79). Enquanto o partido nacional-socialista obteve 43,9 dos votos, a *Frente de Luta preto-branco-vermelho*, uma coalizão de pequenos partidos de orientação totalitária, alcançou oito por cento. Juntos, eles formaram uma maioria antidemocrática, nacionalista e totalitária. Essa maioria contra a democracia (*Mehrheit gegen die Demokratie*) possibilitou a ascensão de Hitler ao poder.³⁵

Sendo assim, nas eleições parlamentares, ocorridas na Alemanha em 1933, sob a égide da República de Weimar, obteve-se uma maioria, em torno de 51%, que era anti-democrática e que escolheu o totalitarismo. Ainda que o partido nazista não tenha obtido a maioria dos votos ele próprio, houve sim uma maioria contra a democracia, composta pelos votos do NSDAP e partidos menores, alguns dos quais eram considerados ainda mais extremistas do que o próprio partido nazista. De certa maneira, o totalitarismo e o nacionalismo extremista foram a resposta da maioria do povo alemão em face de uma democracia incapaz de sanar a crise econômica que se abateu sobre a Alemanha pós-1918.

Nessa linha, o constitucionalismo contemporâneo mostra-nos que há uma diferença entre maioria e democracia. Segundo KLAUS STERN (2011, p. 15), a regra da maioria é uma homenagem à liberdade. O raciocínio que leva a essa conclusão é o de que, em uma democracia, as pessoas gozam de autodeterminação (*Selbstbestimmung*). Quando for necessário tomar uma decisão em conjunto e não houver consenso, respeitar-se-á a decisão da maioria, para que o menor número possível de pessoas seja obrigado a fazer algo contra sua vontade. É esse o fundamento da regra majoritária, segundo a qual as decisões respeitam o que determina a maioria.

Às vezes, porém, a maioria toma decisões não democráticas, pois passa completamente por cima da liberdade de uma minoria, seja ela um grupo homogêneo ou não. Sempre que uma decisão majoritária for excessiva e arbitrária e tolher sobremaneira, por motivos não razoáveis, os direitos legítimos de uma minoria, ela estará agindo de maneira antidemocrática. É difícil definir esses limites da ação majoritária, mas os direitos

³⁵ "Bei den Wahlen vom 5. März 1933 erhielt die NSDAP 43,9 Prozent der Stimmen, die antidemokratische und nationalistische 'Kampffront Schwarz-Weiss-Rot' (DNVP und andere Gruppen) erhielt 8 Prozent." (BERGMANN, 2003, p. 79)

fundamentais certamente são algumas dessas fronteiras, além das quais a vontade do maior número não pode ultrapassar.

A maioria que escolheu o projeto totalitário não tomou uma decisão democrática, justamente por ter escolhido ao arrepio dos direitos considerados fundamentais. Essa maioria passou por cima, ao escolher o partido nazista ou seus correlatos, da intangibilidade física do ser humano, do seu direito à privacidade, inclusive de suas informações, e atropelou o princípio da igualdade, dentre outras coisas.³⁶

NELSON GONÇALVES GOMES, professor e decano do Departamento de Filosofia da Universidade de Brasília, disse-nos, certa feita, em correspondência particular, acerca dessa questão, que:

(...) democracia pressupõe maioria, mas maioria não é o mesmo que democracia. O voto majoritário de 1933 expressou o ponto de vista do eleitorado que escolheu partidos totalitários, com os resultados que conhecemos. É um erro pensar que a escolha majoritária sempre será democrática. Alguns sistemas adotam regras para evitar o tipo e fenômeno que aconteceu na Alemanha na primeira metade dos anos 1930. A proibição de partidos racistas é uma dessas regras que a imprudente República de Weimar nunca assumiu. A democracia fixa limites até mesmo para a expressão da vontade popular, mas não é fácil determinar de maneira consistente que limites sejam esses.

É por isso que, para muitos, quando a maioria não sabe respeitar o semelhante, sobretudo quando se trata de minorias circunscritas ou apartadas e insulares (*discrete and insular minorities*), cabe à Jurisdição Constitucional impor tal respeito. Não sabemos ao certo e de maneira consistente, quais os limites exatos que se deve impor à vontade da maioria, mas é certo, como visto acima, que a democracia fixa “(...) limites até mesmo para a expressão da vontade popular.”

À luz dessas considerações, é possível refletir sobre o seguinte dispositivo legal, de modo a tentar entender se haveria como justificá-lo com fundamento na dignidade humana:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

³⁶ É importante lembrar que não apenas juDeus morreram nos campos de concentração, mas também homossexuais e ciganos, dentre outros. Em Berlin, por exemplo, em frente ao Memorial para os JuDeus Mortos da Europa (*Denkmal für die ermordeten Juden Europas*), há também um Memorial para os homossexuais perseguidos no Nazismo (*Denkmal für die im Nationalsozialismus verfolgten Homosexuellen*).

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo.

Inicialmente, cumpre salientar que se fez bem ao proibir a suástica “(...) para fins de divulgação do nazismo.” Isso porque a suástica - que, em sânscrito, significa “trazedor de sorte” - é um símbolo místico milenar, cujo uso pode ser observado em religiões tão variadas como aquelas dos celtas, dos budistas e dos hindus. Além de estar presente em representações da Deusa Atena, na Grécia Antiga, em santuários medievais, em igrejas e palácios da Europa ocidental (e.g. *Palais de la Porte Dorée*, em Paris), em monumentos bizantinos, etc., a suástica é símbolo sagrado no hinduísmo. Proibi-la, *tout court*, seria o equivalente a banir o uso da cruz, por causa da Klu Klux Klan.³⁷

Não obstante, parece, ainda que com a reserva feita pelo dispositivo legal, inconsistente a proibição da suástica, mesmo que para divulgação do nazismo, à luz da dogmática dos direitos fundamentais e da liberdade de expressão, mormente se se fala de uma sociedade que prega a prioridade da liberdade de seus indivíduos. Ainda que assim não seja, é certo que se afigura pouco plausível invocar a dignidade humana para justificar a criminalização de símbolos ou opiniões que não ofendam, imediata e diretamente, o direito geral da personalidade.

3.10.13 O *BVerfG* e a liberdade de expressão

O *BVerfG* deparou-se com problemas ao tentar conciliar os postulados da teoria geral dos direitos fundamentais (e.g. a exigência de lei geral, prevista, expressamente, no art. 19 do *Grundgesetz*) com a criminalização de opiniões nazistas. Embora haja decisões do *BVerfG* que afirmam que leis que proíbem a negação do holocausto são gerais, para fins constitucionais, prevalece a visão (epitomada em *BVerfG*, 1 BvR 2150/08) de que as normas incriminadoras do nazismo são uma exceção à vedação de “norma especial ou particular” (*Sonderrecht*). Tal exceção, segundo a Corte, tratar-se-ia de algo imanente à própria Lei Fundamental.

³⁷ A propósito, vale citar, com amparo em JARASS e PIEROTH (2011, p. 460), a decisão do *BVerfG* (77, 240) em que se definiu que o uso de símbolos de organizações inconstitucionais não pode ser proibido sem exceções (*Die Verwendung von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen kann nicht ausnahmslos verboten werden*).

Conquanto seja esse o caso, o *BVerfG* mantém a visão de que a Lei Fundamental não legitima qualquer proibição geral da divulgação de ideologia de extrema-direita ou mesmo nacional-socialista, ainda que com respeito à eficácia mental ou intelectual (*geistig*) de seu conteúdo (*Das Grundgesetz rechtfertigt kein allgemeines Verbot der Verbreitung rechtsradikalen oder auch nationalsozialistischen Gedankenguts schon in Bezug auf die geistige Wirkung seines Inhalts*).

Nesse sentido, o *BVerfG* (1 BvR 2150/08) decidiu, em 28 de novembro de 2011, que a falta de fundamento (*Grundlosigkeit*) de uma opinião ou o fato dela ser verdadeira ou falsa, racional ou irracional, valiosa ou desvaliosa, perigosa ou inofensiva não retiram a proteção constitucional de que ela se reveste. Tampouco interessa, para fins de perda do manto da tutela constitucional, se se expressou tal opinião de maneira mais aguda ou exagerada.³⁸

Por outro lado, a Corte alemã aceita que a afirmação de fatos (*Tatsachenbehauptung*) provadamente falsos, como a negação do holocausto, desafia sanção penal e que isso é compatível com a Lei Fundamental.^{39 40}

Ressalte-se que a criminalização do revisionismo histórico com respeito ao holocausto é exceção, criada um tanto *ad hoc* e casuisticamente, em face do passado da Alemanha e do próprio contexto em meio ao qual o *Grundgesetz* surgiu.⁴¹

Por outro lado, diferentemente dos EUA, onde são menos frequentes os casos em que a liberdade de expressão cede em face do direito geral da personalidade⁴², na Alemanha, há

³⁸ *Sie [die Meinungen] fallen stets in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG, ohne dass es dabei darauf ankäme, ob sie sich als wahr oder unwahr erweisen, ob sie begründet oder grundlos, emotional oder rational sind, oder ob sie als wertvoll oder wertlos, gefährlich oder harmlos eingeschätzt werden (vgl. BVerfGE 90, 241 <247>; 124, 300 <320>). Sie verlieren diesen Schutz auch dann nicht, wenn sie scharf und überzogen geäußert werden. (BVerfG, 1 BvR 2150/08)*

³⁹ *Nicht mehr in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG fallen hingegen bewusst oder erwiesen unwahre Tatsachenbehauptungen, da sie zu der verfassungsrechtlich gewährleisteten Meinungsbildung nichts beitragen können (vgl. BVerfGE 61, 1 <8>; 90, 241 <247>). Allerdings dürfen die Anforderungen an die Wahrheitspflicht nicht so bemessen werden, dass darunter die Funktion der Meinungsfreiheit leidet. Im Einzelfall ist eine Trennung der tatsächlichen und der wertenden Bestandteile nur zulässig, wenn dadurch der Sinn der Äußerung nicht verfälscht wird. Wo dies nicht möglich ist, muss die Äußerung im Interesse eines wirksamen Grundrechtsschutzes insgesamt als Meinungsäußerung angesehen werden, weil andernfalls eine wesentliche Verkürzung des Grundrechtsschutzes drohte (vgl. BVerfGE 90, 241 <248>; stRspr). (BVerfG, 1 BvR 2150/08)*

⁴⁰ Sobre a reverberação dessa visão para o direito de reunião, cf. *BVerfG* 90, 241 - *Auschwitzlüge*.

⁴¹ Contra a exceção criada pelo *BVerfG*: PIEROTH; SCHLINK, 2011, p. 143

⁴² cf., p.ex., a polêmica decisão, tomada por unanimidade, em *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988).

uma ampla proteção da prerrogativa, *prima facie*, de o indivíduo determinar, se, quando e como a própria imagem será utilizada.

À guisa de conclusão da relação entre liberdade de expressão e dignidade humana, repise-se que parece pouco defensável invocar a dignidade humana para justificar a criminalização de símbolos ou opiniões que não ofendam, imediata e diretamente, o direito geral da personalidade. A eventual criminalização do *hate speech* deve buscar fundamentos em outros direitos fundamentais e não na dignidade humana.

3.11 Dignidade humana e impenhorabilidade de bens

Feitas essas considerações sobre as relações entre a dignidade humana e a liberdade de expressão, é importante compreender que tipo de ligação há entre a dignidade e a impenhorabilidade de bens.

Não é incomum encontrar nos escritos de civilistas brasileiros que a impenhorabilidade de bens é decorrência da dignidade humana (por todos, CHAVES; ROSENVALD, 2012, pp. 536ss.). Diz-se, por exemplo, que a impenhorabilidade da “televisão”, da “geladeira”, do “aparelho de som”, do “forno de micro-ondas”, do “freezer”, do “exaustor de fogão”, do “ar-condicionado”, do “computador”, da “máquina de lavar”, dentre outros utensílios domésticos, decorre do entendimento de serem eles “(...) essenciais à dignidade humana.” (CHAVES; ROSENVALD, 2012, p. 537).

Essa discussão é antiga na doutrina alemã. Em seu seminal artigo acerca da dignidade humana, publicado em 1956 e que representou um marco no estudo do tema, GÜNTER DÜRIG (1984, p. 142) já citava as proteções em face de penhora (*Pfändungsschutz*) sobre bens necessários à vida (*lebensnotwendige Sachen*) e sobre o salário (*Arbeitseinkommen*) previstas, respectivamente, nas §§ 811 e 850 da ZPO, como normas infraconstitucionais de concretização do direito fundamental à dignidade humana.

De fato, sempre que a impenhorabilidade servir como garante do mínimo existencial, compreendido como o valor necessário à sobrevivência fisiológica e à participação mínima na vida social, cultural e política, estar-se-á a falar de uma causa de impenhorabilidade com fulcro na dignidade humana.

Ocorre, todavia, que o legislador cria hipóteses de impenhorabilidade por motivos contingentes, de ordem político-legislativa, os quais, amiúde, não guardam relação com o mínimo existencial e nem, conseqüentemente, com a dignidade humana.

Com efeito, a impenhorabilidade do salário nem sempre é corolário da dignidade humana. Salários que ultrapassem o mínimo existencial, como frequentemente ocorre, podem ser (e de fato são) impenhoráveis, mas única e exclusivamente por uma questão de opção político legislativa.

Chegou-se a aprovar, no Congresso Nacional, o projeto de lei de n. 51 de 2006, que autorizava a penhora de até 40% dos vencimentos acima de 20 (vinte) salários mínimos. Entretanto, a parte do projeto que continha essa previsão foi vetada pelo Presidente da República.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) também entendeu por relativizar a impenhorabilidade dos salários. Contudo, em recente julgado (REsp. n. 904.774/DF, rel. MIN. LUIS FELIPE SALOMÃO, julgado em 18.10.11), o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reformou o entendimento do TJDFT, reafirmando o caráter absoluto da impenhorabilidade de salário.

Essa impenhorabilidade, bem como qualquer outra, não deve ser enxergada apenas à luz da dignidade humana, pois esta última só assegura a impenhorabilidade do estritamente necessário à subsistência do executado e à sua participação mínima na vida social, cultural e política da sociedade em que se vive.

Nesse sentido, a impenhorabilidade de bens com espeque no mínimo existencial guarda semelhança com um dos fragmentos que nos restaram do jurista romano PAULO, o qual trata do *beneficium competentiae*, e que é citado no Digesto (Paul. 6 *ad plaut.*, D. 42.1.19.1), nos seguintes termos: “*Immo nec totum quod habet extorquendum ei puto; sed ei ipsius ratio habenda est, ne egeat.*”⁴³

À luz do mesmo raciocínio e com ainda mais razão, impõe-se enxergar a impenhorabilidade de vaga em garagem como hipótese de impenhorabilidade dissociada da garantia da dignidade humana. Embora essa não seja a opinião transcrita nos precedentes do STJ e em alguns manuais de direito civil, é difícil enxergar como uma vaga em garagem possa ser pressuposto para a efetivação da dignidade. Sobretudo se se nota, com base no que prevê o enunciado sumular de n. 449 do STJ, que a vaga de garagem é ora penhorável, ora impenhorável, a depender de possuir matrícula própria no respectivo registro de imóveis ou estar vinculada, do ponto de vista registral, a um imóvel.

⁴³ “Em absoluto, julgo dever ser extorquido dele tudo que possui; mas sim, deve-se cuidar para que não passe fome.” (tradução livre do autor)

Sob esse mesmo prisma, é possível entender, outrossim, a impenhorabilidade do imóvel que, conquanto bastante valioso, seja o único da família. Esse tipo de impenhorabilidade, vigente na ordem jurídica brasileira (cf. REsp. n. 715.259/SP, rel. MIN. LUIS FELIPE SALOMÃO, julgado em 5.8.10), é também mera opção legislativa e não decorrência e implicação da dignidade humana. Em outras palavras, possuir um imóvel suntuoso não é exigência para a concretização do mínimo existencial. Não obstante, se tal imóvel de valor elevado for o único bem familiar, recairá sobre ele o manto da impenhorabilidade, de que se reveste o bem de família legal, nos termos do art. 1º da lei de n. 8.009.

A despeito da plausibilidade da argumentação segundo a qual nem todas as impenhorabilidades devem ser vistas como decorrência do mínimo existencial e, conseqüentemente, da dignidade humana, o STJ continua invocando, indistintamente, a dignidade humana para decidir todos os casos de impenhorabilidade. A postura do STJ afigura-se implausível juridicamente.

Ao decidir que o valor de até 40 (quarenta) salários mínimos depositado em conta-poupança é impenhorável, mesmo que esse valor esteja distribuído em diversas contas, a Terceira Turma do STJ afirmou, em julgado unânime, que o “objetivo” da impenhorabilidade de até 40 (quarenta) salários mínimos, prevista no inciso X do art. 649 do CPC, é “(...) claramente, garantir um ‘mínimo existencial’ ao devedor, com base no princípio da dignidade da pessoa humana.” (cf. REsp n. 1.231.123/SP, rel. MIN. NANCY ANDRIGHI, julgado em 2.8.12).

Não nos parece que possuir 40 (quarenta) salários mínimos em uma conta-poupança seja condição necessária para a garantia dos pressupostos faticamente indispensáveis para o exercício da autonomia. Na verdade, o valor parece ser bem superior a uma mera proteção do absolutamente imprescindível para a subsistência do executado e para a sua participação mínima na vida social, cultural e política da sociedade em que vive. Se o mencionado valor é impenhorável, tudo indica que isso se deve à história do Brasil (a mencionada hipótese de impenhorabilidade foi criada em 2006 e, portanto, depois do congelamento dos ativos financeiros ocorrido no início de década de 90) e à tentativa de inspirar confiança nos pequenos investidores que, por meio de contas-poupanças, mantêm ativa uma importante parte do sistema financeiro nacional.

Nenhuma dessas garantias, seja a do imóvel suntuoso, seja a do valor de até 40 (quarenta) salários mínimos depositados em conta-poupança, tutela os pressupostos fáticos

da autonomia, conforme delineados pela doutrina constitucional. Logo, não parece ser possível invocar a dignidade humana para fundamentar as mencionadas hipóteses infraconstitucionais de impenhorabilidade, ressalvados os casos, como dito, em que a impenhorabilidade resguarda o próprio mínimo existencial.

Como normas infraconstitucionais concretizadoras do mínimo existencial e da dignidade humana, podemos citar, por exemplo, as prescrições do art. 548 e do parágrafo único do art. 928 do Código Civil, que, respectivamente, tornam nula a doação sem reserva de bens para a “subsistência do doador” (assim chamada “teoria do patrimônio mínimo”) e obstam a indenização por ilícito civil realizado por incapaz quando o seu pagamento privar o incapaz ou seus responsáveis do que lhes for “necessário”.

Nesses dois últimos casos, é sim possível falar em tutela do mínimo essencial à existência digna.

3.12 Dignidade humana na Lei Fundamental e na Constituição Federal de 1988

A Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*), que entrou em vigor em 1949, prevê dignidade humana logo no *caput* do seu primeiro artigo. Postulou-se, após o jugo do nazismo, a dignidade humana como valor inviolável (*unantastbar*). Essa marca, que acompanha várias constituições do pós-guerra, mostra uma mudança de paradigma que se operou a partir de então na Alemanha e no mundo.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, III, institui a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa que subsidia e embasa os direitos e garantias constitucionais expressos no art. 5º.

3.13 Críticas à dignidade humana

Vale citar, ainda que brevemente, algumas posições que criticam a visão de dignidade humana como vista aqui, seja porque ela enuncia um conteúdo da dignidade humana que não é o caso (DWORKIN, 2011), seja porque ela sacraliza o ser humano (JOAS, 2011).

Perfilhando esse tipo de opinião, é possível mencionar a posição de RONALD DWORKIN (2011, p. 205), que entende que a dignidade humana presume um dever de autorrespeito, o que vai muito além do “(...) *orthodox claim that each person’s life has intrinsic and equal worth.*” E outros, como HANS JOAS (2011), que acusam a dignidade

humana e os demais direitos humanos de servirem a uma sacralização da pessoa. JOAS busca traçar uma genealogia, quase que na acepção nietzscheana do termo, dos direitos humanos.

No caso de DWORKIN, embora ele faça uma crítica à conceituação usual de dignidade humana, na mesma obra em que o faz, ele parece utilizar-se de tal conceituação. Em várias passagens, fica bastante nítido que ele acredita caber, em regra, a cada sujeito, o direito de autodeterminar-se. Mais especificamente, de acordo com essa perspectiva, a dignidade parece um trunfo diante de interesses consequencialistas, de modo que a prerrogativa de autodeterminação é, realmente, um dos pontos centrais da obra *Justice for Hedgehogs* (cf. DWORKIN, 2011, pp. 286ss.; 293ss.; 352ss.).

Em *Justice for Hedgehogs*, afirma-se, por exemplo, que (DWORKIN, 2011, p. 335):

We must therefore insist that though people do have a political right to equal concern and respect on the right conception, they have a more fundamental because more abstract right. They have a right to be treated with the attitude that these debates presuppose and reflect - a right to be treated as a human being whose dignity fundamentally matters. That more abstract right - the right to an attitude - is the basic human right.

Entretanto, DWORKIN acredita que a dignidade humana não está em jogo sempre que se contraria a vontade de um sujeito. Ele rejeita essa visão voluntarista, a fim de dizer que a dignidade só é violada quando se nega a autodeterminação em esferas básicas e essenciais da vida de alguém. Só quando a heterodeterminação implicar inobservância de igual consideração e respeito, é que se estará diante de uma violação da dignidade humana. Daí o fato de a obrigação do uso do cinto de segurança não ser um problema para DWORKIN (2011, p. 370). O filósofo diferencia dois tipos de liberdade: a *freedom* e a *liberty* (DWORKIN, 2011, pp. 366ss.). Enquanto a *freedom* é simplesmente a faculdade de fazer tudo o que se deseja, a *liberty* é a parte da *freedom* que o Estado não deve infringir. Trata-se da esfera de liberdade em que o indivíduo deve ter a palavra final, sob pena de violação do direito à igual consideração e respeito, condição de legitimidade do poder coercitivo do estado.

Nesse sentido, o próprio RONALD DWORKIN tece críticas ao paternalismo, muito embora faça algumas ressalvas quanto àquelas visões que enxergam paternalismo em toda medida estatal coercitiva, mormente as que defendem uma visão libertária de Estado. Ao tentar harmonizar, por exemplo, a obrigação de contratar um seguro de saúde estatal e a

autodeterminação, DWORKIN sempre tenta mostrar como isso não fere a dignidade e a autonomia que lhe é ínsita.

Dessa forma, embora critique a dignidade como habitualmente entendida, não há dúvidas de que a dignidade é um conceito fundamental na jusfilosofia de DWORKIN. Resta claro que ele pressupõe, em seu raciocínio, que a dignidade humana deve ser respeitada - ainda que se possa discutir a maneira como isso deve ocorrer -, o que é confirmado, igualmente, pela interpretação que o filósofo americano faz das ideias de KANT na obra referida. Isso fica ainda mais evidente quando DWORKIN (2011, p. 361) busca defender-se das críticas feitas por ARTHUR RIPSTEIN, que o acusa de defender ideias paternalistas.

4. Dignidade humana na Jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*

O Estado respeita a dignidade humana por meio de uma abstenção. Nessa dimensão, a dignidade humana impõe direitos de defesa (*Abwehrrechte*), isto é, o cidadão tem direito a não ser importunado por intervenções (*Eingriffe*) estatais.⁴⁴ Por outro lado, a dignidade humana, quando tutelada faticamente, impõe, ao Estado, direitos de prestação (*Leistungsrechte*), como ocorre, por exemplo, na garantia do mínimo existencial (*Existenzminimum*), que serve precisamente para salvaguardar os pressupostos materiais mínimos da autonomia do sujeito (BUMKE; VOßKUHLE, 2008, p. 56). Ao comentarem a Constituição portuguesa de 1976, fortemente influenciada pelo *Grundgesetz*, tanto em forma quanto em conteúdo, J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007, p. 471) esclarecem, na esteira da doutrina alemã, sobre a dignidade humana, que: “O Estado não só não pode violar esse direito mas está também obrigado a instituir mecanismos que impeçam tal violação, seja por entidades públicas ou privadas.”

O paradigma capitalista, de que todos são livres, de plano, ou seja, a despeito das circunstâncias empíricas, porque tal liberdade decorreria da racionalidade e da faculdade de escolha, deixa de ponderar adequadamente situações fáticas que tolhem e maculam o consentimento.⁴⁵ Um sujeito desprovido de quaisquer meios materiais, alguém acometido

⁴⁴ Sobre os *Abwehrrechte*, em geral, cf., p.ex., CREMER, 2003, pp. 74ss.

⁴⁵ Na França, a dignidade da pessoa humana (*dignité de la personne humaine*) está intimamente ligada à ideia de não-degradação do ser humano e à vedação de práticas que, embora consentidas, são fruto de uma anuência maculada ou ilegítima. Esclareça-se que a dignidade da pessoa humana não se encontra explicitamente prevista na Constituição da 5ª República (*Cinquième République*) de 1958. Na verdade, como se sabe, naquele país, os direitos do homem e as liberdades fundamentais (*Droits de l'homme et libertés fondamentales*) não estão no próprio texto constitucional (ROBERT; DUFFAR, 2009, pp. 58, 258; OBERDORFF, 2011, *passim*). Não obstante, reconhece-se, em virtude de posicionamento do *Conseil*

de um estado grave de derrelição material e econômica tem sua autonomia violada, uma vez que sua margem de ação (*Spielraum*) tende a zero. O Estado deve, por meio de ações, proteger os pressupostos fáticos da autonomia, sob pena de malferir a dignidade humana. A seguridade social, nesse diapasão, é um forte instrumento de efetivação da dimensão fática da dignidade humana.

CHRISTOPH ENDERS afirma que mesmo nos casos de Constituições que não preveem direitos sociais expressamente, como é o caso do *Grundgesetz*, é obrigação do legislador montar algum tipo de sistema de seguridade social com a incumbência de zelar e prevenir problemas sociais, inclusive garantindo o mínimo existencial (ENDERS, 2005, p. 46). Segundo o autor, o legislador possui uma ampla margem de conformação ao decidir como montar esse sistema. Porém, a existência mesma do sistema e a sua mínima operabilidade são corolários diretos da dignidade humana, já que, sem isso, o indivíduo perde sua independência (*Eigenständigkeit*), a qual se manifesta na potencialidade de tal indivíduo tomar parte em relações jurídicas livre e reciprocamente criadas entre ele e outros sujeitos (ENDERS, 2005, p. 47). A inexistência de um sistema de seguridade social exclui, de antemão, da participação ativa na sociedade, aqueles que, por contingências da vida, venham a encontrar-se em situação de extrema miserabilidade.

constitutionnel, adotado em 1971 (*Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971*), a natureza constitucional dos artigos da declaração dos direitos do homem e do cidadão (*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*) e do preâmbulo da antiga Constituição de 1946 – este último muito importante no que toca aos direitos sociais –, por terem sido citados no preâmbulo da atual Constituição, datada de 1958. Assinale-se, outrossim, a recente introdução, com força de emenda à constituição, por obra do poder constituinte derivado ou contituído, da Carta sobre o Meio Ambiente de 2004 (*Charte de l'environnement*) (ROBERT; DUFFAR, 2009, pp. 388, 787). Dessa forma, foi constituído o chamado “bloco de constitucionalidade” (*bloc de constitutionnalité*), que designa o conjunto de normas de estatura constitucional (PULIDO, 2009, p. 89). No que concerne à dignidade da pessoa humana, ela foi reconhecida, na França, como corolário implícito da declaração dos direitos do homem e do cidadão e do texto do preâmbulo da antiga Constituição de 1946 (ISRAEL, 1998, p. 338), o qual, como apontado, possui, desde 1971, *status* constitucional. O reconhecimento pelo *Conseil constitutionnel* da envergadura constitucional da dignidade da pessoa humana deu-se, como assevera DOMINIQUE ROUSSEAU (2010, p. 247), na *Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994*. Nela, registrou-se que: “2. Considérant que le Préambule de la Constitution de 1946 a réaffirmé et proclamé des droits, libertés et principes constitutionnels en soulignant d'emblée que: "Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés"; **qu'il en ressort que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle;**

3. Considérant que la liberté individuelle est proclamée par les articles 1, 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen; **qu'elle doit toutefois être conciliée avec les autres principes de valeur constitutionnelle;**

4. Considérant qu'aux termes du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 : "La nation assure à l'individu et à la famille **les conditions nécessaires à leur développement**" et qu'aux termes de son onzième alinéa : "Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère..., la protection de la santé";

A seguridade social protege os pressupostos fático-materiais mínimos e indispensáveis para que o sujeito seja respeitado enquanto tal. Se não se conservam e asseguram tais pressupostos, nega-se ao sujeito a possibilidade de concertar suas próprias relações jurídicas, de tomar parte no mundo de maneira efetiva, de perseguir os próprios propósitos e de colocar-se no mundo como ele próprio julga melhor. Ao Estado cabe a responsabilidade de proteger aqueles seres humanos que, desprovidos dos meios materiais mais básicos, estão inaptos a afirmarem-se como sujeitos diante do mundo. Para tanto, é necessário proporcionar o exercício da prerrogativa de autodeterminação.

Nesse contexto, a dignidade humana (*Menschenwürde*), para o *BVerfG* (45, 187), implica o direito do indivíduo de, “(...) em liberdade, determinar-se a si mesmo e desenvolver-se.” (*in Freiheit, sich selbst zu bestimmen und sich zu entfalten*). O indivíduo deve ser compreendido como alguém que vive em sociedade e que encontra nela seus limites, porém a independência da pessoa deve permanecer garantida (*doch muss die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleiben*). O indivíduo deve ser reconhecido como um membro da sociedade dotado de valor intrínseco, em condições de igualdade e com direitos iguais (*als gleichberechtigtes Glied mit Eigenwert anerkannt werden muss*). Tornar o ser humano mero objeto no Estado, porquanto, contraria a dignidade humana (*Es widerspricht daher der menschlichen Würde, den Menschen zum bloßen Objekt im Staate zu machen*).

Delineado este panorama inicial, podemos passar ao estudo de casos propriamente dito. Dentre as várias decisões que interpretam e aplicam ao caso concreto o conceito de dignidade humana, buscou-se selecionar aquelas que foram mais significativas.

4.1 Liberdade de crença

Parece ter sido com base na idéia de que a dignidade humana funda uma prioridade da liberdade e uma faculdade de autodeterminar-se que o *BVerfG* decidiu que liberdade de crença e dignidade humana caminham juntas (LAMPRECHT, 2011, p. 126).

A Corte esclareceu que: “É distintivo de um Estado que declara ser a dignidade humana o valor constitucional supremo e garante a liberdade de expressão (não condicionada à reserva legal e indisponível), que seja permitido a membros de seitas e párias o livre desenvolvimento de suas personalidades, de acordo com suas convicções de crença subjetivas, desde que não o façam em contrariedade a outros júzos de valor feitos pela Constituição e não criem, por meio de seus comportamentos, prejuízos ponderáveis à

comunidade ou aos direitos fundamentais de outros.” (*Kennzeichnend für einen Staat, der die Menschenwürde zum obersten Verfassungswert erklärt und der Glaubens- und Gewissensfreiheit ohne Gesetzesvorbehalt und unverwirkbar garantiert, ist vielmehr, daß er auch Außenseitern und Sektierern die ungestörte Entfaltung ihrer Persönlichkeit gemäß ihren subjektiven Glaubensüberzeugungen gestattet, solange sie nicht in Widerspruch zu anderen Wertentscheidungen der Verfassung geraten und aus ihrem Verhalten deshalb fühlbare Beeinträchtigungen für das Gemeinwesen oder die Grundrechte anderer erwachsen.*) (BVerfG, 33, 23).

Em outra ocasião, o BVerfG assentou que a liberdade religiosa implica neutralidade, a qual deve ser entendida como distância, tolerância, paridade e pluralismo (STERN, 2011, p. 1003). O Estado tem o dever de assegurar o desenvolvimento (*Verwirklichung*) da liberdade religiosa do indivíduo, de modo que cada um possa estipular, autonomamente, as próprias convicções ideológico-religiosas (*weltanschaulich-religiöse*), de maneira autoresponsável (*eigenverantwortlich*), em homenagem à dignidade do ser humano (*Würde des Menschen*) e ao livre desenvolvimento da personalidade (*freie Entfaltung der Persönlichkeit*) (BVerfG, 41, 29). Nesse sentido, o Estado é lar de todos os cidadãos (*Heimstatt aller Bürger*).

Os trechos acima não deixam dúvidas, porquanto, de que a dignidade humana, por exigir que toda limitação à liberdade seja ela mesma oriunda de outra liberdade, o que importa pluralismo e prioridade da liberdade, está estreitamente ligada à liberdade de crença.

4.2 O mínimo existencial ou mínimo de existência (*Existenzminimum*)

Em 9 de fevereiro de 2010, o BVerfG julgou inconstitucional a lei que criou o programa de reforma da seguridade social, assim chamado “Hartz IV”. Essa reforma alterou as regras do ‘auxílio desemprego II’ (*Arbeitslosenhilfe II*). Na ocasião, o Tribunal voltou a manifestar-se sobre o conceito de mínimo existencial, além de ter modulado os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, projetando-os para o futuro (BASTIDE HORBACH, 2010/11).⁴⁶ Restou assentado, dentre outras coisas, que a Lei Fundamental impõe ao Estado a garantia a todos dos pressupostos materiais para uma existência física e

⁴⁶ Sobre as diversas possibilidades de modulação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade, cf. BLANCO DE MORAIS, 2011, pp. 259ss.; MARINONI, 2012, pp. 1045ss.; MENDES, 2010, pp. 357ss.; MENDES, 2012a, pp. 510ss.

para uma participação mínima na vida social, cultural e política da comunidade (*BVerfG*, 1 BvL 1/09). Isso significa não apenas se abster de tolher o minimamente indispensável para uma vida digna, como não penhorar ou tributar os bens daqueles que possuem apenas o mínimo existencial (JARASS; PIEROTH, 2011, p. 47; BORGES SILVA, 2011/12, p. 5), mas também dar as condições consideradas mínimas para o desenvolvimento livre da personalidade àqueles que delas carecem.^{47 48}

Nesse sentido, já há algum tempo (1951), o *BVerfG* (1, 97) vem entendendo que há, “evidentemente”, um elo estreito entre o mínimo existencial e a dignidade humana. Como coloca VOLKER NEUMANN (2010, p. 2), o mínimo existencial abrange tanto a existência física do ser humano (alimentação, vestuário, utensílios domésticos, habitação, aquecimento, higiene e saúde), como também a manutenção de relações “interhumanas” (*zwischenmenschliche Beziehungen*) e uma medida mínima de participação na vida social, cultural e política (*Das Existenzminimum umfasst sowohl die physische Existenz des Menschen (Nahrung, Kleidung, Hausrat, Unterkunft, Heizung, Hygiene und Gesundheit) als auch die Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen und ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben.*).

Essa medida mínima não é mensurada *sub specie aeternitatis*, mas é, na verdade, variável de acordo com os custos de vida de uma dada sociedade (NEUMANN, 1995, p. 10). São consideradas essenciais, em primeiro lugar, aquelas despesas que condicionam a sobrevivência em si. Dessa forma, o valor do mínimo existencial dependerá dos custos de alimentação, habitação, vestuário, etc. Todos em um patamar que garanta a subsistência física do sujeito. Da mesma forma, é essencial que sejam levados em conta os custos de uma participação pequena, ainda que não excessivamente incipiente, na vida política, social e cultural. Do contrário, estar-se-ia a desrespeitar o dever de garantia dos pressupostos materiais de uma existência humanamente digna (*Pflicht zur Sicherung der Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein*).

Em suma, na decisão do *BVerfG* sobre o “Hartz IV” (*BVerfG*, 1 BvL 1/09), conforme os comentários de VOLKER NEUMANN (2010, p. 2), tutelou-se, de um lado, o mínimo existencial físico ou fisiológico, de outro, o mínimo existencial sócio-cultural

⁴⁷ No Brasil, tais pressupostos aparentam estar ligados ao benefício de prestação continuada (BPC), com fulcro no art. 203, V, da CF e na Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), bem como, por conseguinte, em certa medida e extensão, ao salário mínimo.

⁴⁸ A respeito, cf., também, WORMS, 2012, *passim*.

(Gewährleistet ist einerseits das physische oder physiologische Existenzminimum, andererseits das soziokulturelle Existenzminimum.).

Igualmente relevante para a compreensão do mínimo existencial é a decisão tornada pública, no dia 18 de julho de 2012, pelo primeiro senado (*erster Senat*) do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*). Cuida-se de uma das decisões mais relevantes do ano de 2012. A controvérsia foi submetida à Corte pelo Tribunal da Seguridade Social da Renânia do Norte-Vestfália (*Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen*)⁴⁹, em procedimento abstrato de controle de normas (*konkretes Normenkontrollverfahren*).

No caso (*BVerfG*, 1 BvL 10/10), analisou-se a constitucionalidade do valor de um benefício pago a estrangeiros que permanecem de maneira tipicamente temporária, sem um status determinado e certo de estrangeiro (*grundsätzlich alle Ausländerinnen und Ausländer erfassen, die sich typischerweise vorübergehend, also ohne verfestigten ausländerrechtlichen Status, in Deutschland aufhalten*).⁵⁰ Atualmente, estão contemplados pela lei que institui o benefício, precipuamente, aqueles estrangeiros que não possuem um direito certo e definitivo de residência ou permanência (*Aufenthaltsrecht*), embora também não possam ser deportados da Alemanha. Tal situação ocorre, amiúde, por questões de direito internacional, como a regra do *non-refoulement*.

A doutrina estrangeira aponta que, em muitos casos, a regra do *non-refoulement* cria um delicado problema, qual seja: estrangeiros que não podem ser mandados embora para o país de origem, mas que, tampouco, podem ingressar em definitivo no território nacional do país onde se encontram (CRAWFORD, 2012, p. 418). Na Alemanha, há muitos estrangeiros nessa situação. Em geral, eles são chamados de *Asylbewerber*, ou seja, aspirantes a asilo, e fazem jus, em virtude da legislação alemã, a um benefício assistencial.

⁴⁹ Na Alemanha, há diversas Jurisdições especiais, assim como as Justiças Trabalhista, Eleitoral e Militar, no Brasil. Naquele país, tem-se, por exemplo, uma Jurisdição Administrativa (*Verwaltungsgerichtsbarkeit*), cujo objeto é, precipuamente, o controle judicial dos atos administrativos, a espelho do contencioso administrativo francês. Assinale-se que, na Alemanha, a Jurisdição Administrativa não inclui a responsabilidade civil do Estado (ROSENBERG; SCHWAB; GOTTWALD, 2011, p. 71; OSSENBÜHL, 1991, p. 8). Além disso, há uma Jurisdição da Seguridade Social (*Sozialgerichtsbarkeit*), a qual é responsável pelo controle judicial dos órgãos responsáveis pela seguridade social (assistência e previdência) na Alemanha. Mencione-se, ainda, que o ordenamento jurídico germano prevê Jurisdições Financeira (*Finanzgerichtsbarkeit*), para o controle de atos dos funcionários da administração ligados à tributação e ao orçamento do Estado, e Trabalhista (*Arbeitsgerichtsbarkeit*), para conflitos coletivos e individuais entre empregados e empregadores.

⁵⁰ *BVerfG*, 1 BvL 10/10 (7)

O *BVerfG* decidiu, no mencionado julgado, de 18 de julho de 2012, que o benefício pago aos *Asylbewerber* é inconstitucional. Para a Corte, o valor pago é evidentemente insuficiente (*evident unzureichend*) e inadequado em face da realidade, uma vez que não foi alterado desde 1993 (*seit 1993 nicht verändert worden ist*).⁵¹ O custo de vida na Alemanha, por outro lado, cresceu em mais de 30% durante esse período.⁵² Esclareceu-se que a dignidade humana, prevista no art. 1, (1), do *Grundgesetz* (GG), combinada com o princípio do Estado Social (*Sozialstaatsprinzip*), previsto no art. 20, (1), do GG, salvaguardam um direito fundamental à garantia de um mínimo existencial humanamente digno (*Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums*).⁵³

Para o Tribunal, restou muito claro que o benefício objeto do julgado tem por escopo reger e disciplinar, por meio da sua área de aplicação, o asseguramento da existência mesma do indivíduo (*Das Asylbewerberleistungsgesetz regelt in seinem Anwendungsbereich Leistungen zur Sicherung der Existenz*).⁵⁴ Para tanto, porém, o legislador, ao fixar o valor do benefício, não se valeu de meios adequados, consistentes e transparentes.⁵⁵

O Tribunal consignou, ademais, que o direito fundamental referido se estende a alemães e estrangeiros que estejam na Alemanha, em pé de igualdade. Registrou-se a obrigação do legislador levar em conta, ao fixar o valor do benefício, que o mínimo existencial configura um direito humano (*Menschenrecht*). Logo, ao fixar o respectivo valor, não se afigura plausível diferenciar entre estrangeiros e alemães, com base no status de permanência de cada um no território alemão. Dito de outra maneira: o simples fato de os *Asylbewerber* estarem em condições precárias na Alemanha e não possuírem autorização de permanência no país, não significa que eles tenham um direito inferior à dignidade humana, que é indistinta para todos.⁵⁶

Ao analisar mais detidamente o benefício pago aos *Asylbewerber*, constatou-se que os critérios utilizados eram muito menos pormenorizados do que aqueles do direito assistencial (*Fürsorgerecht*) como um todo. Um cotejo entre a lei cujos dispositivos foram

⁵¹ *BVerfG*, 1 BvL 10/10 (106)

⁵² *BVerfG*, 1 BvL 10/10 (109)

⁵³ *BVerfG*, 1 BvL 10/10 (107)

⁵⁴ *BVerfG*, 1 BvL 10/10 (17)

⁵⁵ *BVerfG*, 1 BvL 10/10 (116)

⁵⁶ *BVerfG*, 1 BvL 10/10 (99)

declarados inconstitucionais e o SGB XII⁵⁷, a principal sede legal da assistência social alemã, demonstrou que os critérios eram muito distintos.⁵⁸

O governo federal argumentou, em defesa da lei retorquida, que as diferenças verificadas estavam dentro da discricionariedade social-política do legislador (*im sozialpolitischen Ermessen des Gesetzgebers*). Sob essa ótica, seria lícito diferenciar os estrangeiros com um estatuto de permanência incerto (*Ausländer mit ungesichertem Aufenthaltsstatuts*).⁵⁹

A Corte entendeu que nem mesmo para inibir ou desestimular a imigração é permitido ao governo alemão fixar benefícios menores para estrangeiros com *status* de permanência precário. Segundo a decisão, a dignidade humana, garantida no *Grundgesetz*, não deve ser relativizada em face de políticas migratórias (*Die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Menschenwürde ist migrationspolitisch nicht zu relativieren.*)⁶⁰

Restou decidido, outrossim, que o legislador ordinário tem a obrigação de empreender uma constante atualização (*stetige Aktualisierung*), a fim de que o valor do benefício pago, a título de mínimo existencial, não acabe por ser insuficiente para cumprir suas finalidades.⁶¹

Por tratar-se, entretanto, de um direito humano e fundamental, que objetiva salvaguardar o mínimo existencial, inerente a toda pessoa, a Corte viu-se obrigada a declarar que os parâmetros de que se valeu o legislador eram inadequados e incompatíveis com a Lei Fundamental.

Conquanto não tenha sido estabelecido um valor concreto do que seja o mínimo existencial, o que é motivo de críticas para alguns (KÖNEMANN, 2005, p. 116), é possível notar, nas duas recentes decisões citadas acima, que foram delineados com clareza os critérios que o legislador deve observar quando da fixação de um montante específico. Ademais, reconheceu-se a possibilidade da Jurisdição Constitucional declarar inconstitucional um regramento que estipula o mínimo existencial de maneira não-transparente (*nicht offenkundig*), no qual falta a consistência (*Folgerichtigkeit*) exigida pelo

⁵⁷ Livro XII do Código de Seguridade Social alemão, o *Sozialgesetzbuch* (SGB).

⁵⁸ *BVerfG*, 1 BvL 10/10 (46-48)

⁵⁹ *BVerfG*, 1 BvL 10/10 (73)

⁶⁰ *BVerfG*, 1 BvL 10/10 (121)

⁶¹ *BVerfG*, 1 BvL 10/10 (88, 90)

permissivo constitucional da isonomia e sem levar em conta uma série de preceitos e parâmetros que decorrem, ainda que implicitamente, do *Grundgesetz*.

Isso é sobremaneira importante se se leva em conta que, na Alemanha, é corrente o provérbio de que a rede social (*soziales Netz*) cuida de todos, literalmente, desde o berço até o caixão (*von der Wiege bis zur Bahre*), a saber, desde o nascimento até as despesas funerárias, se assim necessário for.

O benefício que salvaguarda o mínimo existencial faz parte da assistência social (*Sozialhilfe*) e, por conseguinte, não possui caráter contraprestacional (WALTERMANN, 2011, p. 231). Na Alemanha, ele chama-se “auxílio à subsistência” (*Hilfe zum Lebensunterhalt*). Logo, qualquer pessoa que se encontre na hipótese de contingência prevista na norma, faz jus ao mencionado benefício. Não há pré-condições (*Vorbedingungen*) à concessão do benefício. Portanto, não é necessária prévia contribuição, qualidade de segurado ou cumprimento de período de carência. Frise-se, também, que o ato de concessão é vinculado e não se sujeita à discricionariedade ou ao juízo de conveniência da administração pública.

A doutrina alemã defende, ainda, o que se chama de princípio de individualização (*Grundsatz der Individualisierung*), o qual consiste na adequação entre as necessidades da pessoa ou família beneficiada e o valor do correspondente benefício (WALTERMANN, 2011, p. 233).

Assinale-se que não se pode conceder tal auxílio a quem pode trabalhar e obter sustento da própria força de trabalho. RAIMUND WALTERMANN (2011, pp. 236ss.) explica, outrossim, que tampouco se deve conceder benefício como esse a quem, embora não possa trabalhar, tenha meios de prover suas carências, não estando, portanto, para fins legais, em condição de necessidade (*Bedürftigkeit*), sob pena de violação do princípio da subsidiariedade (*Grundsatz der Subsidiarität*). Afinal, o indivíduo possui, em princípio, a autoresponsabilidade (*Eigenverantwortung*) por sua subsistência, cabendo ao Estado a tarefa de mantê-lo apenas em hipóteses de efetiva imprescindibilidade (PATTAR, 2012, pp. 144ss.).

É importante esclarecer, ainda, que, no direito da seguridade social, na Alemanha, é corrente a defesa do “mandamento de separação ou afastamento do salário” (*Lohnabstandsgebot*), o qual passou a estar expressamente previsto no SGB XII, a partir de 31 de dezembro de 2010. Conquanto se advogue, em parte, sua aplicação a todo o direito da seguridade social alemão, ele foi expressamente previsto no que tange ao “auxílio à

subsistência” (*Hilfe zum Lebensunterhalt*), que tem por desiderato precípua a proteção do mínimo existencial, inclusive aquele de cunho sócio-cultural (PETERS, 2012, p. 292; WALTERMANN, 2011, p. 235).

Segundo o citado mandamento, o benefício assistencial, que visa a assegurar o mínimo existencial, deve envolver sempre um valor ponderável e consideravelmente inferior à importância monetária que aquele respectivo indivíduo conseguiria auferir no mercado de trabalho, caso estivesse apto a laborar.

Em apertada síntese, isso significa que o valor do benefício não deve ser tão alto que favoreça o ócio integral ou que desestime uma eventual retomada das atividades laborais. Com isso, quer-se manter viva a possibilidade do beneficiário voltar a trabalhar. Para isso, como nos diz PETERS (2012, p. 296), deve-se manter atrativa tal possibilidade, o que implica manter um afastamento ou distância entre o que é pago, a título de benefício, e o que aquela pessoa ganharia se estivesse economicamente ativa, recebendo remuneração (*Einkommen*).

RI'IN KAREN PETERS (2012, p. 296) diz que isso significa, em termos práticos, o seguinte: se um dado casal com três filhos recebe benefício assistencial, não se deve pagar mais do que o rendimento auferido por uma família análoga (*vergleichbare Familie*), cujos membros economicamente ativos trabalham normalmente. Essa diferença, por sua vez, deve ser bastante para funcionar como incentivo ao trabalho.

Afora isso, para o *BVerfG* (39, 1), a garantia em questão implica também a salvaguarda de um mínimo existencial ecológico (*ökologisches Existenzminimum*), ou seja, os pressupostos ecológicos mínimos para a sobrevivência na terra (STERN, 2006, p. 53).

É possível concluir, ante o exposto, que a proteção do mínimo existencial se origina de uma proteção da liberdade individual. Essa dimensão social do Estado é, no fundo, liberal. Contudo, não na acepção desse termo que comumente se utiliza, mas sim no sentido de salvaguarda da autonomia. Não se pode falar de autonomia verdadeira, quando se cuida de alguém que tem a sua própria sobrevivência em xeque.

Nessa perspectiva, parece assistir razão a HANS-JÜRGEN PAPIER, ex-presidente do *BVerfG*, quando ele asseverou, no *Karlsruher Verfassungsdialog*, que o fundamento axiológico da democracia é, em derradeira instância, a liberdade, já que a igualdade serve para salvaguardar que tal liberdade seja exercida em igual medida e que o Estado social, ao invés de opor-se ao liberalismo, concretiza-o. Passa-se de um liberalismo defeituoso,

fundado em um conceito formal de liberdade, para aquele fundado em um conceito material-fático-efetivo de liberdade.⁶²

4.3 Direito fundamental à propriedade

Nota-se, porquanto, no sentido do que já foi explicitado, que a propriedade, enquanto instituição, longe de ser um óbice à concretização dos próprios fins, torna-se um pré-requisito para o exercício da autonomia. Aquele que se encontra completamente desprovido de quaisquer meios materiais, ainda que não seja vítima direta de coerção ou manipulação, estará impossibilitado de reunir meios concretos para realizar seus projetos.⁶³

É por meio da propriedade, que o indivíduo poderá escolher suas próprias prioridades e investir economicamente nelas. Sem quaisquer recursos materiais, a igualdade formal, oriunda do *status* diferenciado de que é dotado o ser humano, reduz-se a uma extrema desigualdade fática.

De fato, no mundo capitalista em que se vive, é inegável que haverá sempre margem para desigualdades. Porém, o que a dignidade humana requer não é a justa distribuição das riquezas, mas apenas a possibilidade de concertar (*gestalten*) os próprios meios financeiros, aqueles que se nos estão à disposição, da maneira como melhor aprouver. Ocorre, entretanto, que esse raciocínio requer algo importante, nomeadamente, que haja já alguns meios financeiros à disposição.

⁶² Os vídeos da palestra, na íntegra, estão disponíveis no seguinte sítio eletrônico: <<http://www.youtube.com/watch?v=aM1oigy16tE>> Acesso em 15 de abril de 2012

⁶³ Mais uma vez, KANT é instrumental para o entendimento do conceito hodierno de dignidade humana, conforme a interpretação do *BVerfG*, que, em inúmeras oportunidades, se valeu explicitamente de argumentos kantianos. Isso porque o filósofo de Königsberg explica que a propriedade, a liberdade contratual, bem como outras instituições de direito privado são pressupostos necessários para a instauração efetiva do direito inato à autodeterminação, ou seja, para a efetivação da dignidade humana. É elucidativa, no que toca à garantia da propriedade e sua ligação à dignidade humana, a seguinte passagem de ARTHUR RIPSTEIN, ao falar sobre KANT: “*Freedom requires that you be able to have usable things fully at your disposal, to use as you see fit, and so to decide which purposes to pursue with them, subject only to such constraints imposed by the entitlement of others to use whatever usable things they have. Any other arrangement would subject your ability to set your own ends to the choice of others, since they would be entitled to veto any particular use you wished to make of things other than your body.*” (RIPSTEIN, 2009, p. 19). Mencionem-se, outrossim, as palavras de OTFRIED HÖFFE (2012, p. 248), quando diz que KANT não afirma que todos têm direito a um título de propriedade específico, mas sim que todo ser humano tem direito a ser proprietário de, no mínimo, alguma coisa.

Portanto, embora a dignidade humana preserve uma igualdade que é predominantemente formal, ela impõe ao Estado o dever de criar as condições necessárias para que se possa tocar a própria vida independentemente.

As instituições do Estado liberal, como a liberdade contratual, por exemplo, são não apenas instrumentais, mas consubstanciam pré-requisito para o gozo da dignidade humana. Em outras palavras, ao invés de simplesmente fomentarem a autonomia, elas, muito antes, são *conditiones sine quibus non* para que ela exista.

Pense-se, a título de exemplo, que, sem a liberdade contratual, os indivíduos não poderiam dispor livremente de suas esferas jurídico-econômicas e, portanto, não poderiam organizar, como bem entendem, suas órbitas jurídicas de direitos e deveres. É precisamente porque há tal liberdade que é possível a cada um adquirir os produtos de sua preferência pessoal, sejam eles uma passagem de ônibus, um carro, um litro de gasolina, uma casa, um iate, etc.

Embora nem todos possam adquirir, na mesma medida e proporção, esses víveres ou *commodities* (o que não viola a dignidade humana), é certo que é preciso dispor de ao menos algum meio material, sob pena de só ser possível autodeterminar o próprio corpo e nada mais; ou até mesmo, quem sabe, nem mesmo o próprio corpo, como no caso em que falta alimentação, vestuário, etc.

Cumprir observar que a propriedade (prevista no inciso XXII do art. 5º da CF e no art. 14 do *Grundgesetz*) está intimamente ligada à garantia de liberdade pessoal. Importante frisar, ainda, que a propriedade, mormente se se leva em conta a acepção constitucional do termo, não está restrita ao universo do direito das coisas (*Sachenrecht*), nomeadamente, não se restringe às coisas corpóreas móveis ou imóveis (BAMBERGER; ROTH, 2012, p. 1892). Como esclarece GILMAR FERREIRA MENDES (2012b, p. 142), uma evolução “(...) fez com que o conceito constitucional de direito de propriedade se desvinculasse, pouco a pouco, do conteúdo eminentemente civilístico de que era dotado.”

Dá-se ao indivíduo, por meio do direito fundamental à propriedade, a liberdade de dispor, como bem entender, dos recursos materiais adquiridos por ele pela via do trabalho e do próprio esforço. Salva-se, porquanto, uma esfera de liberdade na seara financeira, de modo que o sujeito possa: comprar aquilo que bem entender; investir seus bens como quiser; e correr os riscos econômico-financeiros que achar mais recompensadores.

O direito fundamental à propriedade consubstancia garantia institucional (*Institutsgarantie*). Em outras palavras, é vedado ao legislador, dentro da ordem constitucional vigente, acabar com a propriedade privada, bem como, limitá-la excessivamente. O direito fundamental à propriedade pressupõe um instituto jurídico que não estaria a ser eficazmente garantido, se o legislador, no lugar da propriedade privada, colocasse algo que não merecesse o nome “propriedade”, como decidiu o *BVerfG* (24, 367).⁶⁴ Como a própria definição do que é propriedade é tarefa do legislador ordinário, as alterações do direito ordinário pertinentes à propriedade revelam-se, a um só tempo, conteúdo e limites desse direito (MENDES, 2012b, p. 143). Cumpre, sob essa perspectiva, ao legislador ordinário preservar, ainda que na pior das hipóteses, o núcleo essencial (*Kernbereich* ou *Wesensgehalt*) da propriedade, núcleo esse que terá as suas fronteiras delimitadas pela Jurisdição Constitucional. Segundo VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (2010, p. 206), esse núcleo, definido a partir da regra de proporcionalidade, não comporta teorias absolutas, mas baseia-se na aplicação e controle dos princípios como mandamentos de otimização (*Optimierungsgebote*) (ALEXY, 1994, pp. 75ss.).

A propriedade põe a salvo a disposição autoresponsável (*eigenverantwortliche Gestaltung*) dos bens de um dado indivíduo, por ele próprio. Dessa forma, será lícito a ele perseguir os fins que ele próprio estipulou, da maneira que achar melhor. Imputa-se ao indivíduo a responsabilidade e a faculdade de alocar, como lhe aprouver, seus bens materiais, inclusive aqueles adquiridos mediante trabalho e esforço próprios (MICHAEL; MORLOK, 2012, p. 194).

Por outro lado, se os bens não emanam de trabalho, mas de outro fato não especialmente meritório, como uma herança, resguarda-se, outrossim, a autodeterminação do proprietário, já que a ordem jurídica conferiu, por uma opção contingente e político-legislativa-democrática, àquele indivíduo, a titularidade de certos bens, cuja guarda e disposição cabe somente a ele empreender.

Dessarte, cabe ao titular do direito à propriedade organizar seus recursos materiais como bem entenda, de modo a poder atingir, à sua maneira, as finalidades que lhe façam

⁶⁴ “Das Eigentum ist ein elementares Grundrecht, das in einem inneren Zusammenhang mit der Garantie der persönlichen Freiheit steht. Ihm kommt im Gesamtgefüge der Grundrechte die Aufgabe zu, dem Träger des Grundrechts einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich sicherzustellen und ihm damit eine eigenverantwortliche Gestaltung des Lebens zu ermöglichen. Die Garantie des Eigentums als Rechtseinrichtung dient der Sicherung dieses Grundrechts. Das Grundrecht des Einzelnen setzt das Rechtsinstitut ‘Eigentum’ voraus; es wäre nicht wirksam gewährleistet, wenn der Gesetzgeber an die Stelle des Privateigentums etwas setzen könnte, was den Namen ‘Eigentum’ nicht mehr verdient.” (*BVerfG*, 24, 367 - *Hamburgisches Deichordnungsgesetz*)

feliz, pois os bens, incluindo o dinheiro, são meios para que se atinjam objetivos pessoais, os quais, por sua vez, são algo subjetivo, a ser perseguido diferentemente por cada um de nós.

4.4 Escutas ambientais dentro do lar

Também é emblemática a decisão do *BVerfG* que institui uma proteção “absoluta” do núcleo essencial da vida privada, proibindo qualquer monitoração por meio de escutas ambientais dentro da casa do indivíduo, que sejam capazes de ferir a esfera mais íntima de sua personalidade (*BVerfG*, 109, 279 - *Großer Lauschangriff*).

A ideia é que o lar é o “último refúgio” (*letztes Refugium*) do indivíduo e que essa garantia é corolário da dignidade humana. Essa garantia é particularmente intensa quando se trata de “casamento e família”, bem como de assuntos que dizem respeito à vida privada e à esfera íntima das relações pessoais. Escutas ambientais aptas a gravar conversas com esse tipo de conteúdo, que merece forte proteção estatal, são incompatíveis com o direito fundamental insculpido no art. 1º do *Grundgesetz*.

4.5 Lei de segurança aérea

Foi também com base na dignidade humana, que o *BVerfG* declarou ser a lei de proteção aérea (*Luftsicherheitsgesetz*) incompatível (*nicht vereinbar*) com a Lei Fundamental (*Grundgesetz*) (*BVerfG*, 115, 118). Na lei, autorizava-se o Ministro da Defesa (*Bundesminister der Verteidigung*) a ordenar o abate de aeronaves tomadas de assalto por terroristas dispostos a utilizá-las contra algum alvo terrestre. Em sua argumentação, o *BVerfG* afirmou que a lei é inconstitucional pois permite ao Estado matar, dolosamente (*vorsätzlich*), seres humanos inocentes, que não são autores de um crime, mas sim vítimas dele. Ademais, a lei torna os passageiros do avião a ser abatido um mero objeto da ação estatal (*zum bloßen Objekt staatlichen Handelns macht*). O valor de suas vidas passa a depender das circunstâncias, o que não condiz com o a qualidade da dignidade que lhes é ínsita.

A Corte invocou, ainda, a garantia do núcleo essencial (*Wesensgehaltsgarantie*), já que a morte dos passageiros tolheria, de maneira irreversível e integral, o direito que é pressuposto de todos os outros, nomeadamente, o direito à vida.

Por fim, o *BVerfG* esclareceu que uma decisão que coloca em xeque um dos valores mais caros à Lei Fundamental, isto é, a dignidade humana, não poderia ser tomada, unilateralmente, pelo Ministro da Defesa, que não tem atribuição nem legitimidade para ser o fiel da balança entre a vida e a morte de dezenas de pessoas inocentes.

Em 3 de julho de 2012, o *BVerfG* proferiu outra decisão relativa à lei de proteção aérea (*Luftsicherheitsgesetz*). Diante de uma controvérsia entre os dois senados do *BVerfG*, a decisão foi proferida pelo pleno. A questão discutida dizia respeito à competência do Ministro da Defesa (*Bundesminister der Verteidigung*) para autorizar a utilização de forças armadas (*Streitkräfte*) nos estados federados (*Bundesländer*) em caso de catástrofe natural. Em nenhum momento, questionou-se a primeira decisão do *BVerfG* no que concerne à interpretação que se dera à dignidade humana. Assim, a proibição do abate de aeronaves, dentre outras coisas, manteve-se tal qual decidido inicialmente pelo *BVerfG*, inclusive porque isso não foi objeto da decisão proferida pelo pleno em 2012, que apenas perquiriu sobre a constitucionalidade de uma autorização legal para o uso das forças armadas como auxílio às polícias dos estados federados em caso de catástrofe, nos termos do art. 35, (3), da Lei Fundamental.

4.6 Indenização por filho com má-formação cerebral

Depois de dar à luz uma filha que nasceu com deficiência, uma mulher e seu marido dirigiram-se à clínica da Universidade de Tübingen, na Alemanha, a fim de tomarem conhecimento dos riscos de uma nova gravidez (LAMPRECHT, 2011, p. 254). Na ocasião, os médicos transmitiram apenas notícias boas, explicando que seria “extremamente improvável” (*äußerst unwahrscheinlich*) que um novo filho nascesse com tal deficiência, a qual, no caso, envolvia a má-formação cerebral (*Gehirnfehlbildung*) da primeira filha. Os médicos esclareceram que a má-formação era devida a uma alteração ou distúrbio pré-natal (*präinatale Störung*) e que não havia motivos para temer a repetição do ocorrido.

Dois anos depois, nasceu a nova filha do casal, acometida de precisamente a mesma má-formação. Nas instâncias inferiores e no *Bundesgerichtshof* (BGH)⁶⁵, condenou-se um dos médicos, por ter emitido um diagnóstico incorreto.

⁶⁵ Equivaleria, *mutatis mutandis*, ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) brasileiro. Contudo, enquanto acima do STJ, no Brasil, há uma Suprema Corte, isto é, o Supremo Tribunal Federal (STF), com competência bastante abrangente, o BGH está abaixo apenas do *BVerfG*, que é uma Corte Constitucional. Logo, o BGH é

A questão chegou ao *BVerfG*, por meio de uma *Verfassungsbeschwerde*⁶⁶ endereçada ao Tribunal, sob a alegação de que a filha em questão estava a ser tratada como um “dano” ou “prejuízo” (*Schaden*) e que isso violaria a dignidade humana.

O *BVerfG* (96, 375) chegou à conclusão de que não houve, nesse caso, violação à dignidade humana. A pretensão de indenizar (*Schadenersatzanspruch*) baseava-se no dever contratual que havia entre o médico e os pais da criança.

O tema foi polêmico porque colocou os dois senados (*Senate*) da Corte em oposição. O primeiro senado (*erster Senat*), ao decidir, esclareceu que a responsabilização do médico não incidiu em “comercialização” (*Kommerzialisierung*) da criança e nem a privou de seu valor intrínseco. Essa decisão foi tomada em 1997. Anos antes, em 1993, na decisão chamada “Aborto II” (*Schwangerschaftsabbruch II*), decidira-se que seria inconstitucional tratar o feto por nascer ou a criança nascida por erro como “dano” ou “prejuízo” (STERN, 2006, p. 27), pois não haveria (ou há) um direito à não-existência (*ein Recht auf Nichtexistenz gibt es nicht*).⁶⁷

Uma grande discussão teve lugar após a decisão de 1997 (LAMPRECHT, 2011, p. 257). Alegou-se que a afirmação⁶⁸ de que a criança (ou o seu nascimento) não pode ser tratada como um “dano”, inclusive nas obrigações de prestação de alimentos (*Unterhaltungspflichten*), era um mero *obiter dictum* e não um dos motivos ou fundamentos determinantes (*tragende Gründe*) da decisão de 1993.

Ao final, em virtude desse impasse, isto é, se seria ou não a afirmação apenas um dos *obiter dicta* da decisão, foi impossível levar a demanda à composição plenária da Corte,

a Corte alemã mais alta em matéria de jurisdição ordinária (*ordentliche Gerichtsbarkeit*) e só está abaixo do *BVerfG* no que tange à apreciação de questões estritamente constitucionais.

⁶⁶ Este é um termo de difícil tradução. Literalmente, poder-se-ia traduzir por “reclamação constitucional”. Alguns preferem a expressão “recurso constitucional”. Contudo, a natureza jurídica da *Verfassungsbeschwerde* é de ação e não de recurso, na acepção técnico-processual do termo. Assinale-se, ainda, que tampouco se trata de incidente processual. De qualquer sorte, trata-se do instrumento jurídico que pode ser manejado por qualquer pessoa (*jedermann*) contra ato, comissivo ou omissivo, que viole, atual e diretamente (*gegenwärtig und unmittelbar*), direito fundamental ou direito equiparado a fundamental (*grundrechtsgleiches Recht*) (PIEROTH; SCHLINK, 2011, p. 309). A *Verfassungsbeschwerde* guarda semelhanças com o *recurso de amparo* do direito espanhol, ao qual ela é, até certo ponto e guardadas as devidas proporções, análoga.

⁶⁷ No direito da *common law*, chamou-se esse problema jurídico de *liability for wrongful life* ou, simplesmente, *wrongful life*.

⁶⁸ *Eine rechtliche Qualifikation des Daseins eines Kindes als Schadensquelle kommt von Verfassung wegen (Art. 1 Abs. 1 GG) nicht in Betracht. Deshalb verbietet es sich, die Unterhaltungspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen.*

pois não ficou suficientemente provado que havia uma divergência jurídica entre as decisões em tela.

Com efeito, prevaleceu a decisão do primeiro senado, que entendeu não haver violação da dignidade humana no caso, pois a decisão dada não implicava nenhum demérito ou juízo de valor negativo sobre a pessoa da criança (*kein Unwerturteil über die Person des Kindes*).

4.7 Pena de morte, penas cruéis ou atrozes (*grausame Strafe*), pena perpétua e reinserção na sociedade

Pode-se citar, ainda, a decisão que decidiu ser a pena perpétua por homicídio qualificado (*Mord*) (§ 211 Abs. 1 StGB) compatível com a Lei Fundamental, mas que estipulou uma série de pressupostos para a sua constitucionalidade (LAMPRECHT, 2011, p. 165), a serem clara e coerentemente regulados por meio de lei em sentido formal, em homenagem ao princípio do Estado de Direito (*Rechtsstaatsprinzip*). O Tribunal decidiu que a pena perpétua é constitucional desde que permaneça uma chance factível de que o preso, por meio de seu próprio comportamento (conforme requisitos previstos em lei em sentido estrito), volte a ser livre (*BVerfG*, 45, 187 - *Lebenslange Freiheitsstrafe*).

Por outro lado, entende o *BVerfG* (18, 112) que a pena de morte é incompatível com a dignidade humana, pois tal punição nega “(...) uma confissão [ou comprometimento] com o valor básico da vida humana.” (*ein Bekenntnis zum grundsätzlichen Wert des Menschenlebens*), a qual ninguém pode perder, nem mesmo por comportamento tido por socialmente indigno (WEIS, 2004, p. 3).

Trata-se de garantia indisponível. Logo, a todos assiste esse direito, que é parte do núcleo mínimo da dignidade humana, o qual, por sua vez, engloba, necessariamente, todos os seres humanos de maneira completamente indistinta. Esse núcleo mínimo inclui também, por exemplo, “(...) as expressões dos mais íntimos sentimentos ou formas de expressão da sexualidade” (*Äußerungen innerster Gefühle oder Ausdrucksformen der Sexualität*) (*BVerfG*, 109, 279; 2 BvR 2500/09; WEIS, 2004, p. 2).

As penas cruéis ou atrozes (*grausame Strafe*) e a tortura também atentam contra a dignidade humana. Fazem-no porque as dores às quais é submetido o torturado, ou aquele que passa por martírios inefáveis, maculam, de maneira absoluta, a autonomia da vontade (*Autonomie des Willens*) (MICHAEL; MORLOK, 2012, p. 102). CHRISTOPH MÖLLERS

(2009, p. 77) coloca bem a questão ao afirmar que a tortura fere a autonomia do sujeito porque ela atropela o fato de que todos somos seres racionais e capazes de autodeterminação. A tortura fá-lo a ponto de tornar o ser humano torturado mero reflexo físico e involuntário, ou seja, de torná-lo “reflexos corporais” (*die Folter reduziert den Gefolterten auf körperliche Reflexe*). Em outras palavras, a tortura coage fisicamente, negando efeito, de maneira violenta, à prerrogativa de autodeterminação.

MÖLLERS (2009, p. 77) afirma que algo semelhante ocorre com o mínimo existencial, objeto do item 4.2, *supra*, já que aquele desprovido de tal mínimo é reduzido à mera “corporalidade” ou, quiçá, a algo aquém disso. Quando se coloca em xeque a própria sobrevivência ou quando a vida, embora garantida a mera subsistência, é vivida no limite da existência, então a autodeterminação está de tal modo tolhida, que ela se apresenta em uma quantidade desprezível ou praticamente irrelevante. Em linhas gerais, quem só é dono do próprio corpo, nem dele dono é.

Nesse ponto, mais uma vez, utiliza-se um conceito kantiano (*Autonomie des Willens*) para explicar que, como garantia de autonomia, a dignidade humana é agredida quando o ser humano é obrigado a tolerar dores extremas, sejam elas físicas ou psicológicas.

As punições excessivas infligem de tal maneira o indivíduo que, sobretudo pelo caráter coercitivo que possuem, retiram do indivíduo qualquer margem de escolha.

No que tange à tortura, STARCK (2010, p. 62) faz uma distinção entre a tortura processual penal (*strafprozessuale Folter*) e a preventiva-policial (*präventiv-polizeiliche Folter*). Aquela seria sempre proibida, sem exceção (*ausnahmslos*), enquanto esta última seria excepcionalmente permitida, em caso de perigo gravíssimo e iminente, como aquele em que há um terrorista que é a única pessoa a poder informar o paradeiro de uma arma de destruição em massa (*Massenvernichtungswaffe*) prestes a matar milhões de pessoas. Apesar da dramaticidade do exemplo, STARCK parece ser um dentre poucos a fazer essa distinção, que é, até o momento, apenas doutrinária.

Já quanto à reinserção de presos na sociedade (*Wiedereingliederung von Strafgefangene in der Gesellschaft*), trata-se de requisito elementar da tutela da dignidade humana (*BVerfG*, 35, 202; 36, 174; 45, 187), já que tal “ressocialização” é ancilar da reobtenção da autonomia fática. Sem emprego, sem envolvimento com entes queridos e o reestabelecimento de relações sociais, o ex-presos vê-se incapaz de perseguir os próprios objetivos, a não ser criminando novamente.

Logo, a reinserção na sociedade daquele que cumpriu pena, o que envolve a retomada de laços afetivos e sociais, a aquisição de renda e o estreitamento de vínculos intersubjetivos, é condição necessária para que aquele que até então não podia gozar da própria liberdade, passe a poder fazê-lo (STARCK, 2010, p. 53). A mera soltura da prisão não significa, por si só, devolução da liberdade ao preso, porque a liberdade, como entendida à luz da dignidade humana, requer mais do que a mera soltura do cárcere.

4.8 Alteração de registro civil por transexual

Igualmente, fere a dignidade humana e a autonomia a ela ínsita, segundo o Tribunal alemão, que um transexual não possa alterar seus registros pessoais, uma vez tendo realizado cirurgia de mudança de sexo (*BVerfG*, 999, 1002). A esfera íntima e, em especial, as preferências e particularidades sexuais, hão de ser geridas individualmente pelos próprios indivíduos, cabendo a eles o direito de dispor ou formar (*gestalten*) suas relações privadas como bem entenderem. Nisso consiste o direito à autodeterminação sexual (*sexuelle Selbstbestimmung*), que garante a autonomia dos sujeitos em esferas íntimas da vida, sobretudo aquelas ligadas à sexualidade.⁶⁹

4.9 Autodeterminação informativa (*informationelle Selbstbestimmung*)

A autodeterminação informativa é um direito que garante a todos a prerrogativa de disporem se, e quando, suas informações estarão à disposição do Estado e das outras pessoas. Em outras palavras, salvo quando justificado por um interesse coletivo, com base em uma lei em sentido estrito e observados os demais condicionantes impostos a uma

⁶⁹ No que toca à *sexuelle Selbstbestimmung*, dois dos maiores constitucionalistas alemães, KLAUS STERN (2006, p. 480) e MICHAEL KLOEPFER (2010, p. 396), por exemplo, defendiam que a autodeterminação sexual não impedia a criação de diferenças jurídicas entre as uniões homoafetivas e o casamento. Na Alemanha, ambos autores disseram, durante muito tempo, que, por mais que as uniões registradas (*eingetragene Partnerschaften*), instituto assemelhado à união estável, tivessem direitos, elas deveriam sempre gozar de um pouco menos de tutela jurídica do que o casamento. Essa ideia era conhecida como o *Abstandsgebot* ou *Distanzierungsgebot* (STERN, 2006, p. 480), isto é, mandamento de distanciamento ou espaçamento entre uniões registradas e o casamento. No entanto, mais recentemente, com base no princípio da igualdade e a bem da proteção da autodeterminação sexual (*Schutz der sexuellen Selbstbestimmung*), o *BVerfG* igualou completamente as uniões homoafetivas e o casamento, concedendo completa equivalência, não apenas em direito de família (inclusive adoção), mas também no que diz respeito a todos os benefícios tributários e sucessórios. Entre as decisões que acabaram com o tratamento desigual, podemos incluir *BVerfG*, 1 BvR 1164/07, de 7.7.2009 e *BVerfG*, 1 BvR 611/07, de 21.7.2010, que terminou de conferir integral igualdade às duas situações. Ressalte-se que, no Brasil, a despeito dos julgamentos da ADI 4277 e da ADPF 132, as regras sucessórias de companheiro e cônjuge supérstites continuam distintas, com base, respectivamente, nos arts. 1790 e 1829 e seguintes, todos do Código Civil. Vale lembrar que o companheiro não é herdeiro necessário e que, ao concorrer, na vocação hereditária, com colaterais do falecido, recebe apenas um terço da herança, enquanto um cônjuge, em tal situação, obteria a totalidade dela.

intervenção em direito fundamental, não poderá o Estado reter dados de seus cidadãos. Este direito foi reconhecido pelo *BVerfG* (65, 1) como fundamental em 15 de novembro de 1983.

Trata-se de reconhecer a autonomia do sujeito quanto às informações que lhe dizem respeito, o que significa que a proteção dos bancos de dados é decorrência da tutela do direito geral da personalidade (HOFFMANN-RIEM, 1998, p. 505).

Todo banco de dados de informações desse tipo em poder do Estado ou de outra instituição (como as grandes corporações como *Facebook*, *Google*, *Yahoo*, etc.) deverá ter critérios claros de armazenamento de dados, submetido ao escrutínio público.⁷⁰ Da mesma forma, essas empresas só poderão ter em seu poder dados voluntariamente cedidos, os quais, por sua vez, não poderão ser usados para fins diversos dos especificados ou daqueles presumidamente aplicados ao caso. Isto é, se alguém entrega informações a uma empresa “A”, não é permitido a essa empresa repassar tais dados a uma outra.

Na Alemanha, é antiga a história do direito à autodeterminação informativa. Exigem-se critérios claros e normatizados para que o governo possua em seu poder dados sobre seus cidadãos.

Posteriormente, em caso emblemático (*BVerfG*, 120, 274), de relatoria do Juiz⁷¹ WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, decidiu-se que a Lei Fundamental reconhece o direito fundamental de garantia da confiança e integridade dos sistemas técnico-informativos” (*Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme*), apelidado, de forma concisa, de *Computer-Grundrecht* (LAMPRECHT, 2011, p. 299).

Consideram-se legítimos, por exemplo, os dados utilizados, de maneira moderada e proporcional, para fins de tributação, censo da população, prevenção de crimes ou condenação por reincidência (no caso do processo penal), etc.

O crivo da proporcionalidade é analisado, em casos como esse, sobretudo no seguinte aspecto: os métodos utilizados, as informações armazenadas e as justificativas dadas são coerentes? São aptos a atingir a finalidade à qual se aspira?

⁷⁰ cf. COSTA NETO, 2012, *passim*.

⁷¹ Na Alemanha, o título de um membro do *BVerfG* é “Juiz no Tribunal Constitucional Federal” (*Richter am Bundesverfassungsgericht* ou *Richter des Bundesverfassungsgerichts*). Não há, como no Brasil, o título “Ministro”, tampouco a qualificação *Justice*, como há nos EUA e - mais recentemente, após a criação da Suprema Corte do Reino Unido - na Inglaterra.

Esse tipo de garantia é tão mais relevante, quanto maior a utilização dos meios de comunicação virtual.

Da mesma forma que o direito sobre a própria imagem (*Recht am eigenen Bild*), a autodeterminação informacional é corolário do direito geral da personalidade (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*), o qual, por sua vez, tem amparo na dignidade humana. O direito geral da personalidade envolve, segundo a jurisprudência do *BVerfG*: (1) um direito à esfera privada, secreta e íntima; (2) o direito à honra e à disposição dos atributos pessoais, tais qual imagem, voz, etc.; (3) o direito de não receber falsas imputações, como a de ter ações não praticadas ou palavras não proferidas falsamente atribuídas a si (LENSKI, 2007, p. 141).

Ninguém pode ser obrigado a suportar que sua imagem ou informações a seu respeito sejam utilizadas para escopos alheios, salvo quando observadas as exigências qualificadas que se faz a esse tipo de intervenção na autodeterminação do sujeito ou quando ele mesmo, expressa ou tacitamente, anui ao uso desses atributos da personalidade.

No caso da invasão de banco de dados ou quebra de sigilos telemáticos, inclusive na “busca e apreensão *online*” (*Online-Durchsuchung*), exige-se a observância da reserva de juiz (*BVerfG*, 120, 274). A assim chamada reserva de juiz (*Richtervorbehalt*) é conceito análogo à reserva de lei (*Gesetzesvorbehalt* ou *Vorbehalt des Gesetzes*) e à reserva de parlamento (*Parlamentsvorbehalt*). Consubstancia, porquanto, exigência a ser cumprida pelo Estado quando da intervenção em espaço que, prioritariamente, não comporta sua ingerência ou que, apesar de comportá-la, exige uma cautela especial. Esse tipo de pré-requisito é particularmente utilizado quando da intervenção em órbitas jurídicas guarnecidas e abrangidas por direito fundamental.

A reserva de juiz estabelece uma segurança qualificada a ser observada quando da ação estatal que é por ela condicionada. Esse instrumento assecuratório acautela o bem jurídico em pauta por meio da atuação de uma instância neutra e independente (o juiz), que deverá, tanto quanto possível, buscar a melhor tutela possível para o direito concernente.

Essas reservas devem sempre ser interpretadas levando-se em conta que há uma presunção pró-direitos fundamentais, que milita em favor do indivíduo e contra a intervenção almejada, de modo que aquele que requer a limitação a um direito fundamental possuirá sempre um *onus probandi* particularmente gravoso.

Na jurisprudência da Corte (2 BvR 1444/00), é possível diferir no tempo a exigência estipulada pela reserva de juiz, quando, diante de perigo iminente ou perigo em curso (*Gefahr im Verzug*), for possível que o decurso do tempo seja suficiente para a destruição dos dados que deverão ser apreendidos. Assim, é lícito ao policial, diante de circunstâncias que autorizem essa atitude, reter, por exemplo, um computador onde há, inequivocamente, dados criminosos, se, e somente se, for plausível e provável que a demora em obter um mandado, por menor que seja, tenha o condão de inviabilizar a medida pretendida.

Em alguns casos, a mera demora em obter um mandado judicial torna inócua a medida buscada. Logo, difere-se no tempo a apreciação judicial do ato policial. Esse ato será, indistintamente, avaliado pela autoridade competente, que, ao ponderar, emitirá juízo sobre sua legitimidade. Contudo, o mero fato de a prova ter sido obtida sem autorização prévia, não a invalida, quando, e somente quando, for possível dizer que a inércia naquele instante teria sido suficiente para colocar em xeque a existência mesma das provas às quais se visa.

Isso ocorre especialmente com dados salvos em disquetes, CDs, *pendrives*, etc. Ressalte-se, nos termos do *BVerfG*, que a ordem judicial de uma busca (*Durchsuchung*) é a regra, a não judicial, a exceção (*die richterliche Anordnung einer Durchsuchung ist die Regel, die Nichtrichterliche die Ausnahme*).

A reserva do juiz é aplicável aos bancos de dados que envolvam informações privadas e às demais buscas de dados telemáticos. A exceção, no caso de perigo iminente (*Gefahr im Verzug*), também.

4.10 Dignidade humana após a morte: o *Mephisto-Urteil*

No item 3.9 *supra*, sobre titularidade da dignidade humana, tratou-se dos aspectos *post mortem* da dignidade humana. Neste momento do texto, é importante ressaltar que o *BVerfG* reconheceu o dever de proteção da dignidade humana mesmo no que tange a seres humanos já falecidos.

No *Mephisto-Urteil* (*BVerfG*, 30, 173), reconheceu-se a eficácia do direito fundamental à dignidade humana, bem como a proteção do direito geral da personalidade que lhe ínsito, ainda que após a morte. Na espécie, tinha-se um livro publicado sobre a vida de um ator alegadamente imaginário, de nome Hendrik Höfgen. Entretanto, as mais

diversas minudências da vida desse personagem condiziam quase que perfeitamente com detalhes da vida pessoal e biográfica do ator Gustaf Gründgens.

No texto, buscava-se mostrar, ainda que, transversalmente, por meio de um personagem supostamente fictício, como Gustaf Gründgens se teria aliado aos nazistas para ascender na carreira, colocando à margem quaisquer convicções políticas ou éticas.

A decisão em comento foi de prominente importância na história do *BVerfG* e desenvolveu diversos conceitos constitucionais, tendo particular relevo no que diz respeito à concordância prática (*praktische Konkordanz*). Ao que concerne o presente trabalho, a decisão consolidou a posição do *BVerfG* de que a tutela da personalidade (*Persönlichkeitsschutz*), enquanto decorrência da dignidade humana, também é assegurada em caso de pessoas já falecidas, ainda que, eventualmente, a concretização dessa tutela seja reclamada pelos parentes fiduciários ou herdeiros (*treuhänderisch Angehörige*) do falecido (STERN, 2010, p. 44). Não se reconheceu, na decisão, qualquer direito a alguém já falecido, o que não impediu que se assegurasse uma tutela *post mortem* da personalidade.

4.11 O *BVerfG* e a permissibilidade do aborto

No item 3.9, *supra*, mostrou-se que a doutrina alemã entende que a vida intrauterina está alcançada pela proteção da dignidade humana. Embora seja esse o caso, isso não impediu o legislador alemão de deixar impune a interrupção voluntária realizada no primeiro trimestre de gestação, o que foi declarado constitucional, em 1993, pelo *BVerfG*.

Sobre essa questão, a Corte proferiu duas decisões, em 1975 e em 1993, as quais foram objeto de esclarecimento no já mencionado item 3.9.

4.12 Eficácia do direito fundamental à dignidade humana nas relações privadas

Acrescente-se, ainda, que o *BVerfG* (103, 89) já decidiu, ademais, que, em uma relação contratual (*Vertragsverhältnis*) na qual uma das partes possui um tal peso, que ela é capaz de determinar, faticamente, o conteúdo contratual unilateralmente, é missão do direito, agir no sentido de preservar a manutenção das posições de direitos fundamentais de cada parte contratual, com o fito de evitar que, para uma parte do contrato, a autodeterminação converta-se em heterodeterminação (*dass in einem Vertragsverhältnis ein Partner ein solches Gewicht hat, dass er den Vertragsinhalt faktisch einseitig*

bestimmen kann, ist es Aufgabe des Rechts, auf die Wahrung der Grundrechtepositionen beider Vertragspartner hinzuwirken, um zu verhindern, dass sich für einen Vertragsteil die Selbstbestimmung in eine Fremdbestimmung verkehrt).

Esse é um exemplo, à luz do que coloca a doutrina, de eficácia do direito fundamental à dignidade humana em relação jurídico-privada (BUMKE; VOBKUHLE, 2008, p. 45).

5. A dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: um caso de trivialização e constitucionalização simbólica?

Em expressão praticamente intraduzível e muito citada pela literatura especializada, GÜNTER DÜRIG (1984, p. 134) já advertia que a dignidade humana não é “*kleine Münze*” (*Art. 1 I ist keine “kleine Münze”*). A lição permanece atual. A dignidade humana não é “moedas pequenas”, a saber, ela não deve ser tratada como esmola ou óbolos. Isso significa evitar a sua vulgarização, não se a invocando para solucionar questões de pouca relevância ou que possam ser resolvidas com base em outros preceitos constitucionais ou legais.

Deve fazer-se um esforço para que a dignidade humana não seja trivializada, tampouco invocada para solucionar questões de ordem banal. É imperioso que se valha dela com certa cautela e parcimônia, adotando-se critério de subsidiariedade, de modo a aplicar, primeiramente, os direitos fundamentais especiais e, posteriormente, a dignidade humana, que é um direito fundamental de liberdade geral. É o que recomenda a dogmática da teoria geral dos direitos fundamentais, em casos de concorrência de tais direitos (*Grundrechtskonkurrenz*) (MICHAEL; MORLOK, 2012, p. 57; DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 162; MENDES; BRANCO, 2011, p. 283; HUFEN, 2011, p. 90; MENDES, 2012b, p. 112).

5.1 A constitucionalização simbólica da dignidade humana no Brasil

MARCELO NEVES (2007a, pp. 19ss.) alerta, em seu texto *A Constitucionalização Simbólica*, para a utilização meramente simbólica de uma norma social, a qual é utilizada para apaziguar certos conflitos e causar sensação de conforto entre os membros da sociedade (NEVES, 2007a, p. 40). Nesse sentido, a constitucionalização da dignidade humana é vista como um grande avanço, como a pedra angular dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. Contudo, conquanto haja aprovação praticamente consensual e

unânime da constitucionalização de tal preceito, preserva-se, no Brasil, uma grande ambiguidade e imprevisibilidade quanto ao seu conteúdo.

Nesse sentido, a norma simbólica passa a possuir um papel de “legislação-álibi”, à medida que, na forma de uma ilusão, “(...) imuniza o sistema político contra outras alternativas, desempenhando uma função ‘ideológica’.” (NEVES, 2007a, p. 39).⁷²

Em derradeira instância, pode-se defender, de maneira coerente e plausível, que a invocação da dignidade humana passou a ser algo excessivamente comum na atividade judicante do Supremo Tribunal Federal. Hipostasiou-se, em diversos âmbitos, esse conceito, de modo a desfavorecer sua unidade e dificultar a delimitação de seu conteúdo do ponto de vista conceitual.

5.2 A contribuição da forma de deliberação no Supremo Tribunal Federal (STF) para a indefinição do conceito de dignidade humana

Por um lado, o funcionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) contribui para a pluralidade e indefinição das posições da corte, à medida que cada Ministro do tribunal vota, isoladamente, acerca do tema colocado em questão. Dessarte, de forma não pouco frequente, tem-se uma mesma decisão final e um mesmo dispositivo (e.g. improcedência dos pedidos deduzidos em uma ação direta de inconstitucionalidade). Entretanto, nessa mesma decisão, a diversidade dos fundamentos de cada Ministro pode, porventura, atribuir interpretações diversas e, por vezes, *incompatíveis*, de um dado preceito constitucional.

Esse é um traço marcante do funcionamento do STF, que, ao contrário da Suprema Corte americana, não possui uma “*opinion of the Court*”, e, tampouco, julga como os tribunais alemães, que emitem sempre uma decisão única, redigida, em conjunto, por todos os juízes.

Assinale-se, por exemplo, que, na Alemanha, os juízes são, em regra, proibidos de divulgar suas dissensões publicamente. Assim, embora tenha discordado da decisão do tribunal, que pode ter sido tomada, eventualmente, por apertada maioria, o juiz adere, pública e integralmente, à visão da corte. A única exceção, no Poder Judiciário alemão, ocorre no *Bundesverfassungsgericht*, única instância, na Alemanha, em que os juízes

⁷² Sobre as implicações do defendido por NEVES no que pertine aos direitos humanos especificamente e sobre o uso disso por HABERMAS em seu texto *Zur Verfassung Europas: Ein Essay*, cf. HABERMAS, 2011, pp. 30ss.; NEVES, 2007b.

podem divulgar, publicamente, seus votos vencidos e minoritários. Conquanto isso nem sempre seja feito pelos juízes do *BVerfG*, a prática é comum.

Sobre a fragmentação dos argumentos suscitados quando do proferimento de decisões pelo STF, A. D. ZAIDAN DE CARVALHO (2012, p. 237) afirma que não se pode “(...) negligenciar o fato de que a formação das decisões do Tribunal estão sujeitas à fragmentação do posicionamento dos onze membros, que podem articular um variado grupo de razões em seus votos, todas com um certo grau de importância para o julgado”.

Nesse sentido, o autor, após citar algumas decisões em que não houve uma verdadeira maioria, em virtude da absoluta incompatibilidade de diferentes linhas argumentativas adotadas, afirma que há uma grave impossibilidade de separar a *ratio decidendi* dos *obiter dicta* nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, sabe-se que o STF, ao julgar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (CARVALHO, 2012, p. 231):

“(...) pode fazê-lo com base em qualquer disposição ou princípio (explícito ou implícito) constante da Constituição, não se vinculando aos fundamentos apontados na inicial, e, embora o Tribunal esteja sujeito ao princípio da adstrição ou congruência, exigindo-se a correspondência entre o que foi deduzido no pedido e o disposto na decisão, sua aplicação tem sido feita de forma mitigada nos processos de controle concentrado de constitucionalidade, por meio do uso da técnica de declaração de inconstitucionalidade consequencial ou por arrastamento.”

Cumprido frisar, porquanto, que o funcionamento do STF não favorece a unidade da opinião da corte. Nesse sentido, é possível notar, a partir de um estudo empírico, a ser discriminado logo a seguir, que o conceito de dignidade humana vem sendo objeto de uso e abuso nos acórdãos do tribunal, o que pode importar (e talvez já importe) descrença generalizada dos atores sociais no que toca à definição do que seja, afinal, dignidade humana.

5.3 Dignidade humana como legislação-álibi e cinismo

O emprego abusivo da legislação-álibi, que pressupõe uma constitucionalização simbólica (NEVES, 2007a, *passim*), gera cinismo, na acepção sloterdijkiana, do termo (SLOTERDIJK, 1983, *passim*). Isto é, embora se possa defender que a dignidade humana, na jurisprudência do STF, passou a ser uma reserva de equidade (*Billigkeitsreserve*), continua-se a invocá-la. Às vezes, com o manifesto propósito de encontrar uma justificativa, por mais implausível juridicamente, para levar uma questão à corte. Não

porque se acredita que houve uma violação à dignidade humana, mas precisamente porque se sabe que a dignidade é uma interrogação e uma indefinição no sistema jurídico. Para PETER SLOTERDIJK (1983, *passim*), nesse sentido, o cínico ri, com escárnio, daquilo que ele sabe ser injusto ou violador de um dado referencial moderno (da Era Moderna) e metafísico. Contudo, ao invés de deixar-se de valer dele, ele utiliza tal referencial com fins de notório e hipócrita desvirtuamento.

Sobre a invocação arbitrária e oportunista de princípios, MARCELO NEVES (2012) escreveu, sobre a realidade brasileira, que:

Por um lado, a invocação aos princípios (morais e jurídicos) apresentava-se como panaceia para solucionar todos os males da nossa prática jurídica e constitucional. Por outro, a retórica principialista servia ao afastamento de regras claras e “completas”, para encobrir decisões orientadas à satisfação de interesses particularistas. Assim, tanto os advogados idealistas quanto os astutamente estratégicos souberam utilizar-se exitosamente da pompa dos princípios e da ponderação, cuja trivialização emprestava a qualquer tese, mesmo as mais absurdas, um tom de respeitabilidade. Isso tudo, parece-me, em detrimento de uma concretização jurídica constitucionalmente consistente e socialmente adequada.

Não se está a falar que essa postura cínica seja a regra quando da evocação da dignidade humana, por parte dos atores sociais, perante o STF ou demais tribunais, mas apenas que a indefinição generalizada quanto ao conteúdo desse conceito instiga esse tipo de postura indesejada.

Nessa hipótese, a adjudicação torna-se álea e, no lugar da atuação de uma corte, baseada na segurança jurídica e na previsibilidade de suas decisões, matizadas e balizadas pelas normas-princípios e normas-regras, passa-se a ter uma verdadeira “loteria jurídico-adjudicatória”.

5.4 Ambiguidade e trivialização

A ambiguidade e a trivialização permitem que partes de uma demanda ou julgadores utilizem-se da dignidade humana como uma cláusula ambígua, vaga e abrangente, a fim de ver declarada a inconstitucionalidade de um dado ato normativo. Nesse sentido, a dignidade humana pode tornar-se mero pretexto a encobrir, em uma dada decisão judicial, um sem-número de motivos ocultos. É marcante a facilidade e banalidade com que se

evoca e se recorre à dignidade humana, a fim de ver solucionadas as mais diversas e variadas questões.

Assinale-se, portanto, que, se, de fato, ocorreu em nosso sistema uma trivialização do conceito de dignidade humana e de seu conteúdo, ele torna-se pouco definível e assaz imprevisível, posto que⁷³ dotado de um relevante valor simbólico, que o faz ser quase que consensualmente aceito por todos os atores da sociedade.

Isso demonstra que a harmonia de propósitos, oriunda do consenso por trás da dignidade humana, se afigura aparente, já que, frequentemente, quando dois atores sociais distintos falam de dignidade humana, não estão a utilizar o mesmo referencial. Logo, usa-se o mesmo termo, acerca do qual há consenso, posto que não se esteja, na verdade, a falar sobre a mesma coisa ou o mesmo objeto. Esclarecedora é a seguinte afirmação do MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI, citada novamente no item 5.6.7, *infra*: “Interessantemente, tanto os que são favoráveis à interrupção extemporânea da gravidez, quanto os que são contrários a ela invocam, em abono das respectivas posições, de modo enfático, o princípio da dignidade humana.”⁷⁴

Nesse contexto, o conceito “dignidade humana”, em virtude da indeterminação de que padece no Brasil, passou a referir conteúdos cada vez mais distintos. Esse é, sem dúvida, um resultado pouco ou nada desejado em uma República que é também Estado de Direito (*rule of law*; *Rechtsstaat*) e que, por conseguinte, tem por corolário a segurança jurídica.

Essa excessiva flexibilização semântica passa a ser casuística e, mais do que apenas linguisticamente pragmática, ou seja, baseada nos diversos usos e jogos da linguagem, ela é, na verdade, arbitrária. Trata-se não de esclarecer diferentes contextos que alteram o significado do termo “dignidade humana”, mas de se atribuírem a ele significados, *ad hoc*, conforme a conveniência da ocasião, sem que seja possível definir, em absoluto, semelhanças, ainda que tênues, entre as diferentes acepções utilizadas.

5.5 Dignidade humana, Alice através do espelho e Humpty Dumpty

⁷³ Seguindo a gramática tradicional, utilizamos “posto que” como sinônimo de “embora”. Nesse contexto, julgou-se oportuno, a bem da clareza do texto, fazer consignar isso nesta nota de rodapé, haja vista que, sobretudo no Brasil, é corrente o uso da expressão com acepção distinta, embora gramaticalmente criticada.

⁷⁴ cf. Voto do MIN. RICARDO LEWANDOWSKI na ADPF 54.

Sobre a arbitrariedade semântica, é-nos lícito citar o célebre diálogo entre as personagens Alice e Humpty Dumpty, em *Through the Looking-Glass*, de LEWIS CARROLL (1872, p. 188), cujos grifos, abaixo, são do original:

‘When *I* use a word,’ Humpty Dumpty said, in rather a scornful tone, ‘it means just what I choose it to mean – neither more nor less.’

‘The question is,’ said Alice, ‘whether you *can* make words mean so many different things.’

‘The question is,’ said Humpty Dumpty, ‘which is to be master – that’s all.’

Sem a circunscrição semântica, feita *ex ante*, de um dado conceito, *all that matters is which is to be master*. Isso passa a ser, de fato, *tudo*.⁷⁵ Por isso, no lugar de soluções casuísticas, deve tentar-se, tanto quanto possível, definir o que seja dignidade humana, antes que a própria atividade adjudicatória, com base em tal direito fundamental, tenha lugar. Eventualmente, a jurisprudência institui novos contornos e transforma o conceito. Contudo, não se pode fazê-lo *ex nihilo* ou, mesmo, aleatoriamente. É preciso definir um ponto de partida, um conceito de dignidade humana, a ser obtido das decisões do STF, algo que, atualmente, se mostra difícil de ser encontrado.

5.6 Estudo empírico do conceito de dignidade humana na jurisprudência do STF

Passar-se-á, neste momento, a analisar algumas importantes decisões do STF que dizem respeito à dignidade humana. Tendo em vista o volume de acórdãos lavrados naquele Tribunal, seria impossível verificar todas as decisões pertinentes à dignidade humana. Dessa forma, selecionou-se, tanto quanto viável, uma amostra que fornecesse um panorama representativo.

5.6.1 A dignidade humana e a briga de galos: o caso da ADI 1856

Ao seu turno, o MINISTRO CEZAR PELUSO afirmou que a questão não está apenas proibida pelo artigo 225 da Constituição Federal. Segundo o Ministro:

Ela [a briga de galo] ofende também a dignidade da pessoa humana porque, na verdade, ela [a briga de galo] implica de certo modo um estímulo às pulsões mais primitivas e irracionais do ser humano (...) a proibição também deita raiz nas proibições de todas as práticas que

⁷⁵ Aplicando esse raciocínio, com base no citado excerto de *Through the Looking-Glass*, à *Judicial Review* como um todo, cf. HIRSCHL, 2004, p. 50.

promovem, estimulam e incentivam essas coisas que diminuem o ser humano como tal e ofende, portanto, a proteção constitucional, a dignidade do ser humano.⁷⁶

É possível notar um conceito fortemente heterônomo de dignidade humana no mencionado voto, prolatado pelo MINISTRO PELUZO. Se esse tipo de visão fosse majoritária na corte, seria possível, com igual razão, taxar tanto a prostituição, como a pornografia⁷⁷ ou o sadomasoquismo, com o rótulo de inconstitucionalidade, em virtude de violação da dignidade humana. Como visto, o conceito de dignidade humana que subjaz ao raciocínio do MINISTRO PELUZO é muito diverso daquele defendido na literatura estrangeira.

De acordo com o que prega a literatura estrangeira hodierna sobre dignidade humana, esse conceito envolve, precipuamente, um direito à autonomia e à autodeterminação. Na ilação estabelecida acima, utilizou-se a dignidade humana para concluir exatamente o contrário disso, a saber, para afirmar um direito do Estado de reprimir e controlar, nas palavras acima transcritas, as “(...) pulsões mais primitivas e irracionais do ser humano”, bem como de proibir “(...) todas as práticas que promov[a]m, estimul[e]m e incentiv[e]m essas coisas que diminuem o ser humano como tal”. Resta muito claro, segundo a visão do MINISTRO PELUZO, que as práticas a serem combatidas são aquelas definidas pelo próprio Estado, à revelia do que o cidadão decidiu para si mesmo e para sua vida, o que se revela, em verdade, contrário à dignidade humana.

5.6.2 Dignidade humana e tutela do meio ambiente no *Grundgesetz*

Na Alemanha, foi intensa, durante certa época, a discussão sobre existir ou não, no *Grundgesetz*, uma tutela dos animais não-humanos e da flora. A maior parte dos constitucionalistas alemães continuava a defender que a tutela da fauna e da flora não pode ser derivada da dignidade humana, que é irremediavelmente antropocêntrica (STERN, 2006, pp. 11, 53; JARASS, PIEROTH, 2011, p. 42).

⁷⁶ cf. Voto do MIN. CEZAR PELUZO na ADI 1856.

⁷⁷ Em sentido contrário à ilegitimidade ou antijuridicidade da pornografia, cf. o já clássico *Do We Have a Right to Pornography?*, publicado em *A Matter of Principle*, de RONALD DWORKIN, em 1985. CAROLINE WEST (2004) epitoma a visão de DWORKIN, acerca da pornografia, da seguinte maneira: “*For allowing such illegitimate ‘external’ preferences of a majority to dictate government policy would violate the right to moral independence of the producers and consumers of pornography. It would give moral majorities the power to dictate how members of minority or non-mainstream groups can live on the basis of the majority’s opinions about what sort of people are most worthy and what sorts of lives are worth living, and this violates the basic right of all individuals to be treated with equal concern and respect.*”

Com efeito, em 1994 e 2002, fizeram-se alterações na Lei Fundamental. Primeiramente, em 1994, para acrescentar o art. 20a, que, inicialmente, passou a prever um dever autônomo de proteção ao meio ambiente e à fauna. Posteriormente, em 2002, acrescentou-se a esse artigo a expressão “*und die Tiere*”, a fim de abarcar, expressamente, os animais sob o manto da tutela constitucional.

Vale mencionar que o art. 20a não está previsto no primeiro título do *Grundgesetz*, que prevê os direitos fundamentais. Esse fato deixa claro que, ao dever de proteção da fauna e da flora, não corresponde um direito. Direitos são atributos humanos, porque apenas seres dotados de dignidade (*Würde*) são titulares de direitos. Não obstante, o dano à fauna e à flora, independentemente de prejuízo humano e da violação de um direito subjetivo (e, como tal, humano), incorre na violação de um dever constitucional, oponível a todos os seres humanos. Trata-se, em termos kantianos, de uma obrigação imperfeita (*unvollkommene Pflicht*), porque, embora haja um dever, não há um direito concreto e individualizável que se lhe corresponda (KANT, 1785a, p. 421).⁷⁸

Sob outra perspectiva, o filósofo PETER SINGER (2011, cap. 3), um utilitarista e famoso defensor dos animais, também defende que, embora os animais não tenham (e não possam ter) direitos, isso não impede que, por exemplo, a tortura de um animal seja uma imoralidade.

Dissocia-se, porquanto, a proteção do meio ambiente dos referenciais antropocêntricos ínsitos ao conceito de dignidade humana. Essa solução afigura-se mais plausível do que buscar fundar a proteção de animais na dignidade humana, como tentou fazer o MINISTRO PELUZO no caso da ADI 1856 (briga de galos). Em especial, porque a Constituição Federal de 1988 é ampla garantidora do meio ambiente, inclusive do meio ambiente natural, contemplado em vários de seus dispositivos.

5.6.3 A dignidade humana, o limite da atuação do CNJ e o sigilo das sanções administrativas aplicadas a juízes: o caso da ADI 4638

⁷⁸ O mesmo ocorre, segundo KANT (1797, p. 447), com o dever de generosidade, do qual decorre o dever de ajudar ao próximo, mas não um direito individualizável e concreto de toda pessoa que se encontra em apuros ou em condições desfavoráveis de exigir ajuda. Sob pena de, por exemplo, aceitar-se, ainda que por motivos unicamente morais, que um mendigo tem motivos legítimos para exigir que uma dada pessoa deixe de gastar dinheiro com suas férias ou com a aquisição de um automóvel novo, para que o ajude a mitigar seu estado de mendicância. Essa posição, embora defensável, não parece ser compatível com várias das premissas de que partem nossos raciocínios morais, jurídicos e sociais.

Durante o julgamento da ADI 4638, que decidiu sobre o limite de atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a constitucionalidade da resolução de n. 135/2011 daquele órgão, o MIN. LUIZ FUX defendeu que, para que seja respeitado o princípio da dignidade humana, processos disciplinares contra magistrados devem ser sigilosos.

Naquele julgamento, restou assentado que não há exigência de sigilo na imposição das sanções de advertência e censura aplicadas pelo CNJ, ao contrário do que poderia levar a crer uma interpretação da Lei Orgânica da Magistratura (LOMAN). Neste ponto, o MIN. LUIZ FUX foi voto vencido. Segundo ele, existia uma contraposição entre a resolução de n. 135/2011 do CNJ e a LOMAN, a qual, a exemplo de outras leis federais, previa o sigilo das sanções aplicadas aos magistrados. De acordo com o MIN. FUX, em uma ponderação de valores, o princípio da dignidade da pessoa humana prevaleceria sobre o interesse público, o que levaria à conclusão de que a aplicação de sanções deveria ser sigilosa.

Embora o voto do MIN. LUIZ FUX não tenha prevalecido, ficou pouco claro, senão completamente obscuro, em que medida a dignidade humana estaria associada ao sigilo da aplicação de sanções. Presumidamente, a ilação feita pelo Ministro liga a dignidade humana ao direito à privacidade. Contudo, o exercício de tal direito, se justificado com base na dignidade humana, deve ser concedido a todos, indistintamente. Se um cidadão comum, ao ser processado criminalmente, não possui, em regra, o direito de que a ação penal seja sigilosa, parece ser pouco coerente invocar a dignidade humana para que, em processo administrativo-disciplinar, seja garantido tal sigilo aos juízes.

MARCELO NEVES (2012), fazendo a mesma crítica, explica que:

O apelo à dignidade da pessoa humana e à autoridade de Dworkin para justificar a manutenção de dispositivos da Loman que impunham o julgamento secreto dos magistrados (Lei Complementar 35/1979, artigo 27, parágrafos 2º e 6º, artigos 45, artigo 52, parágrafo 6º, artigo 54 e artigo 55) em contraposição a regras constitucionais claras, introduzidas pela Emenda Constitucional 45/2004 (Constituição Federal, artigo 93, incisos IX e X).

Dessa maneira, a inferência natural a ser extraída do argumento do MIN. LUIZ FUX seria a seguinte: a dignidade da pessoa humana pertence aos magistrados, não aos cidadãos comuns, julgados publicamente.

Todavia, a dignidade humana não protege classes. Ela é, na verdade, princípio do qual se deriva a isonomia. Logo, afirmar que a dignidade humana implica o trâmite sigiloso de processos administrativos contra juízes mina a credibilidade do conceito de dignidade

humana. De conformidade com a visão defendida no voto do MIN. LUIZ FUX, tal conceito parece padecer de uma crônica falta de clareza, assim como aparenta estar sendo manipulado, presumidamente, para fins particularistas e corporativos, o que não se sustenta conceitual e teoricamente. Infelizmente, esse não foi o único caso em que se utilizou da dignidade humana de maneira inapropriada.

5.6.4 A dignidade humana e a lei Maria da Penha

No julgamento conjunto da ADI 4424 e da ADC 19, ambas do Distrito Federal, discutiu-se se o Ministério Público poderia dar início a uma ação penal sem a necessidade de representação da vítima. De acordo com o art. 16 da lei de n. 11.340/06, “Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.”

Em regra, nos termos do art. 25 do Código de Processo Penal, a retratação da representação, condição de procedibilidade da ação penal, pode ocorrer até o oferecimento da denúncia e não exige maiores formalidades. Portanto, a lei de n. 11.340/06, no artigo acima mencionado, estipulou requisitos mais específicos para a renúncia (*reclitor*: retratação) à representação. O plenário do Supremo Tribunal Federal, entretanto, foi além do que previa a lei e, com base em princípios constitucionais, decidiu por atribuir interpretação conforme a Constituição aos arts. 12, inciso I, 16 e 41, todos da Lei 11.340/2006, de modo a assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal praticado mediante violência doméstica e familiar contra a mulher. Vale mencionar que, no acórdão em questão, há várias menções atrapalhadas e pouco consistentes sobre a suposta “falta de proporcionalidade” dos artigos aos quais se deu interpretação conforme (cf. AFONSO DA SILVA, 2002, *passim*).

No que concerne à dignidade humana, decidiu-se que ela seria incompatível com os artigos mencionados. Segundo o MIN. LUIZ FUX, “Vivemos a era da dignidade.”⁷⁹ Nos votos proferidos no caso ora em exame, há menções a IMMANUEL KANT, mas pouco se compreende de que maneira o fato de a ação penal, nos casos de lesão corporal contra a mulher, ser condicionada à representação da vítima vai de encontro aos pensamentos do filósofo.

⁷⁹ cf. Voto do MIN. LUIZ FUX na ADI 4424.

Na verdade, se se aceita que a dignidade humana é autonomia, então faz sentido deixar a cargo da mulher a decisão de representar ou não contra seu agressor, no que diz respeito a uma lesão corporal leve praticada contra si. Para isso, é necessário aferir se essa decisão diz respeito a uma esfera íntima da mulher, sobre a qual ela deve ter a última palavra. Ainda que não seja esse o caso, o importante é notar que há várias formas de chegar à conclusão de que a ação penal relativa a lesões corporais praticadas contra a mulher deve ser incondicionada. Todavia, nenhuma delas parece passar pela dignidade humana.

A todo momento, afirma-se, na decisão, que a mulher foi (e é) historicamente “subjugada”. Logo, quando o legislador escolheu dar a ela o direito de retratar-se da representação feita contra seu agressor ou mesmo quando o legislador lhe deu o direito de representar, ou não, contra tal agressor, esse legislador infraconstitucional tê-la-ia deixado “desprotegida”. Segundo a decisão, o legislador teria deixado desguarnecida uma importante esfera da vida da mulher, qual seja, aquela que envolve a vida, a integridade física e a liberdade sexual. A MIN. ROSA WEBER, por exemplo, asseverou que exigir da mulher agredida uma representação para a abertura da ação atenta contra a própria dignidade da pessoa humana, porque tal “(...) condicionamento implicaria privar a vítima de proteção satisfatória à sua saúde e segurança.”⁸⁰

De fato, a dignidade humana assegura a vida, a integridade física e a liberdade sexual. Contudo, não o faz de qualquer forma. Fá-lo a bem da autodeterminação. Isso significa que a vida, a integridade física e a liberdade sexual devem ser protegidas, de modo que cada indivíduo possa usufruir dessas garantias como bem entender. Não caberia ao Estado dizer a cada um como viver a própria vida, como proteger a própria integridade física ou como exercer a própria liberdade sexual.

Seria possível tornar incondicionada a ação penal nos casos de lesões corporais praticadas contra a mulher por questões de política criminal. Poder-se-ia alegar que, dessa forma, haveria uma diminuição do número de ocorrência de tais agressões, bem como que há um interesse social pungente em combater tais infrações penais. Contudo, nenhum desses argumentos guarda relação com a dignidade humana, o que demonstra o grave desacerto do acórdão lavrado quando do julgamento da ADI 4424. Em diversos momentos, os votos registrados nesse acórdão usam a dignidade humana como argumento

⁸⁰ cf. Voto da MIN. ROSA WEBER na ADI 4424.

meramente retórico para legitimar a decisão tomada, embora isso se mostre de todo inadequado, além de extremamente paternalista, o que é contrário à dignidade humana.

5.6.5 Dignidade humana e trabalho escravo: o Inquérito 2131 do STF

O inquérito de n. 2131, que tramitava no STF, dizia respeito a um caso em que, supostamente, um Senador da República teria reduzido vários trabalhadores rurais de uma de suas fazendas à condição análoga à de escravo. Nesse sentido, coube ao STF decidir sobre o recebimento, ou não, da denúncia, a fim de averiguar se havia o mínimo lastro probatório exigível para o início da respectiva ação penal.

Questão interessante do julgamento foi a seguinte: todos os ministros que votaram no caso invocaram a dignidade humana como argumento das respectivas teses. *Grosso modo*, eram duas as orientações dos membros do Tribunal.

A primeira defendeu que o tipo penal insculpido no art. 149 do Código Penal concretiza a dignidade da pessoa humana prevista na Constituição. Nesse sentido, vale transcrever o artigo:

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 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.

Muitos votos enfatizaram que a autonomia garantida pela dignidade humana é fática e real. Logo, nos casos previstos no artigo transcrito acima, conquanto se possa falar de uma liberdade formal ou abstrata, o trabalhador não tem, verdadeiramente, sua autonomia resguardada.

Uma segunda corrente, entretanto, entendeu que, justamente por tratar-se de questão ligada à autonomia fática do sujeito, seria necessário avaliar se as condições precárias em que se encontravam os trabalhadores da fazenda eram fruto da conduta do proprietário da fazenda, então indiciado, ou se elas eram quase que onipresentes naquela região. Alegou-se, por exemplo, que os trabalhos rurais da fazenda não tinham a mais básica infraestrutura à sua disposição não só na fazenda, mas em qualquer lugar daquela localidade, o que os obrigava a fazer suas necessidades fisiológicas a céu aberto, bem como a dormir em redes, em vez de camas. Esses fatos, contudo, eram próprios da cultura e da carência social daquela parte do país e não algo imputável ao Senador, então indiciado.

Ao final, chegou-se à conclusão de que se deveria receber a denúncia contra o parlamentar. Entretanto, discutiu-se intensamente, se, realmente, a autonomia daqueles trabalhadores havia sido, faticamente, tolhida. Isso porque, para a corrente minoritária, aquelas condições em que se encontravam os trabalhadores eram típicas daquela região do estado do Pará, uma vez que havia municípios inteiros desprovidos de todas aquelas instalações que, para os fiscais do trabalho - que entraram em contato com o Ministério Público Federal-, seriam provas evidentes de que o dono da fazenda estava a praticar o crime previsto no art. 149 do Código Penal.

Em todo caso, importante é perceber que ambas as correntes que se formaram quando do julgamento ora em análise invocaram a dignidade humana de modo a defender que ela só garante uma autonomia que é real e fática. Assim, embora os ministros do STF tenham chegado a conclusões diversas, isso não ocorreu, propriamente, por divergências quanto ao que seria a dignidade humana, mas sim por visões distintas das circunstâncias empíricas em que teria ocorrido o suposto fato criminoso.

5.6.6 A dignidade humana veda a anulação, depois de decorridos 5 (cinco) anos, de ato inicial de concessão de pensão ou aposentadoria?

No mandado de segurança de n. 28720, cuja origem é o Distrito Federal, assentou-se que a revisão de ato concessivo de pensão, por parte do Tribunal de Contas da União (TCU), após mais de 5 (cinco) anos da prática desse ato administrativo violaria a dignidade humana, prevista no art. 1º, III, da CF.

Nos termos do voto do relator, MINISTRO AYRES BRITTO, seguido unanimemente pela Segunda Turma⁸¹, reconheceu-se que:

(...) considerando o status constitucional do direito à segurança jurídica (art. 5º, caput), projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º) e elemento conceitual do Estado de Direito, tanto quanto levando em linha de consideração a lealdade como um dos conteúdos do princípio da moralidade administrativa (caput do art. 37), faz-se imperioso o reconhecimento de certas situações jurídicas subjetivas ante o Poder Público. Mormente quando tais situações se formalizam por ato de qualquer das instâncias administrativas desse Poder, como se dá com o ato formal de uma determinada aposentadoria.⁸²

Não parece haver dúvida de que a anulação de atos administrativos se sujeita ao prazo decadencial previsto no art. 54 da lei de n. 9.784. Logo, salvo comprovada má-fé do beneficiário, não se pode anular, administrativamente, um ato praticado há mais de cinco anos que tenha criado direitos. Tem-se, nessa hipótese, um exemplo de limitação da autoexecutoriedade, que é atributo comum aos atos administrativos, mas que é mitigada em favor da segurança jurídica e do Estado de Direito (*rule of law; Rechtsstaat*).

Não se afigura claro, entretanto, se, e em que medida, se pode derivar, do princípio da dignidade humana, a garantia do Estado de Direito ou a proteção da segurança jurídica que é ínsita a essa garantia. Esse ponto não apenas parece ser discutível e obscuro, como não é minimamente explicitado no voto cujo trecho foi citado acima.

5.6.7 Dignidade humana e células-tronco

Ao julgar a ADI 3510, o STF julgou improcedente ação que visava a declarar inconstitucional a lei de n. 11.105/05, chamada de Lei da Biossegurança, que autoriza, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não usados no respectivo procedimento, e estabelece condições para essa utilização. Durante o julgamento, muito se discutiu sobre a dignidade humana.

Em breves palavras, buscar-se-á sintetizar o que ficou assentado durante o julgamento quanto ao conceito de dignidade humana.

⁸¹ Estavam ausentes o MINISTRO GILMAR FERREIRA MENDES e o MINISTRO CELSO DE MELLO.

⁸² cf. Voto do MIN. AYRES BRITTO no MS 28720/DF.

Parece ser razoável concluir da leitura do acórdão em questão que o Supremo Tribunal Federal entendeu que a dignidade humana não implica uma proteção da vida intrauterina. No voto do relator, MINISTRO AYRES BRITTO, frisou-se bastante o entendimento de que a dignidade é “da pessoa humana”. Logo, não há uma “dignidade de embriões”. Segundo essa perspectiva, a dignidade humana está irremediavelmente ligada ao conceito de pessoa, isto é, ser humano que nasceu com vida.

Dessa forma, não há uma “pessoa por nascer”, porque pessoa é apenas aquela que já nasceu. Nesse contexto, asseverou-se “(...) que as pessoas físicas ou naturais seriam apenas as que sobrevivem ao parto, dotadas do atributo a que o art. 2º do Código Civil denomina personalidade civil, assentando que a Constituição Federal, quando se refere à ‘dignidade da pessoa humana’ (art. 1º, III), aos ‘direitos da pessoa humana’ (art. 34, VII, b), ao ‘livre exercício dos direitos... individuais’ (art. 85, III) e aos ‘direitos e garantias individuais’ (art. 60, § 4º, IV), estaria falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Assim, numa primeira síntese, a Carta Magna não faria de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa, e que a inviolabilidade de que trata seu art. 5º diria respeito exclusivamente a um indivíduo já personalizado.”⁸³

Conquanto se reconheça, no voto mencionado, a presença, no ordenamento jurídico infraconstitucional, de alguns “direitos do nascituro”, da vedação à gestante de dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo e do ato de não oferecer risco à saúde do feto, e da criminalização do aborto, concluiu-se que não se pode derivar daí um conceito de dignidade humana que alcance embriões humanos.

O voto do MINISTRO AYRES BRITTO foi seguido pela maioria do STF. Praticamente todos os ministros que seguiram Sua Excelência partilharam do entendimento de que apenas pessoas são dotadas de dignidade. Nesse particular, os votos do MIN. JOAQUIM BARBOSA e da MIN. CARMEN LÚCIA foram bastante claros.⁸⁴

O voto do MIN. CELSO DE MELLO, por exemplo, não reconhece que a lei impugnada violaria a dignidade. Contudo, ele enfatiza, positivamente, em seu voto, que as prescrições penais contidas na lei buscam “preservar” os embriões utilizados, de modo que sejam usados de maneira meticulosamente cuidadosa. Dessa forma, o ministro parece entender

⁸³ cf. Voto do MIN. AYRES BRITTO na ADI 3510.

⁸⁴ cf. Votos dos MINISTROS JOAQUIM BARBOSA e CARMEN LÚCIA na ADI 3510.

que a lei se encontra dentro da margem de conformação dada ao legislador, tendo em vista que tomou as cautelas necessárias para lidar com um espinhoso tópico.⁸⁵ Contudo, em nenhum momento, fica claro, durante o voto, se a lei é, ou não, uma ingerência (*Eingriff*), ainda que legítima, no direito à dignidade humana.

Já o voto do MIN. MARCO AURÉLIO é no sentido de que a dignidade humana inclui o direito à saúde e que, em virtude dos possíveis avanços científicos a serem obtidos por meio das pesquisas com células-tronco embrionárias, a Lei da Biossegurança seria verdadeira concretização da dignidade humana, sem apresentar-lhe qualquer contrariedade, nem mesmo potencial.⁸⁶

Nem todos os votos foram claros no que concerne a existir, ou não, uma proteção da vida intrauterina oriunda da dignidade humana, inclusive porque cinco ministros decidiram por dar interpretação conforme a Constituição a alguns dispositivos da lei. Certo é que, com base nos votos, ainda que tal proteção à vida intrauterina possa ser reconhecida, ela não abrange embriões humanos como aqueles descritos na Lei da Biossegurança. Ao final, prevaleceu o entendimento de que a lei é constitucional, sem que fosse necessário dar-lhe interpretação conforme.

Há ao menos um excerto doutrinário que parece sumarizar o entendimento que se pode deduzir dos votos, ainda que não muito transparentes, dos membros da Corte que compuseram a maioria prevalecente naquela oportunidade. Vejamos, porquanto, o seguinte trecho de CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA (2004, p. 47):

Em geral, os sistemas jurídicos afirmam que ser considerado pessoa em direito, vale dizer, dotar-se de personalidade para os fins de titularizar direitos, depende do nascimento com vida. Todavia, quanto aos direitos humanos, os direitos que cada ser humano titulariza não se há fazê-los depender da personalidade (...) Há que se distinguir, portanto, ser humano de pessoa humana. E, de pronto, há que se antecipar que o princípio da dignidade, que se expressa de maneira relevante quanto à pessoa humana, não se circunscreve a ela, senão que haverá que ser respeitado para a espécie humana, tomada esta em sua integralidade. (...) O embrião é, parece-me, inegável, ser humano, ser vivo, obviamente, que se dota da humanidade que o dota de essência integral, intangível e digno em sua condição existencial. Não é, ainda, pessoa, vale dizer, sujeito de direitos e deveres, o que caracteriza o estatuto constitucional da pessoa humana.

⁸⁵ cf. Voto do MIN. CELSO DE MELLO na ADI 3510.

⁸⁶ cf. Voto do MIN. MARCO AURÉLIO na ADI 3510.

O trecho acima deixa claro que a dignidade humana está ligada à ideia de pessoa. Logo, não há que se falar que a dignidade humana obstará pesquisas com células-tronco embrionárias. Entretanto, infelizmente, os vários votos proferidos durante o julgamento da ADI 3510, embora longos, não demonstram, com clareza, que motivos levam a dignidade humana a não abarcar os embriões de que trata a Lei da Biossegurança.

Como visto, alguns votos limitam-se a dizer que a dignidade humana protege a saúde e que, portanto, a lei dá-lhe efetividade. Entretanto, seria necessário esclarecer, primeiramente, se, em algum caso, a vida intrauterina está abrangida pela dignidade humana. Posteriormente, seria imprescindível explicitar melhor os motivos que fazem com que alguns tipos de vida intrauterina, como no caso dos embriões, não sejam objeto de tutela por meio da dignidade humana.

Os votos proferidos durante o julgamento da ADI 3510, ao menos do ponto de vista conceitual e doutrinário, parecem obscurecer, e não esclarecer, o que seja a dignidade humana. O STF perdeu uma propícia oportunidade para delimitar melhor os contornos desse importante conceito.

5.6.8 Dignidade humana e a interrupção da gestação de feto anencefálico

O Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, no julgamento da ADPF 54, no sentido de “(...) declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, I e II, do CP.” Decidiu-se, porquanto, que a legislação infraconstitucional brasileira não pode, à luz da Constituição, criminalizar a interrupção da gravidez no caso de feto anencefálico.

Como assinala o MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI, “Interessantemente, tanto os que são favoráveis à interrupção extemporânea da gravidez, quanto os que são contrários a ela invocam, em abono das respectivas posições, de modo enfático, o princípio da dignidade humana.”⁸⁷ Dessa forma, seria bastante útil esclarecer de que maneira se utilizou o conceito de dignidade humana durante o julgamento.

Não surpreendentemente, os votos quando do julgamento do mérito da ADPF 54 transbordavam de citações doutrinárias, como sói ocorrer em vários julgados do STF (CASSEB, 2012, *passim*). Entretanto, na maioria dos votos, não ficou bastante claro em

⁸⁷ cf. Voto do MIN. RICARDO LEWANDOWSKI na ADPF 54.

que medida a interrupção da gravidez guarda relação com a dignidade humana. Em geral, os votos repetiram, ainda que alguns o tenham feito *en passant*, que a dignidade humana implica direito à saúde e à integridade física. Em virtude disso, segundo destacou o relator do caso, MIN. MARCO AURÉLIO, a gestante não poderia ser coagida pelo Estado a carregar em seu ventre um feto que, por definição, estaria fadado a nascer morto ou a viver durante ínfimo e exíguo tempo.⁸⁸

O próprio MIN. MARCO AURÉLIO, em seu voto, associa a autonomia à dignidade, a fim de dizer que a gestante deve ter a prerrogativa de decidir sobre o feto que está em seu ventre. Essa perspectiva mostra-se interessante. De fato, se se aceita que só pessoas nascidas com vida são titulares de dignidade humana, então a gestante teria bons motivos para chamar para si a palavra final sobre continuar, ou não, grávida. Entretanto, não ficaria tão claro em que medida isso não geraria, *ipso facto*, a descriminalização do aborto *tout court*, algo de que os MINISTROS MARCO AURÉLIO, AYRES BRITTO e CARMEN LÚCIA, por exemplo, tentaram distanciar-se, ao dizer que essa seria uma questão completamente distinta da examinada quando do julgamento da ADPF 54.⁸⁹

Infelizmente, a maioria que prevaleceu naquela ocasião parecia querer negar, a todo custo, que não havia um conflito entre direitos ou princípios constitucionais. Em vez de assumir que fizeram um sopesamento de interesses e valores, alguns ministros simplesmente insistiram que a questão era muito clara e óbvia do ponto de vista constitucional.

Não há dúvidas de que outra poderia ter sido a mentalidade dos ministros. Partindo da ideia de que o Estado tem que se desincumbir de um ônus argumentativo para que possa interferir, legitimamente, na vida de alguém, poder-se-ia perguntar que interesse ele teria em obrigar alguém a carregar um feto que não tem perspectivas reais de sobrevivência. Logo, sob o crivo da proporcionalidade, o Estado buscaria proteger a vida intrauterina.

A criminalização do aborto de feto anencefálico mostra-se adequada para esse fim. Ao que tudo indica, ela também é necessária, já que é possível defender que não haveria outra medida *igualmente* eficaz apta a proteger o feto na mesma intensidade. Não há dúvidas de que a criminalização de uma conduta é algo incisivo e dificilmente uma

⁸⁸ cf. Voto do MIN. MARCO AURÉLIO na ADPF 54.

⁸⁹ cf. Votos dos MINISTROS MARCO AURÉLIO, AYRES BRITTO e CARMEN LÚCIA na ADPF 54.

medida não-penal teria o condão de proteger, na mesma medida, o bem jurídico tutelado, nomeadamente, a vida intrauterina.

Contudo, poder-se-ia alegar que o direito à autodeterminação estaria sendo sobremaneira tolhido. Dessa forma, a alta proteção da vida intrauterina só seria legítima se ela fosse ótima, ou seja, ela deve proteger, com alta eficiência, o bem jurídico tutelado e, de preferência, não prejudicar excessivamente os demais bens jurídicos.

Ao que parece, no caso dos fetos anencefálicos, restringe-se sobremaneira o direito de autonomia da mãe. Se, ao menos, isso servisse, realmente, para proteger o feto, não haveria maiores problemas. Ocorre que, por questões de ordem fática, o anencéfalo está condenado a, fatalmente, perecer. Não se trata de algo contingente, que pode ocorrer com qualquer recém-nascido, mas sim de uma necessidade médica: ele irá nascer morto ou morrerá pouco depois de nascer. Isso é assim, inclusive, por definição, pois do contrário não se trata de anencéfalo. Daí concluir-se que um direito ou princípio constitucional - o direito à autodeterminação - é extremamente onerado para que um outro - a proteção da vida intrauterina - seja minimamente favorecido. Ambos têm fulcro na dignidade humana.

Logo, pode argumentar-se, a criminalização dos fetos anencefálicos viola a proporcionalidade em sentido estrito e a otimalidade de Pareto, o que a torna desproporcional. O STF, entretanto, não adotou esse raciocínio. O MIN. LUIZ FUX foi aquele que mais perto passou dessa linha argumentativa, embora tenha levantado essa questão de maneira quase que incipiente.

Em vários momentos, o MIN. MARCO AURÉLIO, por exemplo, insiste na ideia de que não há quaisquer valores constitucionais em oposição. Ele afirma, categoricamente, que há apenas uma “aparente colisão de princípios”.⁹⁰ É difícil sustentar essa visão: (1) Ou a dignidade humana garante a autonomia da gestante para decidir se irá, ou não, levar a termo a gravidez, (1a) o que significa que todo ou quase todo aborto deve deixar de ser crime, (2) ou se reconhece que a vida intrauterina goza de algum tipo de legítima proteção estatal, possivelmente emanada da dignidade humana.

O voto médio, obtido a partir da leitura dos votos vencedores na ADPF 54, aceita (1), mas nega, explicitamente, (1a) e (2).

As exceções claras a esse esquema são os MINISTROS CELSO DE MELLO e GILMAR MENDES. Ambos foram consistentes ao pregar, em praticamente a integralidade de seus

⁹⁰ cf. Voto do MIN. MARCO AURÉLIO na ADPF 54.

votos, que os tipos penais em que o aborto está previsto simplesmente não criminalizam (e nunca criminalizaram) a interrupção de gravidez de feto anencefálico. Para o MIN. CELSO DE MELLO, tal aborto de feto anencefálico seria simplesmente atípico.⁹¹ Já para o MIN. GILMAR MENDES, embora típico, ele estaria amparado ou pelo estado de necessidade, ou pela inexigibilidade de conduta diversa.⁹² Se não se entendeu assim no passado foi por um erro anacrônico-interpretativo, que deixou de analisar acuradamente o contexto histórico em meio ao qual o Código Penal foi aprovado. Os dois votos são coerentes com as premissas de que partem.

Não obstante as exceções citadas, a opinião que, ao que tudo indica, prevaleceu no julgamento da ADPF 54 afirma que a dignidade não tutela o nascituro, em absoluto. Diz-se, adicionalmente, que a dignidade humana assegura apenas o direito à saúde e a autonomia reprodutiva da mulher. E, em qualquer hipótese, segundo o MIN. MARCO AURÉLIO, “(...) eventual direito à vida do feto anencéfalo, acaso existisse, cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde (CF, artigos 1º, III, 5º, caput e II, III e X, e 6º, caput).”⁹³ O voto de Sua Excelência, todavia, parte sempre do pressuposto de que o âmbito da dignidade humana não alcança a vida intrauterina.

Também a MIN. ROSA WEBER asseverou que do fato de que, cientificamente, o feto possui vida não se pode derivar que tal vida seja tutelada juridicamente ou que esteja abrangida pela dignidade da pessoa humana. Para a ministra, na melhor das hipóteses, há séria “(...) dúvida sobre aplicação da proteção à vida do feto anencéfalo, ao passo que inexisteria hesitação sobre os direitos fundamentais da gestante”.⁹⁴

Não se deve, portanto, como enfatizado pelo MIN. MARCO AURÉLIO, “(...) coisificar a mulher e ferir a sua dignidade”. Ela deve “(...) ser tratada como fim em si mesma, e não sob perspectiva utilitarista”.⁹⁵ Noutras palavras, em uma gravidez, só um ser tem dignidade: a mãe. Disse-se, ademais, que, na Constituição, não se encontra o direito à vida

⁹¹ cf. Voto do MIN. CELSO DE MELLO na ADPF 54.

⁹² cf. Voto do MIN. GILMAR MENDES na ADPF 54.

⁹³ cf. Voto do MIN. MARCO AURÉLIO na ADPF 54.

⁹⁴ cf. Voto da MIN. ROSA WEBER na ADPF 54.

⁹⁵ cf. Voto do MIN. MARCO AURÉLIO na ADPF 54.

ou à dignidade humana de quem ainda está por vir. Dessa forma, ausente um cogente interesse estatal, é mister deixar para a mãe a decisão de pôr fim, ou não, à gravidez.

Ora, se, de fato, não há conflito ou qualquer interesse legítimo do Estado a criminalizar ou a proteger a vida intrauterina, por que apenas descriminalizar o aborto de fetos anencefálicos?

Mais de um ministro afirmou que a questão ali posta era distinta da criminalização *tout court* do aborto, mas não foram dados argumentos consistentes para defender essa posição e discernir a alegada diferença entre as duas hipóteses. Na verdade, tudo indica que os fundamentos dados pelos Ministros que capitanearam a tese vencedora só podem fazer sentido, se se aceita que quase todo aborto deve ser legal.

Não ficou muito claro, outrossim, por que, exatamente, o feto não possui dignidade humana. É defensável asseverar que ele não a tem, mas esse ponto não parece ter sido suficientemente justificado e debatido no voto do relator e dos outros ministros responsáveis pela tese vencedora. O principal argumento consiste em dizer que a dignidade está restrita a pessoas humanas e que nascituros não são pessoas, o que levou o MIN. MARCO AURÉLIO a dizer que “(...) o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, seria juridicamente morto”.⁹⁶

Ao que consta, o voto mais lúcido e preciso, no que toca ao conceito de dignidade humana, dentre aqueles proferidos no julgamento da ADPF 54, é aquele de autoria do MIN. CEZAR PELUZO. Mesmo que não se concorde com a posição de Sua Excelência sobre a legitimidade do aborto em caso de feto anencefálico, é certo que o voto do MIN. PELUZO foi o mais coerente e consistente no que toca à interpretação do conceito de dignidade humana.

Em seu voto, o MIN. PELUZO deixou bastante claro que a dignidade humana abrange a natureza humana como um todo, sem que se possa fazer qualquer distinção arbitrária, e que a proteção da autonomia do nascituro consiste em, precisamente, ter seus interesses juridicamente salvaguardados. Às crianças ou aos recém-nascidos, não se concede a mesma autonomia dada aos adultos (até por não possuírem condições de exercê-la), o que não nos impede de reconhecer que ambos possuem dignidade. Nesse contexto, afirmou-se que “(...) os fetos anencéfalos, a menos que já estivessem mortos, são dotados de

⁹⁶ cf. Voto do MIN. MARCO AURÉLIO na ADPF 54.

capacidade de movimento autógeno, vinculada ao processo contínuo da vida e regida pela lei natural que lhe seria imanente.”⁹⁷

Para o MIN. PELUZO, se o anencéfalo morre, é porque estava vivo. Logo, o aborto seria verdadeira imposição de pena capital ao feto, o que atentaria contra a própria ideia de um mundo diverso e plural e contra a dignidade humana. Tal dignidade advém, segundo Sua Excelência, da incontestável ascendência e natureza humanas do feto. Discriminá-lo por meio de tratamento jurídico diverso não seria diferente do racismo, do sexismo e do especismo, uma vez que ignorar as qualidades pessoais e circunstanciais de cada um é decorrência da dignidade humana, na sua dimensão isonômica.

Nessa linha argumentativa, “(...) o simples fato de o anencéfalo ter vida e pertencer à espécie humana garantir-lhe-ia, apesar da deficiência, proteção jurídica e constitucional.”⁹⁸ Do contrário, ter-se-ia que admitir “(...) o assassinato de bebês anencéfalos recém-nascidos, já que apenas o momento da execução do ato seria distinto.”⁹⁹ Tanto a vida intrauterina quanto extrauterina guardam idêntico nível de dignidade constitucional, porque a dignidade humana não admite graus. Ninguém é ser humano de segunda classe.

Para o MIN. PELUZO, embora “(...) ainda sem personalidade civil, o nascituro seria investido pelo ordenamento, portanto sujeito de direito, não coisa ou objeto de direito alheio.”¹⁰⁰ De fato, se, nos termos dos votos anteriores, o nascituro não possui dignidade, teria ele a natureza jurídica de coisa? Não se pode, nessa perspectiva, vislumbrar, na ínfima possibilidade de sobrevida, na sua baixa qualidade ou na efêmera duração pressuposta, um argumento para, ignorando o valor supremo à vida humana, a qual não poderia ser relativizada segundo critérios sempre arbitrários, aceitar o aborto de feto anencefálico.¹⁰¹

Além disso, acrescentou-se, no voto, “(...) que falar-se em morte inevitável e certa seria pleonástico, dada sua certeza e inevitabilidade para todos. Desse modo, a duração da vida não poderia estar sujeita ao poder de disposição das demais pessoas.”¹⁰²

⁹⁷ cf. Voto do MIN. CEZAR PELUZO na ADPF 54.

⁹⁸ cf. Voto do MIN. CEZAR PELUZO na ADPF 54.

⁹⁹ cf. Voto do MIN. CEZAR PELUZO na ADPF 54.

¹⁰⁰ cf. Voto do MIN. CEZAR PELUZO na ADPF 54.

¹⁰¹ cf. Voto do MIN. CEZAR PELUZO na ADPF 54.

¹⁰² cf. Voto do MIN. CEZAR PELUZO na ADPF 54.

É plenamente possível discordar da conclusão a que chegou o MIN. PELUZO. Entretanto, o voto esmiúça várias das propriedades da dignidade humana, a fim de advogar que a vida intrauterina possui proteção constitucional. Os argumentos do voto, no que concerne à dignidade humana, estão colocados de maneira bem transparente e consistentemente concatenada.

Já os votos dos MINISTROS MARCO AURÉLIO, AYRES BRITTO, ROSA WEBER e CARMEN LÚCIA, conquanto se possa dizer que tenham chegado a um resultado aceitável e que poderia ser a conclusão de um raciocínio mais cuidadoso, não foram capazes de aplicar coerentemente o conceito da dignidade humana. Como visto acima, aplicando o princípio da proporcionalidade, seria possível concordar com o resultado final do julgamento. Em particular, com fundamento na proporcionalidade em sentido estrito e na otimalidade de Pareto, tratar-se-ia de uma conclusão sólida. Entretanto, a argumentação utilizada pelos julgadores referidos, e baseada na dignidade humana, é completamente inepta e atrapalhada.

Destaquem-se, em sentido oposto, as duas exceções já mencionadas, designadamente, os MINISTROS CELSO DE MELLO e GILMAR MENDES, que, julgando procedente a ação, adotaram outra linha de argumentação, coerente à luz das premissas de que ambos partiram e não baseada na dignidade humana.

5.6.9 Dignidade humana e uniões homoafetivas

Por intermédio da ADPF 132, o STF conferiu interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do Código Civil, a fim de garantir a possibilidade de casais homoafetivos constituírem uniões estáveis, tal qual casais heterossexuais. Alega-se que o STF teria extrapolado vários limites ao decidir dessa forma e que sua decisão seria evidente exemplo de ativismo judicial, consistente em “reescrever” o parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal. Há argumentos defensáveis, entretanto, para afastar a tese de que o dispositivo mencionado vedaria o reconhecimento de uniões homoafetivas. Alguns deles estão, inclusive, registrados no acórdão.

Em todo caso, não se pode deixar de registrar que, ao menos em um primeiro olhar, a decisão aparenta ser um tanto excêntrica, já que, por meio dela, o STF deu interpretação conforme a Constituição a um artigo do Código Civil que é praticamente idêntico a um artigo da própria Constituição, o que soa prepósteros.

Nada disso, contudo, é relevante para o presente texto. Aqui, mostra-se central perquirir sobre o uso do conceito de dignidade humana pelo STF quando do julgamento da ADPF 132.

Há vários pontos da decisão que recorrem à dignidade humana como fundamento para exigir do Estado a obrigação de tratar igualmente casais homossexuais e heterossexuais. No voto do MIN. AYRES BRITTO, relator do caso, deixou-se claro que a dignidade humana implica autonomia da vontade para definir as próprias preferências sexuais e para buscar a própria felicidade. Assentou-se, naquela ocasião, que uniões homoafetivas não violam direitos de terceiro e que não são vedadas por qualquer norma do direito brasileiro.

Se for assim, então, nos termos do MIN. AYRES BRITTO, a obrigação de o legislador reconhecer as uniões homoafetivas decorre da missão maior do Estado de garantir o “(...) livre desenvolvimento da personalidade de todos os indivíduos, permitindo que cada um realize os seus projetos pessoais lícitos.”¹⁰³ Todo projeto de vida, salvo se causar efetivo dano a outros, é “(...) merecedor de respeito, consideração e reconhecimento, inclusive jurídico.”¹⁰⁴

Não há dúvidas de que várias citações doutrinárias, inclusive de filósofos como Nietzsche e Hegel, constantes do acórdão da ADPF 132, são extremamente questionáveis e descontextualizadas, senão estapafúrdias. Contudo, salvo algumas inapropriadas mostras de falsa erudição, no que diz respeito ao uso do conceito de dignidade humana, o caso em questão parece ser um dos felizes exemplos em que o STF se valeu da dignidade da pessoa humana de maneira coerente e lúcida.

Em apertada síntese, o argumento de que lançou mão a maioria dos Ministros vem do fato de que, em geral, a dignidade humana garante uma autodeterminação sexual, isto é, quando se trata da esfera íntima e sexual de um indivíduo adulto e capaz, é imperioso garantir um amplo grau de autonomia, como ficou registrado no item 3.2, *supra*.

Poder-se-ia dizer que não reconhecer uniões estáveis não interfere na vida sexual ou afetiva das pessoas. Ocorre, todavia, que a prerrogativa de concertar as próprias relações jurídicas é um atributo de todo sujeito livre e racional. Daí a importância que possuem a

¹⁰³ cf. Voto do MIN. AYRES BRITTO na ADPF 132.

¹⁰⁴ cf. Voto do MIN. AYRES BRITTO na ADPF 132.

liberdade contratual, o direito à propriedade e a autonomia da vontade em sentido amplo, nos termos do item 4.3, *supra*.

Negar que qualquer indivíduo se case é algo lícito ao legislador? Instituir um regime único e obrigatório de regime de bens para todos, indistintamente, é permitido ao legislador? Ao que nos parece, *ceteris paribus*, não. Isso importaria agredir a prerrogativa de autodeterminação ínsita a cada um. Em certas esferas da vida do indivíduo, a ingerência estatal está subordinada a *onera argumentandi* tão graves, que ela praticamente nunca ocorre (ALEXY, 1994, p. 272) ou, pelo menos, não em algumas formas extremas, como acabar, *tout court*, com a instituição casamento.

Nas atuais circunstâncias fáticas e jurídicas, acabar com o casamento seria desproporcional, por onerar excessivamente a garantia constitucional de autonomia, sem favorecer outro interesse de envergadura constitucional, seja ele coletivo ou individual, em igual medida.

Por conseguinte, o cerne da questão em torno das uniões homoafetivas é saber, se, de fato, elas são análogas às uniões heterossexuais em tudo, salvo a diversidade do sexo das partes envolvidas. Se o forem, tudo indica que deve ser garantido aos homossexuais o direito de celebrar uniões estáveis e casamentos. Ambos os institutos trazem consigo uma série de possibilidades jurídicas que fortalecem os laços afetivos e dão segurança patrimonial.

É por isso que toda argumentação em favor das uniões homoafetivas tem o dever de rebater e refutar as teses que advogam ser a união homoafetiva essencialmente distinta da união estável entre heterossexuais. Uma vez feito isso, nenhum argumento mais é necessário, porque o ônus argumentativo cabe àquele que quer introduzir ou manter o tratamento desigual (ALEXY, 1994, p. 390). Logo, se se trata de uniões iguais em praticamente tudo, então a dignidade humana - que garante a autonomia, sobretudo em esferas existenciais, como a religião e a sexualidade - serve, automaticamente, para obrigar o Estado a estender os benefícios concedidos aos casais heterossexuais àqueles homoafetivos. Configurar-se-ia, nessa hipótese, uma clara omissão parcial do art. 1.723 do Código Civil.

Note-se que a questão, mais do que jurídica, é fático-ético-filosófica. A divergência está em saber se, entre os dois tipos de uniões, há alguma diferença relevante que justifique um tratamento diverso. Haveria, por exemplo, algum alentado interesse coletivo que

justificasse o não reconhecimento de uniões homoafetivas? Evidentemente, o STF respondeu essa pergunta negativamente.

5.6.10 Dignidade humana e mínimo existencial: o benefício de prestação continuada no Supremo Tribunal Federal

Viu-se acima, no item 4.2, que da dignidade humana se deriva a garantia do mínimo existencial. Vale lembrar, em poucas palavras, o porquê disso. Em primeiro lugar, reconhece-se que dignidade humana é autonomia. Em seguida, lança-se mão da premissa básica para o raciocínio de que não possui autonomia real e efetiva aquele que não possui os meios materiais mínimos para a sua manutenção fisiológica e para um certo grau de participação na vida em sociedade.

Logo, aquele que não possui os referidos meios materiais, isto é, um mínimo de recursos financeiros, está a ter a sua dignidade violada. Entende-se que a sua autonomia não está a ser verdadeiramente respeitada. Isso porque, em condições de extrema miserabilidade, não há consentimento livre e esclarecido. Toda vontade é, desde sempre, maculada e excessivamente tolhida pelas circunstâncias fáticas de extrema necessidade material. Assim, o indivíduo não tem meios de projetar-se e de escolher-se a si mesmo perante o mundo, o que também foi visto no item 4.3, *supra*.

Sem meios materiais mínimos, o ser humano não tem como perseguir a própria felicidade, já que isso pressupõe a capacidade de dispor, como lhe aprouver, dos recursos que possui. Justamente, porque ele não tem recurso algum ou, se os tem, porque os tem em quantidade excessivamente incipiente e quase desprezível, é que o ser humano sem o mínimo existencial está a ter sua dignidade violada.

Nesse contexto, como já mencionado no item 4.2, *supra*, a assistência social revela-se extremamente importante para salvaguardar o mínimo existencial. Sabe-se que, no Brasil, a seguridade social é dividida em: (1) saúde; (2) previdência social; (3) e assistência social.

Dessa forma, uma das marcas principais da assistência social é garantir benefícios pecuniários a pessoas que jamais contribuíram financeiramente para o sistema assistencial. A assistência não é contraprestacional. Ela está precipuamente fundada no princípio da solidariedade.

A condição para ser beneficiário do sistema assistencial é enquadrar-se em uma das hipóteses de contingência social previstas na Constituição e na legislação infraconstitucional. Basicamente, no Brasil, há um único benefício assistencial umbilicalmente ligado ao mínimo existencial. Trata-se do Benefício de Prestação Continuada (BPC), também chamado simplesmente de Benefício Assistencial.

A sua previsão legal encontra-se na Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS - Lei Federal de n. 8.742/93), a qual, por sua vez, concretiza aquilo que está contido no art. 203, V, da Constituição Federal.

Doutrinariamente, diz-se que a todo ser humano que se encontre no Brasil é garantido o direito a um mínimo existencial. Todo e qualquer ser humano que se encontre em situação de miserabilidade, derrelição e exclusão social faz jus a um mínimo pecuniário a ser garantido, em seu favor, pelo Estado. É importante notar, entretanto, que a Constituição Federal, em seu texto, só prevê benefício assistencial em dois casos.

O dispositivo constitucional (art. 203, V, CF) garante o benefício mensal de um salário mínimo aos idosos ou deficientes que “(...) comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.” Por sua vez, a lei em questão, a LOAS, estipula uma série de outras condições para a percepção do benefício. Aponte-se que o BPC só será pago, com base no art. 203, inciso V, da Constituição, a idosos e deficientes e não a seres humanos em geral.

Primeiramente, entende-se idoso como aquele que possui a partir de 65 (sessenta e cinco) anos (art. 20, *caput*, LOAS), ao contrário do que faz, por exemplo, o estatuto do idoso. Exige-se, ademais, para fins de comprovação da ausência de recursos financeiros, que o idoso ou deficiente tenha renda familiar *per capita* igual ou inferior a um quarto do salário mínimo (art. 20, parágrafo 3º, LOAS).

Diante do que se disse até agora a respeito do mínimo existencial, é possível falar em ocorrência de inconstitucionalidade por omissão parcial, também chamada de omissão relativa, no que concerne à LOAS? Dito de outra maneira: o legislador, ao elencar os requisitos legais de concessão do BPC, não teria sido excessivamente restritivo? Ele teria margem de ação (*Spielraum*) ou “discricionariedade” para definir idosos como aqueles maiores de 65 (sessenta e cinco) anos? A exigência de renda familiar *per capita* igual ou inferior a um quarto do salário mínimo é constitucional? Haveria um dever de proteção (*Schutzpflicht*), a ser derivado imediata e diretamente da dignidade humana - independentemente da previsão do art. 203, inciso V, da CF-, que obrigue o legislador a

instituir um benefício assistencial em favor de todos os seres humanos que estejam no Brasil e que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família?

Em linhas gerais, são essas as questões com as quais o Supremo Tribunal Federal se tem deparado no que diz respeito ao mínimo existencial. Tentar-se-á, de maneira resumida, explicar o que já foi sedimentado a respeito na jurisprudência do Tribunal, bem como aquilo que está em via de ser decidido.

5.6.10.1 Mínimo existencial para estrangeiros no Brasil?

O Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão proferida em 04 de junho de 2009, reconheceu a repercussão geral do recurso extraordinário de n. 5869704, cuja origem é São Paulo. O recurso foi interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) contra acórdão proferido pela 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado de São Paulo.

O acórdão recorrido, no mérito, manteve a condenação imposta à autarquia previdenciária, no sentido de conceder à autora da respectiva demanda, estrangeira residente no Brasil, o benefício de prestação continuada (BPC), previsto no art. 20 da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS).

Um dos argumentos suscitados na decisão foi, precisamente, o de que o benefício assistencial, cuja derradeira sede é a Constituição Federal (art. 203, V), consiste na “(...) garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”

O dispositivo refere-se a pessoas e não a brasileiros ou a brasileiras. O aspecto da nacionalidade afigura-se completamente prescindível, se se aceita que o disposto na Constituição tem por escopo salvaguardar o mínimo existencial.

Cuida-se, porquanto, de um direito fundamental estendível a todos. Na Alemanha, cunhou-se um conciso termo que epitoma essa ideia: *Jedermannsrecht*. Nesse contexto, há direitos fundamentais de qualquer um (*Jedermannsrecht*) ou um direito de qualquer pessoa, isto é, de todo ser humano. Diferentemente da maioria dos direitos políticos, que, em regra, são privativos dos cidadãos de um dado país, os *Jedermannsrechte* são direitos fundamentais que abrangem, indistintamente, todos os seres humanos, cidadãos ou não.

Nesse sentido, ressalte-se que o mínimo existencial, concretizado em parte pelo BPC, é corolário da dignidade humana e não da “dignidade dos brasileiros”, o que, à luz do conceito kantiano-jurídico de dignidade, seria até um contrassenso.

No Brasil, é certo que a Constituição estipula certos requisitos objetivos, como idade avançada ou deficiência, bem como a condição de miserabilidade (hodiernamente, renda *per capita* igual ou inferior a ¼ do salário mínimo), que condicionam o recebimento do BPC. Mas impõe-se observar que, uma vez preenchidos tais pressupostos, explicitamente previstos na Constituição, qualquer distinção ulterior se revela arbitrária, mormente se se cria uma distinção baseada em nacionalidade.

Desde há muito, reconhece-se a tese de que há direitos fundamentais localizados em outras partes da Constituição brasileira, além dos inscritos no art. 5º. Se isso procede, parece forçoso reconhecer que a previsão do art. 203, V, que institui o BPC, é um desses direitos. Em especial, porque funda um direito público subjetivo, justiciável, que concretiza princípios da Constituição, como a dignidade humana, bem como tutela a vida, a liberdade e a igualdade.

Feitas essas considerações sobre a garantia do mínimo existencial em favor estrangeiros, resta saber ainda se o critério de aferição de renda para a concessão do BPC é, ou não, constitucional.

5.6.10.2 A Constitucionalidade dos critérios de aferição de renda para concessão de benefício assistencial

Ao fazer um apanhado histórico das decisões do STF sobre o mínimo existencial, GILMAR FERREIRA MENDES (2012c, p. 2) afirma que:

O exame dos diversos casos revela um comportamento judicial peculiar, porém muito comum. A análise histórica dos modos de raciocínio judiciário demonstra que os juízes, quando se deparam com uma situação de incompatibilidade entre o que prescreve a lei e o que se lhes apresenta como a solução mais justa para o caso, não tergiversam na procura das melhores técnicas hermenêuticas para reconstruir os sentidos possíveis do texto legal e viabilizar a adoção da justa solução.

Muitos desses casos que chegaram ao Poder Judiciário envolviam o questionamento do requisito financeiro estabelecido pela lei, o qual “(...) começou a ter sua constitucionalidade contestada, pois, na prática, permitia que situações de patente

miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente” (MENDES, 2012c, p. 2).

Dessarte, o Supremo Tribunal Federal deparou-se com a questão quando do julgamento da ADI 1.232/DF. Sobre ela, temos que (MENDES, 2012c, p. 3):

A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal. O Procurador-Geral da República, acolhendo representação do Ministério Público Federal no Estado de São Paulo, ajuizou no STF ação direta de inconstitucionalidade (ADI 1.232/DF) que tinha por objeto o § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93. Em parecer da então Subprocuradora-Geral da República, Dra. Anadyr de Mendonça Rodrigues, o MPF manifestou-se por uma interpretação conforme a Constituição. A tese era a de que o § 3º do art. 20 da LOAS nada mais fazia do que estabelecer uma presunção *juris et de jure*, a qual dispensava qualquer tipo de comprovação da necessidade assistencial para as hipóteses de renda familiar *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo, mas que não excluía a possibilidade de comprovação, em concreto e caso a caso, da efetiva falta de meios para que o deficiente ou o idoso possa prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família.

O relator da ADI 1.232/DF, MINISTRO ILMAR GALVÃO, “(...) trouxe voto acolhendo a proposta do Ministério Público. A maioria, porém, dele divergiu. A tese vencedora, proferida pelo MINISTRO NELSON JOBIM, considerou que o § 3º do art. 20 da LOAS traz um critério objetivo que não é, por si só, incompatível com a Constituição, e que a eventual necessidade de criação de outros requisitos para a concessão do benefício assistencial seria uma questão a ser avaliada pelo legislador” (MENDES, 2012c, p. 4).

Com efeito, “(...) a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF foi julgada improcedente, com a consequente declaração de constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS” (MENDES, 2012c, p. 4). Algumas das consequências do resultado do julgamento são epitomadas, com acurácia, por GILMAR FERREIRA MENDES (2012c), o qual assevera que os juízes, sobretudo aqueles dos recém-criados Juizados Especiais, e os Tribunais começaram a encontrar maneiras de afastar o critério legal de aferição de renda em alguns casos de evidente miserabilidade.

Tratava-se de “(...) uma imposição que se fazia presente nas situações reais multifacetárias apresentadas aos juízes de primeira instância. Entre aplicar friamente o critério objetivo da lei e adotar a solução condizente com a realidade social da família brasileira, os juízes permaneceram abraçando a segunda opção, mesmo que isso significasse a criação judicial de outros critérios não estabelecidos em lei e, dessa forma, uma possível afronta à decisão do STF” (MENDES, 2012c, p. 4).

A Turma Nacional de Uniformização (TNU) chegou a editar uma súmula, a de n. 11 - atualmente cancelada-, segundo a qual a renda familiar *per capita* superior a um quarto do salário mínimo não obstaría o recebimento de benefício assistencial.

Em 2005, o Supremo voltou a deparar-se com a tese de que o parâmetro legal de aferição de miserabilidade seria inconstitucional. Sobre isso, temos que, no julgamento do agravo regimental na reclamação 2.303/RS (MENDES, 2012c, p. 5):

(...) o Ministro Ayres Britto, em voto-vista, chegou a defender a higidez constitucional e a compatibilidade com a decisão na ADI 1.232 dos comportamentos judiciais que, levando em conta as circunstâncias específicas do caso concreto, encontram outros critérios para aferir o estado de miserabilidade social do indivíduo. A maioria, no entanto, firmou-se no sentido de que, na decisão proferida na ADI 1.232, o Tribunal definiu que o critério de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo é objetivo e não pode ser conjugado com outros fatores indicativos da miserabilidade do indivíduo e de seu grupo familiar, cabendo ao legislador, e não ao juiz na solução do caso concreto, a criação de outros requisitos para a aferição do estado de pobreza daquele que pleiteia o benefício assistencial.

Finalmente, em 2012 - quando o STF se deparou novamente com a questão do BPC, nenhum dos Ministros que estavam presentes no julgamento da ADI 1.232 permanecia no STF. Os únicos Ministros que já faziam parte da composição de então e que continuavam a integrar a Corte, os MINISTROS CELSO DE MELLO e MARCO AURÉLIO, estavam ausentes no dia do julgamento da ADI 1.232. Logo, houve uma completa renovação da Corte, o que criou expectativas com relação a uma eventual mudança de posicionamento.

Em meio a esse ambiente, o STF iniciou o julgamento conjunto dos recursos extraordinários de ns. 567985 e 580963. Um pedido de vista do ministro Luiz Fux suspendeu o julgamento no dia 6 de junho de 2012. Até o momento, os votos dos MINISTROS GILMAR FERREIRA MENDES e MARCO AURÉLIO DE MELLO, relatores dos casos, definiram que o BPC deve ser pago, sim, quando outro membro da família receber aposentadoria do INSS ou benefício de outra ordem vinculado à seguridade social como um todo. Os relatores acolheram, em parte, os pedidos de declaração de inconstitucionalidade de dispositivo da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) que vedava o recebimento simultâneo (art. 20, parágrafo 4º, LOAS).

Tinha-se, na espécie, uma regra que era aplicável a idosos e a deficientes. Contudo, com o advento do estatuto do idoso (Lei Federal de n. 10.741/03), abriu-se uma exceção: o art. 34 da citada lei autoriza o recebimento de dois benefícios assistenciais de idoso, mas

não permite a percepção conjunta de benefício de idoso com o de deficiente ou de qualquer outro previdenciário.

No voto do MINISTRO MARCO AURÉLIO, constou claramente que o dispositivo configura clara concretização deficitária do que previu a Constituição Federal, sobretudo no que toca à dignidade humana (art. 1º, III, CF). Sobre a dignidade o Ministro afirmou que ela se decompõe em três fatores: “(...) a) valor intrínseco; b) autonomia; e c) valor comunitário.”¹⁰⁵ Segundo ele, o valor intrínseco é aquele que todo ser humano possui, “(...) independentemente de suas escolhas, situação pessoal ou origem.”¹⁰⁶ Segundo o Ministro “(...) deixar desamparado um ser humano desprovido inclusive dos meios físicos para garantir a própria manutenção, tendo em vista a idade avançada ou a deficiência, representaria expressa desconsideração do mencionado valor.”¹⁰⁷

No que tange à autonomia, o MIN. MARCO AURÉLIO afirmou que, enquanto decorrência da dignidade humana, ela “(...) protegeria o conjunto de decisões e atitudes a respeito da vida de um indivíduo.”¹⁰⁸ Para o Ministro, a garantia da dignidade humana implica “(...) a) a proteção jurídica do indivíduo simplesmente por ostentar a condição humana; e b) o reconhecimento de esfera de proteção material do ser humano, como condição essencial à construção da individualidade e à autodeterminação no tocante à participação política.”¹⁰⁹ Daí concluir-se que há “(...) certo grupo de prestações essenciais que se deveria fornecer ao ser humano para simplesmente ter capacidade de sobreviver e que o acesso a esses bens - mínimo existencial - constituiria direito subjetivo de natureza pública.”¹¹⁰

Esclareça-se que o MIN. MARCO AURÉLIO se recusou a declarar a inconstitucionalidade do parágrafo 3º do art. 20 da LOAS, que estipula a renda familiar per capita de um quarto do salário mínimo como pressuposto para o recebimento do BPC. Para ele, o valor está acima do que vários organismos internacionais consideram miséria. Além disso, ele é importante para orientar a atuação administrativo-estatal.

¹⁰⁵ cf. Voto do MIN. MARCO AURÉLIO no RE 567.985/MT.

¹⁰⁶ cf. Voto do MIN. MARCO AURÉLIO no RE 567.985/MT.

¹⁰⁷ cf. Voto do MIN. MARCO AURÉLIO no RE 567.985/MT.

¹⁰⁸ cf. Voto do MIN. MARCO AURÉLIO no RE 567.985/MT.

¹⁰⁹ cf. Voto do MIN. MARCO AURÉLIO no RE 567.985/MT.

¹¹⁰ cf. Voto do MIN. MARCO AURÉLIO no RE 567.985/MT.

No voto do MIN. MARCO AURÉLIO, registrou-se, por fim, que (1) o critério legal atualmente vigente é constitucional; (2) diante das peculiaridades do caso concreto ele pode afigurar-se inconstitucional, o que é a exceção e não a regra; (3) o mínimo existencial não é um valor fixo, pois os custos da sobrevivência física e da participação na sociedade variam. Por conseguinte, varia também o mínimo existencial, o que significa que o legislador tem o dever de atualizar, com uma certa periodicidade, o art. 20, parágrafo 3º, da LOAS.¹¹¹

Já o MIN. GILMAR MENDES, durante o julgamento conjunto dos recursos extraordinários de ns. 567985 e 580963, apontou a ocorrência de “(...) inconstitucionalização do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 (...) quer a partir de mudança nas circunstâncias fáticas, quer nas jurídicas, quer no plexo de relação entre ambas.”¹¹² Isso significa que o critério de aferição da miserabilidade já não se mostra consentâneo com o custo de vida atual. Logo, não apenas quem possui renda *per capita* familiar igual ou inferior a um quarto do salário mínimo está em situação de miserabilidade.

Insista-se, ademais, que, no caso do idoso que pleiteia BPC, por força do art. 34 do estatuto do idoso, não se computa na sua renda familiar *per capita* eventual benefício granjeado por outro idoso da família. Nesse sentido, o MIN. GILMAR MENDES constatou “(...) que o legislador incorreu em equívoco, pois, em situação absolutamente idêntica, deveria ser possível fazer a exclusão do cômputo do benefício, independentemente de sua origem. Do contrário, conferir-se-ia ao legislador não um poder discricionário, mas arbitrário.”¹¹³ Diante disso, reconheceu-se a omissão parcial da regra do referido art. 34, de modo que não apenas idosos, mas também deficientes sejam por ela vislumbrados, bem como se declarou a inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93, sem pronúncia de nulidade, mantendo-o válido até dezembro de 2014, prazo em que o legislador deverá fixar novo critério infraconstitucional de aferição de miserabilidade.¹¹⁴

Como indicado, o julgamento foi suspenso em virtude de pedido de vista.

¹¹¹ cf. Voto do MIN. MARCO AURÉLIO no RE 567.985/MT.

¹¹² cf. Voto do MIN. GILMAR MENDES no RE 580.963/PR.

¹¹³ cf. Voto do MIN. GILMAR MENDES no RE 580.963/PR.

¹¹⁴ cf. Voto do MIN. GILMAR MENDES no RE 580.963/PR.

5.6.10.3 Considerações finais sobre o mínimo existencial na jurisprudência do STF

A solidez e coerência dos votos proferidos pelos MINISTROS MARCO AURÉLIO e GILMAR MENDES formam o ponto alto da evolução do conceito de dignidade humana na jurisprudência do STF. Como se viu, há uma grande indeterminação daquilo que seja a dignidade humana. Vários são os julgados que fazem confusões bastante graves.

O mínimo existencial parece ser aquele tema concernente à dignidade humana que menos se mostra obscuro na jurisprudência do STF. Agora, com os dois mencionados votos, é possível falar que o Supremo Tribunal Federal caminha para uma definição mais clara dos motivos que levam o mínimo existencial a ser garantido pela dignidade humana, assim como para uma circunscrição melhor desse conceito.

Não é possível saber ainda se o atual critério de aferição de miserabilidade para fins de concessão de BPC será, ou não, considerado constitucional. Em qualquer caso, a argumentação utilizada até o momento, pelos dois citados Ministros, parece bastante adequada.

A questão cinge-se a definir se é possível abandonar o critério legal em casos concretos, afastando, episodicamente, a incidência da norma ou se se deve, desde logo, declará-la inconstitucional sem a pronúncia da nulidade. Não se trata mais, portanto, de definir o que seja, conceitualmente, a dignidade humana, mas sim de estipular a margem de apreciação de que detém o legislador para concretizar esse princípio.

Tudo indica que, se o STF não declarar a nulidade do parágrafo 4º do art. 20 da LOAS, ele irá, ao menos, ressaltar a possibilidade de o juiz, no caso concreto, afastar o critério objetivo previsto na lei, à luz das peculiaridades de casos concretos.

Já no que toca à concessão de BPC para estrangeiro, por tudo o que se falou e pela argumentação que o STF já vem adotando, parece não haver saída teoricamente aceitável que não seja reconhecer que estrangeiros também devem ser protegidos pela assistência social, já que se trata de concretização da própria dignidade humana, a qual, como tal, não se restringe a grupos nacionais, étnicos, etc.

5.6.11 Dignidade humana e revista íntima de empregados: o RE de n. 160.222

No recurso extraordinário de n. 160.222, cuidava-se de ação penal contra diretor-presidente de uma sociedade empresária responsável pela fabricação de peças íntimas de vestuário que submetia seus empregados e empregadas a uma revista ao final do dia de trabalho. A revista era autorizada por uma cláusula do contrato de trabalho e envolvia condutas bastante vexatórias e humilhantes.

Em primeira instância, o réu foi condenado. Em segunda instância, julgou-se procedente a apelação para absolver o réu. O recurso extraordinário foi interposto pelas vítimas do alegado crime de constrangimento ilegal e ex-empregadas da fábrica em questão.

Embora houvesse uma série de questões infraconstitucionais no caso, o que acabou sendo decisivo para o seu desfecho, isso não impediu o MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE de digressar, longamente, sobre o direito à intimidade das empregadas submetidas às revistas íntimas pelo empregador. Em última instância, reconheceu-se a ocorrência de prescrição, o que importou julgar prejudicado o recurso, por unanimidade.

Não há muito a falar sobre o caso. Entretanto, vale ressaltar que, em vez de basear seu voto quase que exclusivamente no direito à intimidade, o Ministro relator poderia ter invocado a dignidade humana em sua fundamentação. Basicamente, isso era possível por dois motivos.

Primeiramente, porque quaisquer cláusulas de contrato de trabalho que autorizem revistas íntimas são nulas, por não atenderem à exigência de consentimento livre e esclarecido, condição de validade dos negócios jurídicos. Não anui livremente aquele que, aderindo a um contrato, tem duas opções: abrir mão de trabalhar, o que possivelmente irá colocar em xeque sua sobrevivência, ou aceitar uma cláusula evidentemente ilegal.

Escolher algo *on pain of starvation* não é, verdadeiramente, escolher, como se viu no item 2.6, *supra*. Se a autonomia garantida pela dignidade humana deve ser fática e real, então há de se reconhecer um vício na declaração de vontade (*Mangel in der Willenserklärung*) nesse caso.

Acrescente-se que a intimidade é uma decorrência da dignidade humana. Ou seja, em esferas extremamente pessoais da vida de alguém, exige-se do Estado distância. Se, em qualquer caso, o Estado precisa de uma legitimação para tolher a liberdade negativa ou jurídica do cidadão, essa exigência intensifica-se muito quando se trata de esferas

reconhecidamente íntimas, como ocorre, notadamente, com a sexualidade e a religiosidade, por exemplo.

Nesse sentido, em casos futuros que envolvam questões análogas, não há dúvida de que o Supremo Tribunal Federal tem bons motivos para invocar a dignidade humana como norma apta a garantir um último refúgio para o indivíduo, bem como para proteger suas convicções mais particulares. É o que ocorreu, com acerto, no caso das uniões homoafetivas, analisado no item 5.6.9, *supra*, e tende a ocorrer quando se está a falar, em geral, da esfera íntima e sexual de um indivíduo adulto e capaz, conforme o item 3.2, *supra*.

5.6.12 Dignidade humana e aplicação de estatuto pessoal distinto para empregado estrangeiro: o RE de n. 161.243

Viu-se que o empregado que assina contrato que contém cláusula que lhe seja extremamente desfavorável é, em certo sentido, forçado a fazê-lo. Daí não se reconhecer a validade jurídica do contrato, por entender-se que ele carece de um efetivo consentimento. Esse raciocínio também foi empregado quando do julgamento do recurso extraordinário de n. 161.243. Leia-se, a propósito, a sua ementa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido.

Um dos argumentos utilizados pelo STF no caso ora em exame foi justamente a violação da dignidade humana, que, segundo os Ministros de então, vedaria uma série de condutas discriminatórias, inclusive aquela que distingue o estatuto pessoal de empregados pela simples nacionalidade.

5.6.13 Dignidade humana, segurança jurídica e concessão de terras públicas

Em março de 2012, o STF analisou ação cível originária em que o plenário, por maioria, julgou improcedente pedido formulado pela União, em 1959. Na ação, pretendia-se declarar a nulidade de contratos por meio dos quais o antigo estado do Mato Grosso outorgara a diversas empresas colonizadoras a concessão de terras públicas com área superior ao limite previsto na Constituição de 1946 (ACO 79/MT, rel. MIN. CEZAR PELUSO, julgado em 15.3.12). Embora se tratasse de caso de evidente inconstitucionalidade, prevaleceu o voto do MIN. CEZAR PELUSO, relator do caso, que, em nome da segurança jurídica e da absoluta excepcionalidade do caso, declarou a subsistência e a validade do contrato de concessão e dos atos jurídicos praticados com base nele até os dias de hoje.

Naquela ocasião, de maneira pouco compreensível, o MIN. LUIZ FUX destacou que aquela decisão, “(...) em prol da estabilidade social, influiria, também, na dignidade humana daqueles povoados que já estariam ali há mais de sessenta anos.”¹¹⁵

Não se consegue entender que contribuição argumentativa a dignidade humana seria capaz de dar para a solução do caso. Ao que tudo indica, trata-se de mais um uso completamente obscuro e desparatado do conceito da dignidade humana, o que só contribui para a sua indeterminação, para a perda da sua credibilidade e, em derradeira instância, para a perda da confiança depositada no próprio STF.

5.7 Dados estatísticos e breves considerações sobre a orientação do Supremo Tribunal Federal no que concerne à dignidade humana

Uma singela busca no banco de dados eletrônico de decisões do STF mostra-se sintomática, ao revelar dados estatísticos sobre o uso dos termos “dignidade” e “humana” em decisões do Tribunal.¹¹⁶

Ao todo, uma busca dos termos “dignidade” e “humana”, unidos pela conjunção “e”, faz surgir, como resultados, 216 acórdãos, 1599 decisões monocráticas, 155 menções em informativos, e apenas um recurso com repercussão geral reconhecida. É esse o total de casos julgados pelo STF em que os termos em questão foram usados.

¹¹⁵ cf. Voto do MIN. LUIZ FUX na ACO 79/MT.

¹¹⁶ Pesquisa feita em 7 de novembro de 2012.

Por sua vez, com base somente no termo “dignidade”, surgem, após a busca, 309 acórdãos, 2244 decisões monocráticas e 244 menções em informativos. Por fim, os termos “dignidade”, “pessoa” e “humana”, unidos por conjunções “e”, dão lugar a 200 acórdãos, 1478 decisões monocráticas e 133 menções em informativos.

Não obstante o alto número de decisões, não há quaisquer súmulas, vinculantes ou não, que se valham de alguma dessas expressões. Esse ponto é sintomático, já que não há qualquer súmula, dentre as 768 (32 vinculantes e 736 súmulas ordinárias), que busque consolidar o que se entende por dignidade humana ou dignidade da pessoa humana, embora essas sejam expressões comuns nos julgados da Corte.

As buscas no banco de dados do STF também mostram posturas distintas entre os Ministros. No caso do MINISTRO DIAS TOFFOLI, por exemplo, é possível notar um esforço consciente no sentido de não banalizar a utilização do conceito de dignidade humana. Dentre todas as várias demandas relatadas por Sua Excelência, apenas em 6 (seis) acórdãos, consta o termo “dignidade da pessoa humana”.

E, ainda assim, em um dos casos, o termo é usado para acomodar a fundamentação de outros ministros, já que o próprio MINISTRO DIAS TOFFOLI consignou, expressamente, que não se tratava, na sua opinião, de hipótese de incidência de tal princípio (RE de n. 363.889/DF, rel. MIN. DIAS TOFFOLI, julgado em 02.06.2011). Além de fazê-lo em seu voto por escrito, o Ministro divergiu, oralmente e em plenário, do MINISTRO LUIZ FUX que, no julgamento do mencionado recurso extraordinário, insistia em invocar a dignidade humana para respaldar sua posição.

Fica claro, dessa forma, mormente se se leva em conta o volume de ações submetidas ao crivo dos Ministros do STF, que há uma tentativa, por parte do MINISTRO DIAS TOFFOLI, de não banalizar a “dignidade humana”, a fim de evitar o que ele próprio chama de “panprincipiologismo”. Ressalve-se, todavia, que o MIN. DIAS TOFFOLI se valeu dos termos “dignidade” e “humana” em 157 decisões monocráticas, um número considerável.

Por sua vez, o MINISTRO GILMAR MENDES valeu-se dos termos “dignidade” e “humana” em 52 dos acórdãos por ele relatados. Como se trata de Ministro que se encontra no STF há consideravelmente mais tempo do que o MINISTRO DIAS TOFFOLI, é justificável que o número de menções seja maior. Ocorre que ele é não apenas maior, mas sim consideravelmente maior. É possível perceber, porém, que o MIN. GILMAR MENDES, embora tenha usado os termos “dignidade” e “humana” com frequência, usa-os de maneira

sistemática e com precisão, o que faz ser possível invocar o conceito de dignidade humana, sem trivializá-lo.

Em praticamente todos esses casos relatados pelo MINISTRO GILMAR MENDES, tratava-se de matéria de cunho penal. Neles, ficou assentado que o Estado não pode perseguir criminalmente um indivíduo sem que tenha um fundamento plausível. Não se deve agredir a órbita privada do indivíduo, em violação do que é chamado, no direito alienígena, de prioridade da liberdade, sem que se reúnam “(...) elementos concretos que atestem a real necessidade de iniciar a persecução penal” e que, por conseguinte, forneçam uma “justa causa” para a atuação persecutória ou punitiva do Estado.

No que toca ao MINISTRO AYRES BRITTO, há apenas 28 acórdãos relatados por Sua Excelência que contêm os termos “dignidade” e “humana”. Contudo, 343 decisões monocráticas proferidas pelo MINISTRO AYRES BRITTO contêm esse termo. Noutras palavras, o MINISTRO AYRES BRITTO, em decisões monocráticas, utilizou os termos “dignidade” e “humana” mais vezes do que qualquer outro Ministro do STF que ainda compõe a Corte. O segundo lugar em número de uso dos termos “dignidade” e “humana” em decisões monocráticas é ocupado pela MIN. CARMEN LÚCIA, que o fez 232 vezes.

Quantitativamente, o MIN. RICARDO LEWANDOWSKI valeu-se poucas vezes dos termos “dignidade” e “humana”. Há apenas 7 (sete) acórdãos e 76 decisões monocráticas de Sua Excelência nesse sentido. Os números dos MINISTROS JOAQUIM BARBOSA e MARCO AURÉLIO são bastante semelhantes aos do MIN. RICARDO LEWANDOWSKI.

Curiosamente, o MIN. LUIZ FUX, que, como visto, invocou a dignidade humana em momentos de duvidosa aplicação do conceito, usa-o em apenas 7 (sete) dos acórdãos por ele relatados. Presumidamente, a questão está ligada à qualidade e não propriamente à quantidade das menções. No caso do MIN. GILMAR MENDES, por exemplo, tem-se um número muito maior de casos em que se faz uso dos termos “dignidade” e “humana”. Contudo, o uso é bastante adequado e delimitado. Cuida-se de hipóteses de persecução penal, por parte do Estado, sem um mínimo de provas a legitimar a interferência na liberdade jurídica do indivíduo. Dessa forma, em tais casos, a atuação estatal carece de ponderável interesse coletivo e de justificativa plausível, o que implica garantir a autonomia, que, segundo a dignidade humana, deve ser sempre a regra.

O MIN. LUIZ FUX, por outro lado, conquanto faça pouco uso dos termos “dignidade” e “humana” nos acórdãos de sua relatoria, lançou mão desse conceito durante o

juízo de processos de relatoria de outros Ministros e, frequentemente, fez isso de maneira inadequada e obscura, como visto acima.

Aderindo ao que foi defendido por MARCELO NEVES (2012), é plausível concluir que vários dos casos mencionados que foram julgados pelo STF:

(...) apontam para a trivialização e a inconsistência no tratamento dos princípios constitucionais por parte do STF [no caso deste trabalho, especificamente, o princípio da dignidade humana]. Tal situação de confusão jurisprudencial relaciona-se com o fascínio doutrinário, que se expressa no lugar comum do chamado “neoconstitucionalismo”, ao relacionar os princípios com a democracia e as regras com a postura autoritária. (...) salvo algumas exceções, tratava-se, mais uma vez, de importação acrítica de construções teóricas e dogmáticas, sem o crivo seletivo de uma recepção jurídico-constitucionalmente apropriada. Em grande parte, configurava-se a banalização de modelos principiológicos, desenvolvidos consistentemente no âmbito de experiências jurídicas bem diversas da nossa.

No item 3.10, *supra*, por exemplo, tentou-se mostrar que a dignidade humana não deveria ser utilizada como base para combater o discurso do ódio. Se isso deve ser feito, então só se o poderá fazer, de maneira plausível, se se invocar outras regras ou princípios, que não sejam a dignidade humana. Isso porque grupos, coletivamente designados, não têm dignidade humana.

Entretanto, essa não parece ser a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, já que, “(...) No caso *Ellwanger* (HC 82.424/RS, julg. 17/11/2003, DJ 19/03/2004), por exemplo, negou-se caráter absoluto à liberdade de expressão para afirmar a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana, conforme um modelo de sopesamento. Já no julgamento da *ADPF 130/DF* (julg. 30/04/2009, DJe 06/11/2009), prevaleceu, nos termos do voto do relator, a tese com essa incompatível, ou seja, a de que a liberdade de expressão não é norma-princípio e, portanto, não é sopesável.” (NEVES, 2012).

Conquanto seja discutível se a dignidade humana veda ou não o discurso de ódio direcionado contra grupos e não contra indivíduos especificamente, claro está que o Supremo Tribunal Federal se tem pronunciado de maneira incoerente, vacilante e confusa no que tange à dignidade humana.

Os diversos casos comentados demonstram que o Supremo Tribunal Federal, em um número considerável de oportunidades, utilizou-se da dignidade humana de maneira pouco clara. Essa atitude favorece a imprevisibilidade das decisões da Corte e mina a sua credibilidade. Viu-se que houve momentos de lucidez por parte do STF no que tange ao

uso do conceito de dignidade humana. Designadamente, nos recentes casos envolvendo o mínimo existencial e as uniões homoafetivas, tem-se uma série de argumentos fundada na dignidade humana, sem que isso implique incoerência e inconsistência.

Não obstante, os dois casos citados parecem ser a exceção, em meio a um conjunto confuso de pronunciamentos do STF acerca da dignidade humana. Ficou claro que, em algumas oportunidades, os erros cometidos não foram fruto do Tribunal como um todo ou sequer de uma maioria dos seus integrantes, mas sim de um ou dois Ministros, isoladamente (cf., acima, os itens 5.6.1, 5.6.3, 5.6.6 e 5.6.13, por exemplo). Conquanto seja esse o caso, afigura-se plausível afirmar que a postura de um membro da Corte, mesmo que se trate só de um, sobretudo quando quase caricata, diminui o STF enquanto instituição.

Viu-se, outrossim, que houve casos em que o Tribunal como um todo ficou a dever uma definição mais clara do que seja dignidade humana, bem como não conseguiu esclarecer, nos fundamentos das respectivas decisões, em que medida a dignidade humana era capaz de amparar uma determinada tese jurídica (cf., acima, os itens 5.6.4, 5.6.7 e 5.6.8, por exemplo).

Tudo indica que o STF, enquanto instituição, precisa preocupar-se mais com a conceituação, ainda que aproximada, do que seja dignidade humana, algo que não foi feito a contento até o momento.

6. Dignidade humana na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH)

Como asseverado na introdução (item 1, *supra*), a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia prevê a dignidade humana em seu artigo 1º, cuja redação é a seguinte:

A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida.

A semelhança da literalidade do dispositivo com o art. 1º do *Grundgesetz* é ostensiva e incontornavelmente perceptível. A prescrição da Carta está contida no título I, denominado “Dignidade”. Esse título abrange os seguintes artigos, que pedimos licença para transcrever:

TÍTULO I DIGNIDADE

*Artigo 1.o***Dignidade do ser humano**

A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida.

*Artigo 2.o***Direito à vida**

1. Todas as pessoas têm direito à vida.
2. Ninguém pode ser condenado à pena de morte, nem executado.

*Artigo 3.o***Direito à integridade do ser humano**

1. Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua integridade física e mental.
2. No domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente:
 - a) O consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei;
 - b) A proibição das práticas eugénicas, nomeadamente das que têm por finalidade a selecção das pessoas;
 - c) A proibição de transformar o corpo humano ou as suas partes, enquanto tais, numa fonte de lucro;
 - d) A proibição da clonagem reprodutiva dos seres humanos.

*Artigo 4.o***Proibição da tortura e dos tratos ou penas desumanos ou degradantes**

Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas desumanos ou degradantes.

*Artigo 5.o***Proibição da escravidão e do trabalho forçado**

1. Ninguém pode ser sujeito a escravidão nem a servidão.
2. Ninguém pode ser constrangido a realizar trabalho forçado ou obrigatório.
3. É proibido o tráfico de seres humanos.

Percebe-se, ante o exposto, que os artigos citados, desde o 1º ao 5º compõem o título mais abrangente intitulado “dignidade”. Logo, o direito à vida, a proibição da tortura, da escravidão e das penas de morte ou degradantes são decorrências da dignidade assegurada a todos os seres humanos.

Os artigos 2º, 3º e 4º, oriundos da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), são muito semelhantes, respectivamente, aos artigos 2º, 3º e 4º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH).

Na CEDH, não se faz menção, expressamente, à dignidade ou à dignidade humana. Contudo alguns dos elementos que a concretizam, como o direito à vida, a proibição da tortura, etc., já estão presentes na CEDH. Logo, desde 1959, quando se instituiu o Tribunal

Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), criou-se uma corte supranacional que definiu o que se entende, ao nível de Europa, por dignidade humana.

Mencione-se que qualquer conflito entre o TEDH e Tribunais nacionais ou entre o TEDH e governos dos Estados-membros é eminentemente transconstitucional, pois não há hierarquia entre os órgãos envolvidos, muito embora os governos nacionais se submetam à jurisdição do Tribunal comunitário. Não é lícito ao TEDH, por exemplo, desfazer ordem judicial emitida por uma Corte nacional, ainda que ele possa condenar o governo do respectivo país a pagar indenização ou compensação pecuniárias aos prejudicados por eventual violação do direito comunitário.¹¹⁷

Em casos assim, temos ordens jurídico-constitucionais sobrepostas e entrelaçadas que precisam, para resolver suas desavenças, de constante diálogo e entendimento recíproco (NEVES, 2009, *passim*).

Em virtude da rica jurisprudência do TEDH acerca da dignidade humana, não apenas com o efeito vinculante da CDFUE, obtido por intermédio do Tratado de Lisboa, mas, mesmo antes, com a CEDH, decidiu-se analisar, no presente trabalho, algumas das decisões judiciais do TEDH, a fim de que isso contribua para a maior compreensão do conceito.

6.1 Observações conceituais sobre a dignidade humana na União Europeia

Segundo JÓNATAS MACHADO (2010, p. 263), a dignidade humana é a “(...) pedra de esquina na construção da identidade da UE.” Ela é indissociável da “(...) matriz judaico-cristã da civilização europeia e da formulação kantiana que lhe foi dada na consideração dos seres humanos como fins em si mesmos, dotados de integridade física psíquica e moral, proscrevendo a sua instrumentalização ao serviço de finalidades europeias ou nacionais.”

Para o autor português, o conceito é “(...) compatível com diferentes visões de mundo”, conquanto dotado de “(...) elementos indisponíveis e intocáveis”, o que incorpora uma “(...) natureza jusfundamental ao conceito de dignidade do ser humano.”

Acresça-se, ainda, nos termos do autor (MACHADO, 2010, p. 264) que “A dignidade da pessoa humana é um princípio de autonomia. Ela implica que a liberdade seja a regra e a restrição é exceção, valendo aqui o princípio *in dubio pro libertate*.” Vale

¹¹⁷ cf., p.ex., COSTA NETO, 2013.

indicar, ademais, que “A dignidade da pessoa humana é um princípio igualitário” (MACHADO, 2010, p. 265).

6.2 Dignidade humana e direito à vida

A dignidade humana é concretizada por vários subdireitos. Um deles é o direito à vida. De acordo com CHRISTOPH GRABENWARTER e KATHARINA PABEL (2012, p. 147), há discussão doutrinária acerca do alcance do direito à vida garantido pelo direito comunitário europeu. Segundo os autores austríacos, em diversas oportunidades, o TEDH reiterou sua posição de que a definição do início da vida faz parte da margem de apreciação (*margin of appreciation; Ermessensspielraum*) do legislador nacional de cada um dos membros da União.

Em especial, isso ocorreu em *Vo v. France* (53924/00 [2004-VIII] - 8 July 2004), caso em que o TEDH afirmou que a vida intrauterina não está, em regra, abrangida pelo conceito de vida do direito comunitário europeu (GRABENWARTER; PABEL, 2012, p. 148). No caso, uma reclamante defendeu que o governo francês tinha a obrigação de aprovar legislação no sentido de criminalizar a morte não intencional da sua filha que deixara de nascer em virtude de um mal-entendido hospitalar. Tinha-se trocado o prontuário da paciente, o que levou um médico a efetuar um procedimento incorreto durante um exame de rotina.

Em virtude do erro, foi necessário fazer um procedimento de abortamento do feto, o que, posteriormente, não foi considerado crime pela justiça francesa, que considerou que a conduta do médico não constituiu homicídio culposo. Em síntese, o TEDH deixou bem claro que a vida intrauterina não goza de proteção no direito comunitário e que os países podem regular a salvaguarda jurídica dos nascituros de maneira ampla, porque isso faz parte da margem de apreciação dos Estados-membros.

Ainda sobre o direito à vida, mostrou-se, no item 3.2, *supra*, que há posições doutrinárias, na Alemanha, segundo as quais a dignidade humana funda o direito a uma morte humanamente digna. Não há decisões do *BVerfG* a respeito. O TEDH deparou-se com essa questão no caso *Pretty v. United Kingdom* (2346/02 [2002] ECHR - 29 April 2002). Neste caso, foi decidido que não há, no direito comunitário europeu, dispositivo que obrigue os Estados-membros a legalizar ou permitir o suicídio assistido de vítima de

doença terminal, ainda que a própria enferma estivesse completamente lúcida e determinada a pôr fim à própria vida.

Ao fundamentar sua decisão, o TEDH argumentou que a questão gerava profundos questionamentos morais e religiosos. Os dissensos a respeito seriam fortes e as prescrições legais sobre a matéria bastante diversas, a depender de cada Estado-membro. Isso fortaleceu a perspectiva defendida pela Corte de que havia profundos desacordos quanto à questão e que nunca se pretendeu, por meio da CEDH e de seus dispositivos, decidir sobre a legitimidade ou não da eutanásia, da ortotanásia ou do suicídio assistido.

Forte nessas razões, o TEDH entendeu que não havia qualquer artigo, na CEDH, que desse guarida à pretensão da reclamante, que queria receber auxílio do marido para suicidar-se, sem que ele pudesse vir a ser punido por sua conduta.

Isso significa que, ao nível de direito comunitário, não se entende que a dignidade humana garanta a eutanásia, por exemplo. Salva-se, a toda evidência, a integridade física e a mental. Busca-se, com isso, proteger a autonomia e o consentimento livre e esclarecido que lhe é indispensável.

Nota-se que o texto da CDFUE veda a clonagem, bem como o auferimento de lucro a partir de partes de corpos humanos. A temática guarda pertinência com o debate sobre os titulares da dignidade humana, objeto de esclarecimento no item 3.9, *supra*, e com a decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a constitucionalidade da Lei da Biossegurança, a qual foi analisada no item 5.6.7, *supra*.

6.3 Dignidade humana e privacidade informativa

Como visto, *supra*, no item 4.9, o *BVerfG* reconhece, na Alemanha, o direito à autodeterminação informativa, como corolário da dignidade humana. Ao nível de União Europeia, decisões do TEDH asseguram um largo âmbito ao direito à privacidade, incluindo sob sua tutela amostras de DNA, como se pode extrair da decisão *S. and Marper v. United Kingdom* (30562/04 [2008] ECHR - 4 December 2008), proferida pela grande câmara (*Grand Chamber*) do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH). Nesse caso, o Reino Unido foi condenado por guardar informações genéticas de indiciados em inquéritos policiais, mesmo após a absolvição deles em processo judicial (MOWBRAY, 2012, pp. 488, 521). Não se vislumbrou interesse legítimo que autorizasse o Estado a

manter um banco de dados com informações de pessoas contras as quais não se conseguiu provar nada.

Na decisão, invocou-se, precipuamente, a garantia do direito à privacidade. Contudo, a análise do caso permite identificar um forte paralelo entre o direito à autodeterminação informativa, que, na Alemanha, é visto como consequência da dignidade humana, e o direito à vida privada tutelado no direito comunitário europeu.

Em *S. and Marper v. United Kingdom*, consignou-se que, embora o Reino Unido tenha decidido pela legitimidade da retenção dos dados, ficou expressamente registrado, na última decisão nacional, o voto divergente da Baronesa de *Hale of Richmond*, do qual constou:

(...) the retention of both fingerprint and DNA data constituted an interference by the State in a person's right to respect for his private life and thus required justification under the Convention. In her opinion, this was an aspect of what had been called informational privacy and there could be little, if anything, more private to the individual than the knowledge of his genetic make-up.

A Suprema Corte do Canadá deparou-se também com um problema de privacidade informativa (*informational privacy*). Em *R v. RC* ([2005] 3 SCR 99, 2005 SCC 61), decisão citada pelo TEDH, a Corte canadense considerou a retenção de amostras de DNA de um menor infrator contrária à Carta de Direitos e Liberdades (*Charter of Rights and Freedoms*). No caso, decidiu-se que não havia um interesse significativo por parte do Estado que o autorizasse a reter dados tão pessoais como os contidos em uma amostra de DNA. Nessa oportunidade, foi dito que:

Of more concern, however, is the impact of an order on an individual's informational privacy interests. In *R. v. Plant*, [1993] 3 SCR 281, at p. 293, the Court found that s. 8 of the Charter protected the 'biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state'. An individual's DNA contains the 'highest level of personal and private information': *S.A.B.*, at para. 48. Unlike a fingerprint, it is capable of revealing the most intimate details of a person's biological makeup. (...) The taking and retention of a DNA sample is not a trivial matter and, absent a compelling public interest, would inherently constitute a grave intrusion on the subject's right to personal and informational privacy.

Tanto a TEDH como a Suprema Corte do Canadá concordam que a retenção de material genético, ao contrário do armazenamento de digitais e fotos, pressupõe um

interesse palpável, sob pena de revelar-se insustentável juridicamente e ferir a autodeterminação informativa (GRABENWARTER; PABEL, 2012, p. 251). Em *S. and Marper v. United Kingdom*, a TEDH deixou claro, outrossim, que:

The concept of “private life” is a broad term not susceptible to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person (...) It can therefore embrace multiple aspects of the person's physical and social identity (...) Elements such as, for example, gender identification, name and sexual orientation and sexual life fall within the personal sphere protected by Article 8 (...) Beyond a person's name, his or her private and family life may include other means of personal identification and of linking to a family (...) Information about the person's health is an important element of private life (...) The Court furthermore considers that an individual's ethnic identity must be regarded as another such element (...) Article 8 protects in addition a right to personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world (...) The concept of private life moreover includes elements relating to a person's right to their image (...) The mere storing of data relating to the private life of an individual amounts to an interference within the meaning of Article 8

Vê-se que a garantia do direito à privacidade é a fonte precípua, ao nível de direito comunitário, para garantir a chamada “privacidade informativa”. Contudo, é possível identificar um forte paralelo entre o direito à autodeterminação informativa - garantido na Alemanha e visto como consequência da dignidade humana - e o direito à vida privada tutelado no direito comunitário europeu.

6.4 Dignidade humana e a proibição da tortura

A CEDH, em seu artigo 3º, proíbe a tortura, bem como o tratamento ou a pena desumana ou degradante. Aponte-se, na esteira de GRABENWARTER e KATHARINA PABEL (2012, p. 163), que não há exceção ao artigo. Normalmente, os artigos da CEDH e da CDFUE possuem artigos que excepcionam as garantias nelas previstas. É o que ocorre, por exemplo, com a liberdade de expressão. Contudo, a proibição de tortura não foi excepcionada em nenhum momento, o que demonstra seu caráter fundamental e irreservado.

No item 4.7, *supra*, indicou-se que a tortura fere a autonomia do sujeito, à medida que o torna mero reflexo físico e involuntário. Logo, o sofrimento físico ou mental é apto a desrespeitar a prerrogativa de autodeterminação de alguém.

Em vários casos o TEDH pôde analisar condutas dos Estados-membros e discernir, se se tratava, ou não, de tortura. Em *Aksoy v. Turkey* (21987/93 [1996-VI] ECHR - 26 November 1996), por exemplo, declarou-se contrário ao direito comunitário o tratamento de um prisioneiro consistente em deixá-lo nu e pendurado pelo braço. Esse método, utilizado pela polícia turca naquela ocasião e denominado “enforcamento palestino” (*Palestinian hanging*), gerou sequelas graves no preso, que foi até o TEDH contra o governo turco.

Segundo restou assentado no precedente, o reclamante permaneceu apenas 14 (quatorze) dias sob a tutela da polícia turca. Entretanto, durante esse período, foi ferido com pontapés, socos e tapas, assim como eletrocutado em seus órgãos genitais. Além disso, houve uma tortura psíquica no sentido de agredi-lo verbalmente. A partir desse caso, julgado na década de 90 do séc. XX, o TEDH fincou algumas de suas orientações ao interpretar a vedação à tortura do direito comunitário.

Em primeiro lugar, a responsabilidade pela integridade física e mental do preso, enquanto ele estiver sob a custódia do Estado, é das autoridades públicas. Todo e qualquer dano causado a ele deve ser reparado por aquele que tem o dever de protegê-lo. Entendeu-se, desde então, que a tortura é fruto das circunstâncias de um caso e que, como tal, pode dar-se nas mais variadas situações, a depender, por exemplo, da duração do sofrimento a que alguém é submetido, da sua intensidade, etc. (GRABENWARTER; PABEL, 2012, p. 164).

Também se decidiu que a ameaça de violência física viola a proscrição da tortura, ainda que não se consuma o abuso físico ou psíquico prometido (GRABENWARTER; PABEL, 2012, p. 165). Dessa forma, quaisquer atos praticados sob o jugo de ameaça de tortura, como uma confissão, por exemplo, não possuem validade jurídica. Há de se punir o Estado que, por meio de seus agentes, intimida ou atemoriza seus cidadãos, inclusive eventuais criminosos.

Segundo a jurisprudência do TEDH, o Estado que deporta indivíduos que irão, com muita probabilidade, ser vítimas de tortura em seu país de origem também viola a proibição da tortura. É importante destacar que todos os Estados-membros da União Europeia têm o dever de conduzir investigações efetivas diante de alegações de tortura e maus-tratos perpetrados por seus agentes. Trata-se, afinal, de uma “obrigação positiva” (*positive obligation*) imposta ao Estado, que tem o dever de proteção e de empreender ações

concretas contra a tortura, em vez de simplesmente abster-se de praticá-la (MOWBRAY, 2012, p. 145).

No mesmo sentido, decidiu-se, em *D.P. and J.C. v. United Kingdom* (38719/97 [2003] - 10 October 2002), que um Estado-membro da União Europeia pode ser condenado por não cumprir seus deveres de proteção (*Schutzpflichten*) quando ele, devendo conhecer o perigo a que estava submetido um dado indivíduo, não toma providências para cessar um abuso concreto ou potencial (GRABENWARTER; PABEL, 2012, p. 175).

Algo análogo ocorreu em *Z. and others v. United Kingdom* (29392/95 [2001] ECHR - 10 May 2001), quando o governo do Reino Unido foi condenado pela conduta de autoridades públicas, inclusive ligadas à assistência social, que se mostraram omissas diante do lamentável quadro de derrelição social de quatro crianças maltratadas e abandonadas. No caso, autoridades haviam sido alertadas a respeito, bem como tinham presenciado e registrado a situação, sem que nenhuma providência concreta e efetiva fosse tomada.

Por fim, indique-se que a Corte entende que a proibição de tortura vale indistintamente para todos, sem que ponderáveis interesses coletivos, ainda que nobres, possam derogar tal proibição. Nesse contexto, o homicida de uma criança ou um terrorista possui direito a tratamento equânime enquanto estiver sob a custódia do Estado (MOWBRAY, 2012, p. 145).

No caso *Saadi v. Italy* (37201/06 [2008] ECHR - 28 February 2008), por exemplo, julgado pela *Grand Chamber* do TEDH, um terrorista da Tunísia teve garantido o seu direito de não ser extraditado pela Itália, porque tinha significantes razões para acreditar que seria severamente torturado em seu país, muito embora se tratasse, de fato, de um reconhecido criminoso tunísio.

6.5 Dignidade humana e escravidão

A vedação da escravidão institui uma proibição “absoluta” (GRABENWARTER; PABEL, 2012, p. 182). Proíbem-se, igualmente, os trabalhos forçado e obrigatório (*Zwangs- und Pflichtarbeit*). Ao proibir a servidão, a CEDH é bastante contudente, de modo que qualquer ingerência nesse direito é, simultaneamente, uma violação dele. Não há ingerências permitidas ou legítimas. Não há que se falar, portanto, em lei em sentido formal que excepcione essa garantia (GRABENWARTER; PABEL, 2012, p. 183).

A vedação do trabalho forçado deve ser interpretada à luz dos respectivos tratados internacionais, mormente se se leva em conta que tal proibição nasceu de um debate polilateral entre várias nações do mundo. Dentre outras coisas, isso implica que a obrigação de o preso trabalhar, desde que não se lhe exija um esforço descomunal ou que se lhe imponham condições muito inferiores à do trabalhador comum, não são trabalho forçado. O serviço militar obrigatório, nos países em que está previsto, da mesma maneira, não configura trabalho forçado, para fins da vedação prevista na CEDH e na CDFUE (GRABENWARTER; PABEL, 2012, p. 184).

Logo, o trabalho do preso, em regra, não é vedado no direito comunitário, sendo lícito aos Estados-membros impor tal obrigação aos detentos sob sua guarda. Tendo em vista que o encarcerado cumpre pena, nos termos de sentença condenatória, também não lhe assiste direito a uma remuneração, de modo que, eventualmente, se o trabalho não for remunerado, não haverá violação do direito comunitário (GRABENWARTER; PABEL, 2012, p. 185).

Na atividade judicante do TEDH, poucas foram as decisões que trataram da garantia que ora se examina (MOWBRAY, 2012, p. 232). Porém, em síntese, vale mencionar dois julgados do Tribunal europeu que interpretaram, de maneira paradigmática, o artigo em questão. Primeiramente, em *Siliadin v. France* (73316/01 [2005-VII] ECHR - 26 October 2005), entendeu-se que trabalho “doméstico” não-pago pode implicar servidão. Em tais casos, há que perquirir acerca da atitude do Estado-membro, para aferir se ele deixou, ou não, de cumprir seu dever de proteção consistente em coibir, por meio de tudo que se encontra ao seu alcance, tais práticas equivalentes à escravidão.

Constou da decisão que viola a dignidade humana reduzir uma pessoa faticamente vulnerável e dependente à servidão. Constatou-se que as condições de vida a que alguém é exposto, bem como outras circunstâncias do caso concreto podem levar à conclusão de que um trabalho sem pagamento é escravidão. Isso ocorre, por exemplo, quando se “confisca o passaporte de uma trabalhadora estrangeira” ou quando se retira dela a verdadeira possibilidade de dar rumo à própria vida, impedindo-lhe de deixar o trabalho, em regime integral e sem pagamento, ao qual ela fora submetida após ser ludibriada com promessas falsas.

Ademais, assentou-se, em *Rantsev v. Cyprus and Rússia* (25965/04 [---] - 7 January 2010), que o tráfico humano é sinônimo de servidão e que, como tal, também pode, ao

menos em tese, gerar a responsabilização do Estado que não implementa políticas públicas efetivas contra esse tipo de prática.

6.6 Dignidade humana e penas de morte ou degradantes

Proíbem-se, na União Europeia, as penas de morte ou degradantes. Entende-se, nesse particular, o conceito de “pena” em uma acepção bastante abrangente.¹¹⁸ Nesse contexto, o *BVerfG* e o TEDH já entraram em conflito sobre o conceito de “pena”. Isso porque, ao julgar a constitucionalidade de leis que aumentaram o tempo de cumprimento de medidas de segurança (*Sicherungsverwahrungen*) em curso, o Tribunal alemão entendeu tratar-se de uma “medida de correção e segurança” (*Maßregeln der Besserung und Sicherung*) e não propriamente de uma pena (*Strafe*), o que gerou um conflito entre as duas Cortes.

No que concerne à pena de morte, foi longo o percurso até a sua abolição em países da União Europeia. Atualmente, em virtude da CDFUE e de um aditamento feito em 2004 à CEDH, não há mais pena capital em nenhum país submetido à jurisdição do TEDH, o que inclui todos os membros da União Europeia e também outros, como a Turquia, por exemplo.

Poder-se-ia discutir longamente sobre o complexo processo histórico que culminou na extinção da pena de morte (cf. MOWBRAY, 2012, pp. 135ss.), contudo o importante é saber que se trata de violação da dignidade humana por tolher, de maneira irreversível e absoluta, o pressuposto básico da autonomia do sujeito. Nesse sentido, nega-se a prerrogativa de autodeterminação que é ínsita a todo e cada um. Viu-se isso, em pormenor, no item 4.7, *supra*.

Aqui, vale acrescentar que o TEDH já argumentou que a pena de morte, além de extinguir completamente a autonomia do sujeito, é também degradante. Isso porque gera extremo medo e insegurança. Nesse sentido, alegou certa feita o Tribunal europeu, ela é uma tortura ao ser humano. Daí é possível concluir que se trata de tratamento desumano, o que é vedado pela dignidade humana (GRABENWARTER; PABEL, 2012, p. 166).

Por outro lado, o TEDH aceita que a pena perpétua é compatível com a dignidade humana, desde que permaneça alguma chance de que o condenado volte a ganhar a sua liberdade. Nesse ponto, a jurisprudência ao nível de direito europeu é análoga àquela do

¹¹⁸ cf. COSTA NETO, 2013.

direito constitucional alemão, fixada pelo *BVerfG* e epitomada no item 4.7, *supra*. O TEDH aceita, entretanto, que as hipóteses de reobtenção da liberdade sejam extremamente restritas, o que, para ele, não viola a dignidade humana (GRABENWARTER; PABEL, 2012, p. 167).

Por fim, esclareça-se que as penas degradantes, em geral, são vedadas pela CEDH e pela CDFUE. Nesse sentido, o TEDH já afirmou, em diversas oportunidades, que há um elo umbilical entre a dignidade humana e a vedação de penas degradantes (GRABENWARTER; PABEL, 2012, p. 167). Segundo a jurisprudência do Tribunal europeu, constata-se a existência de uma pena degradante por meio da análise de um largo e global conjunto de circunstâncias do caso concreto, sem que seja possível apresentar uma definição conceitual muito precisa.

Essencial é que se constate a vulnerabilidade, impotência e grau de ofensa gerados pela aplicação de uma dada pena. Nesse sentido, “açoitamento corporal” (*körperliche Züchtigung*) já foi considerado degradante e, porquanto, proibido pela CEDH (GRABENWARTER; PABEL, 2012, p. 167). Já a punição corporal-disciplinar de crianças na escola, segundo a decisão em *Costello-Roberts v. United Kingdom* (13134/87 [A 247 C] - 25 March 1993), caso julgado em 1993, não constitui uma ação degradante, desde que se atenha a um mínimo de dor e não seja apta a causar dor em uma medida elevada.

Por sua vez, no caso *Chember v. Rússia* (7188/03 [---] - 3 July 2008), o serviço militar obrigatório foi considerado ação ou pena degradante, uma vez que se constatou que um soldado com graves problemas no joelho foi obrigado a fazer 350 (trezentos e cinquenta) genuflexões, o que fez com que o soldado, durante o exercício, entrasse em estado de choque e colapso.

Finalmente, mencione-se que, em *Price v. United Kingdom* (33394/96 [2001-VII] - 10 July 2001), o TEDH entendeu ser degradante a pena cumprida por presos deficientes que, por ausência de instalações adequadas, não tinham acesso a condições mínimas de higiene e conforto, como cama, ducha e banheiro adequados (GRABENWARTER; PABEL, 2012, p. 168).

7. Conclusão

O Estado não tem apenas o dever de adotar uma postura omissiva e preservar o *status negativus*, mas tem também a tarefa de colocar à disposição do indivíduo os meios materiais necessários e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais.

Nesse sentido, a dignidade humana, se entendida como direito fundamental, é tanto um direito de defesa (*Abwehrrecht*), como um direito de prestação (*Leistungsrecht*). A liberdade, como bem explica GILMAR FERREIRA MENDES (1999), não pode ser só liberdade em face do Estado (*Freiheit vom...*), ela deve ser também liberdade mediante atuação do Estado (*Freiheit durch...*).

Vale notar que a interpretação centralizada do conceito de dignidade humana, como feita por um órgão de cúpula como o Tribunal Constitucional Federal, com mais de 60 anos de judicatura, oferece um fértil e profícuo objeto de pesquisa.

São muitos os que criticam a centralização do controle de constitucionalidade (STOLLEIS, 2011; BENVINDO, 2010; 2011/12) e, na Alemanha, há aqueles que criaram, em crítica à Corte, a parêmia *Karlsruhe locuta, causa finita*¹¹⁹, em alusão à cidade de Karlsruhe, onde fica a sede do *BVerfG* (JESTAEDT, 2011, p. 87).

Não obstante, parece certo que, no que tange ao objeto deste trabalho, a interpretação centralizada do conceito de dignidade humana, possibilitada por meio do controle de constitucionalidade altamente abstrato instalado na Alemanha, favoreceu uma compreensão coerente do conceito. Isso porque as diversas decisões citadas se amparam na ideia de dignidade humana como autonomia, tanto no seu aspecto formal quanto material.

A instrumentalização e a reificação do sujeito envolvem o desdém pela prerrogativa que este tem de determinar os próprios propósitos e de buscar implementá-los. Assim, aquele que é submetido à tortura; ou o condenado a uma pena perpétua sem que restem chances de ganhar a liberdade novamente; assim como o indivíduo que não possui as condições materiais mínimas de uma vida digna, não tiveram suas dignidades respeitadas.

A dignidade humana, embora vede a pena de morte, não obsta a aplicação de penas privativas de liberdade. Como visto, ela impõe algumas condições a esse tipo de sanção, sem, contudo, deixar de admiti-lo *tout court*. Respeitado o princípio da legalidade, nos

¹¹⁹ “Karlsruhe falou, a questão acabou.” (tradução livre do autor). O trocadilho faz alusão à expressão *Roma locuta est, causa finita est*, a qual, por sua vez, faz referência à autoridade do papa, que, sediado em Roma, tinha a última palavra nas questões da igreja. *Locuta est*, ou apenas *locuta*, vem do verbo *loquor*, que é depoente, em latim. Sendo assim, mais literal e fielmente, pode-se traduzir o brocardo como “Roma falou, a questão está terminada.”

termos consignados no item 2.4, *supra*, a punição deixa de ser encarada como uma violação da dignidade humana e passa a ser o reconhecimento dela. Isso porque se reconhece, no agente criminoso, uma pessoa capaz e apta a autodeterminar-se. Se o agente sabia ou podia saber que uma determinada conduta era crime, então ele anuiu, juridicamente, à sua punição, ainda que, em seu íntimo, buscasse criminalizar impunemente.

Nesse sentido, o raciocínio é semelhante àquele que é feito quando se executam os termos de um contrato inadimplido. Neste caso, coage-se uma pessoa a cumprir aquilo que ela pactuou anteriormente e que não quer mais cumprir, sem que ela possa invocar que sua autonomia está sendo violada, porque, em derradeira instância, ela escolheu cumprir o contrato. Analogamente, é lícito ao Estado punir pelo descumprimento de uma norma penal, desde que o agente pudesse conhecê-la antes de praticar a respectiva infração. Em última instância é o criminoso que escolhe ser punido, quando pratica um fato típico cuja consequência legal é a pena privativa de liberdade.

Registre-se, outrossim, que as decisões do *BVerfG* aplicam, em larga medida, uma noção de dignidade humana que é fiel à tradição kantiana e que, como visto no caso da decisão sobre a lei de segurança aérea (*Luftsicherheitsgesetz*), se remete a essa tradição explicitamente.

Outrossim, nos diversos casos julgados pelo *BVerfG*, é possível notar que a dignidade humana é tratada como um direito fundamental, não só porque assim ela foi descrita pela Lei Fundamental, em seu artigo 1º, mas também porque a Corte atribui aos sujeitos, com base na dignidade humana, direitos subjetivos bastante concretos, que não dizem respeito à raça humana ou ao gênero humano, mas aos indivíduos humanos e a prerrogativas que eles todos possuem pelo fato mesmo de serem humanos.

A interpretação da dignidade humana dada pela Corte alemã não escapa ileso a críticas. Uma delas, feita por ILMER DAMMANN (2011), critica-a sob o fundamento de que, a despeito daquilo que é dito pelo *BVerfG*, não há uma verdadeira noção de núcleo essencial (*Wesensgehalt*) da dignidade humana. DAMMANN (2011, p. 72) tenta mostrar que mesmo as áreas consideradas essenciais pelo *BVerfG* foram, em algum momento, objeto de flexibilização e que o próprio núcleo essencial segue, por meio do *BVerfG*, no sentido de uma proteção relativa (*durch das Bundesverfassungsgericht führt zu einem relativen Schutz*). Para ele, isso significa que a dignidade humana não pode ser considerada inviolável (*unantastbar*), como prevê o *Grundgesetz*. O autor suscita diversos argumentos a seu favor e, por meio do cotejo de decisões, consegue mostrar pontos interessantes. A

procedência ou não dessa crítica, que também é feita por autores como ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE (1991, pp. 379ss.) e MICHAEL KLOEPFER (2010, p. 118) fica, todavia, em aberto.

Outra questão também controversa gira em torno da possibilidade de sopesar-se, ou não, a dignidade humana. Essa questão deve ser respondida pela teoria geral dos direitos fundamentais. Não se trata de uma peculiaridade do direito fundamental à dignidade humana. Todavia, a depender de entendermos que os direitos fundamentais são, ou não, sopesáveis, teremos duas visões diferentes sobre a dignidade humana.

Por um lado, diz-se que (TEIFKE, 2011, *passim*): (1) a dignidade é um direito *prima facie* de autodeterminação. Isso significa que, em regra, todo indivíduo possui o direito de fazer o que quiser. Esse direito pode ser exercido pelo próprio indivíduo ou, em caso de incapazes - os quais também são dotados de dignidade humana -, por seus representantes legais, na condição de representantes ou assistentes do exercício dos direitos do incapaz. Como se trata de um direito *prima facie*, ele só será um mandamento definitivo (*definitives Gebot*) quando não houver motivos suficientes para afastar aquele direito *prima facie*. Decidir se esse é, ou não, o caso depende de um sopesamento (*Abwägung*). Vale enfatizar que, nesse caso, a dignidade humana possui uma abrangência enorme. Recentemente, ROBERT ALEXY chegou a dizer, em Kiel, durante uma de suas aulas às quais pudemos assistir em janeiro de 2013, que o sinal vermelho de um semáforo que ordena ao motorista que pare seu carro - e que, portanto, limita sua vontade - seria uma limitação a direito fundamental. Muitos acreditam que isso banalizaria o conceito de direito fundamental e que os direitos gerais de liberdade, como a dignidade humana, favoreceriam esse problema. Essa é uma das objeções à visão da dignidade humana como direito fundamental sopesável e dotado de amplo suporte fático (*Tatbestand*) ou de largo âmbito de incidência ou proteção (*Schutzbereich*).

Por outro lado, é possível dizer que (DWORKIN, 2011, pp. 366ss.): (2) a dignidade humana está aprioristicamente excluída de fatos cotidianos ou banais¹²⁰ e que ela só incide sobre esferas marcadamente existenciais, em que o indivíduo deve ter, necessariamente, a última palavra. Esse fato decorreria do dever do Estado de dispensar igual consideração e respeito a seus cidadãos. Nesse caso, reduz-se consideravelmente a área de proteção (*Schutzbereich*) alcançada pela dignidade humana. Contudo, a proteção passaria, sob essa ótica, a ser não sopesável.

¹²⁰ cf. a nota de rodapé 22, *supra*.

Fez-se questão de não tomar partido entre (1) e (2) neste trabalho. Limitou-se a descrever essas duas perspectivas. No caso de (1), é evidente que é discutível quais são as esferas em que, após o sopesamento, a autodeterminação prevalece sobre os demais interesses e bens jurídico-constitucionais. Já no caso de (2), é certo que não há consenso sobre quais as esferas da vida em que a autonomia do indivíduo deve ser protegida sempre, independentemente de qualquer outro interesse estatal ou coletivo.

Não há dúvidas de que há muita controvérsia a respeito. Contudo, pelo menos no que toca à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, há uma bela delimitação sobre a área de incidência da dignidade humana, enquanto direito fundamental. Logo, quanto ao alcance propriamente dito da dignidade humana, acredito que as decisões daquele Tribunal, cuidadosamente analisadas durante o trabalho, fornecem um verdadeiro paradigma.

Parece manifesto que a interpretação da dignidade humana, conforme levada a cabo nos casos apontados nos itens 4.1 a 4.12, confere certo grau de previsibilidade aos pronunciamentos do Tribunal alemão, a ponto de os casos extraídos da jurisprudência do *BVerfG* possuírem inúmeros pontos que coincidem com a definição doutrinária do conceito de dignidade humana, segundo preconizada pelos juristas alemães.

Essa forma de compreensão da dignidade humana, partilhada pelo *BVerfG* e pela doutrina alemã, deriva do direito de autodeterminação e autonomia as seguintes conclusões (PIEROTH; SCHLINK, 2011, p. 87): (1) cabe ao sujeito, em um Estado pautado pela dignidade humana (*Menschenwürde*) a prerrogativa de escolher os próprios objetivos e propósitos, assim como de levá-los a cabo. Apenas excepcional e justificadamente (HABERMAS, 2010, p. 471), poderá o Estado limitar a liberdade do sujeito, que em regra, não está sujeito ao arbítrio estatal. Tal limitação deverá ocorrer sempre em nome do exercício da própria liberdade, inclusive aquela que pertence aos outros indivíduos (prioridade da liberdade); (2) o sujeito terá uma proteção à integridade pessoal, seja ela corporal ou da personalidade, de modo que possa ser senhor do próprio corpo e dos atributos de sua personalidade, como a imagem, por exemplo. Essa garantia, de autonomia e integridade sobre si mesmo, deverá ser ainda mais intensa na esfera íntima; (3) proíbem-se discriminação e diferenciação arbitrárias, já que, aprioristicamente, são todos dotados do mesmo grau de liberdade. O Estado deve ter, predominantemente, consideração idêntica para com cada um dos seres humanos que vivem sob a sua égide; e, finalmente, (4) garante-se que a todos será dado um mínimo existencial ou de existência

(*Existenzminimum*), isto é, os pressupostos materiais mínimos de uma vida digna, de modo que o sujeito possa perseguir os fins que ele mesmo escolheu livremente.

Mais especificamente, no caso do *BVerfG*, decidiu-se, dentre outras coisas, com base na dignidade humana, o seguinte: (1) a liberdade de crença e a dignidade humana são expressões da prioridade de liberdade e estão intimamente ligadas; (2) há um direito imediato e justiciável ao mínimo existencial, o qual engloba o mínimo indispensável à sobrevivência fisiológica e a uma participação não muito incipiente na vida social, cultural e política, bem como um mínimo existencial ecológico, isto é, a proteção dos pressupostos ambientais e físico-naturais da vida na terra; (3) para perseguir seus próprios objetivos, o sujeito não pode ter controle apenas sobre o próprio corpo, sob pena de sua liberdade ser completamente formal e imprestável. Dessarte, o Estado deve assegurar a propriedade privada, de modo que o indivíduo possa dispor do patrimônio por ele adquirido da maneira que melhor convenha a seus propósitos; (4) a dignidade humana é fundamento de uma proteção “absoluta” do núcleo essencial da vida privada, proibindo qualquer monitoração por meio de escutas ambientais dentro da casa do indivíduo, que sejam capazes de ferir a esfera mais íntima de sua personalidade; (5) como direito à autonomia, a dignidade humana confere ao sujeito o direito de autodeterminar sua vida, os atributos da sua personalidade e as informações acerca de sua pessoa. Com efeito, ela funda o direito geral de personalidade (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*) e o direito à autodeterminação informacional (*informationelle Selbstbestimmung*); (6) a lei que autorizava o Ministro da Defesa (*Bundesminister der Verteidigung*) a ordenar o abate de aeronaves tomadas de assalto por terroristas dispostos a utilizá-las contra algum alvo terrestre é inconstitucional e nula, uma vez que torna os passageiros meros meios para a consecução de fins estatais e permite o assassinato doloso de civis inocentes por parte do Estado; (7) a indenização exigida de médico que emitiu falso diagnóstico ou prognóstico acerca da má-formação cerebral de prole eventual não fere a garantia da dignidade humana e não implica qualquer demérito ou juízo de valor negativo sobre a pessoa da criança com desenvolvimento encefálico incompleto; (8) vedam-se penas de morte, tortura e penas cruéis. A pena perpétua permanece constitucional, desde que, com base em critérios claros e determinados em lei, seja assegurada ao preso a possibilidade de reaver a liberdade, por meio de seu bom comportamento e recuperação social; (9) o transsexual submetido à cirurgia de mudança de sexo possui o direito de ver alterados seus dados no registro civil de pessoas naturais, sob pena de o Estado negar vigência à autonomia ínsita à dignidade humana, mormente por tratar-se de assunto da esfera mais íntima do indivíduo; (10) a dignidade humana gera

obrigações mesmo após a morte de seu titular, uma vez que a vontade expressada em vida pode gerar efeitos para depois dela. Isso não importa, em absoluto, um direito do morto, mas sim obrigações dos vivos, que permanecem obrigados em face de uma vontade manifestada quando um dado sujeito permanecia autônomo, “autodeterminante” e capaz de ditar as regras de sua vida; (11) dignidade importa proteção jurídica da vida intrauterina, o que não significa que deixar impune a interrupção voluntária no primeiro trimestre da gravidez não esteja dentro da margem de conformação do legislador, desde que haja medidas estatais concretas, ainda que não jurídico-criminais, para desencorajar abortos voluntários; (12) a dignidade humana é um dos direitos fundamentais com eficácia mediata na ordem jurídico-privada e, porquanto, possui a assim chamada *Drittwirkung* ou eficácia horizontal dos direitos fundamentais (ENDERS, 1997, p. 142).

No que toca ao Supremo Tribunal Federal, observa-se que há uma grande indefinição, na Jurisprudência desse tribunal, do que seja dignidade humana. Por um lado, essa obscuridade é favorecida pelo modo de tomada de decisões da Corte. Não obstante, mesmo abstraindo de tais peculiaridades do STF, é certo que não se logrou alcançar, por meio da análise das decisões tomadas por aquele Tribunal, uma definição minimamente consistente do conceito de dignidade humana. Tudo leva a crer que o STF, enquanto instituição, precisa preocupar-se mais com a forma como invoca, em suas decisões, o conceito de dignidade humana.

Parece ter havido uma trivialização do uso dos termos “dignidade”, “dignidade humana”, “dignidade da pessoa humana”, dentre outros, nas decisões do STF. Com isso, obstou-se uma circunscrição conceitual dessas expressões, o que, discutivelmente, pode ter levado a uma falta de credibilidade delas.

Embora esse seja um problema com o qual o STF como um todo tem que lidar, é visível e patente que alguns Ministros fazem um esforço para não tornar corriqueiro ou trivial o uso da dignidade humana nas decisões da Corte. Destacam-se, nesse quesito, o MINISTRO GILMAR FERREIRA MENDES e o MINISTRO DIAS TOFFOLI. Este último deixou claro, em alguns de seus votos, ser contra aquilo que chama de “panprincipiologismo”.

Na judicatura do STF, é possível destacar que a dignidade humana: (1) já foi vista como uma forma de proibição das pulsões mais primitivas e irracionais do ser humano, o que foi invocado por pelo menos um Ministro da Corte como argumento contra a constitucionalidade de leis que regulamentam briga de galos; (2) chegou a ser suscitada, por um Ministro do STF, para defender que a aplicação de sanções administrativo-

disciplinares a magistrados fosse sempre sigilosa; (3) foi utilizada, em larga medida e por quase que a totalidade dos membros do STF, ainda que de maneira obscura e imprecisa, para legitimar a decisão do Tribunal que assentou serem sempre incondicionadas as ações penais que disserem respeito a lesões corporais, leves ou não, praticadas contra a mulher; (4) é uma das causas que fundamentam a criminalização da redução de alguém à condição análoga à de escravo, o que o STF levou em consideração ao receber denúncia contra parlamentar no Inquérito de n. 2131; (5) foi argumento de que se valeu um Ministro da Corte, em diversas ocasiões, para embasar o fato de a administração pública não poder anular, por conta própria, os atos ilegais por ela praticados há mais de cinco anos dos quais emanam direitos; (6) não obsta, segundo a tese vencedora no STF, a realização de pesquisas com células-tronco, contanto que observadas as respectivas prescrições legais; (7) é um dos alicerces que estabelecem o direito à interrupção da gravidez em casos de fetos anencefálicos, uma vez que, além de o anencéfalo, nos termos do posicionamento majoritário do STF, não possuir dignidade, a dignidade inclui, na verdade, o direito à saúde e o da autonomia reprodutiva, ambos de titularidade da gestante; (8) enquanto autonomia, funda o direito de cada um de autodeterminar-se, mormente se se trata de adulto e se a matéria em questão é pertinente às esferas mais íntimas da vida. Daí afirmar-se que a dignidade humana é um dos motivos que levaram o STF a permitir, por meio de interpretação conforme a Constituição dada a dispositivo do Código Civil, a instituição, pelos respectivos interessados, de união homoafetiva, análoga em direitos e obrigações à união estável; (9) é fundamento constitucional precípua do mínimo existencial, o que implica levar a dignidade humana em consideração sempre que se tratar de benefícios de cunho assistencial. Sob essa perspectiva, a dignidade humana oferece parâmetros para que se afira, em sede de Jurisdição Constitucional, a constitucionalidade de normas legais que concretizam o mínimo existencial; (10) assegura, nos termos da decisão tomada no RE de n. 389.808, autonomia com relação a dados pessoais armazenados em bancos de dados, o que faz com que se exijam, do Estado, motivos ponderáveis para a utilização de dados e informações relativos aos indivíduos em geral; (11) poderia ter sido invocada, durante o julgamento do RE de n. 160.222, a par do direito à privacidade, para reprovar as ações de empregador que sujeita seus empregados a revistas íntimas; (12) funda um dever de isonomia oponível, guardadas as devidas proporções, aos particulares, o que significa não ser constitucional a criação de estatuto pessoal diverso e flagrantemente desfavorável para um empregado pelo simples fato de ele ser estrangeiro.

Na Jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), viu-se que o direito à vida, a proibição da tortura, da escravidão e das penas de morte ou degradantes são decorrências da dignidade assegurada a todos os seres humanos. Nesse contexto, no direito comunitário europeu, a dignidade humana: (1) não inclui a vida intrauterina, deixando a critério dos países-membros criminalizar, ou não, o aborto; (2) não obriga nenhum dos países-membros a permitir suicídio assistido, de modo que essa questão está dentro de margem de apreciação do legislador de cada país da União Europeia; (3) abrange, à luz dos argumentos usados pelo TEDH, um direito à privacidade informativa, ainda que a dignidade humana não tenha sido explicitamente suscitada para fundamentá-lo. Tal direito veda que os Estados da União Europeia recolham, indiscriminadamente, informações genéticas de seus cidadãos. A reunião de informações pertinentes ao DNA, por exemplo, só é admitida, se comprovada a existência de ponderáveis interesses coletivos que a exijam; (4) veda, de maneira absoluta, a tortura, cuja ocorrência, ou não, será aferida no caso concreto. A tortura pode ser física ou psíquica. Em todo caso, o Estado tem o dever de combatê-la, de forma positiva, o que significa empreender ações concretas, bem como editar atos normativos para prevenir e reprimir a tortura como um todo. Há, portanto, uma “obrigação positiva” (*positive obligation*) que consubstancia um dever de proteção, a ser efetivado pelo Estado, em favor dos indivíduos que vivem sob a sua égide. Um Estado-membro não pode extraditar alguém que, embora claramente um criminoso, será, muito provavelmente, vítima de tortura no país que requer a extradição. Além disso, o Estado é sempre responsável pelos presos que estão sob sua custódia e pode ser obrigado a indenizar não apenas quando um de seus agentes tortura um preso, como também quando autoridades públicas deixam de investigar acusações de cometimento de tortura ou quando não há instrumentos legais aptos a coibir essas condutas; (5) proíbe, em todo caso, a escravidão. Contudo, tal vedação não obsta a obrigação de o preso trabalhar e, tampouco, impede a instituição de serviço militar obrigatório. Em ambos os casos, não há necessidade de ser paga remuneração, nem para o preso, nem para o recruta. Um Estado-membro pode ser condenado por não tomar as atitudes necessárias para coibir a escravidão. Um trabalho que normalmente seria completamente admissível pode ser considerado servidão, a depender das circunstâncias concretas, tais como: não haver remuneração, ser o passaporte de trabalhador estrangeiro recolhido, ser o trabalhador encarcerado ou iludido, ou mesmo forçado a trabalhar no contexto do tráfico internacional de pessoas; (6) obsta a aplicação da pena de morte, assim como de penas degradantes. Nesse contexto, entende-se pena em uma acepção bastante abrangente, de modo a incluir

medidas de segurança e outras ações estatais com caráter eminentemente preventivo e não repressivo. A pena perpétua só é admissível em casos em que haja uma chance real, ainda que bastante restrita e limitada, de o indivíduo reobter sua liberdade, a bem da autonomia garantida pela dignidade humana. As penas degradantes são constatadas desde o caso concreto. Em geral, já se reconheceu que punição disciplinar-corporal, na escola, desde que leve, não configura ação ou pena degradante, que presos deficientes recolhidos em local sem instalações adequadas cumprem pena degradante, que o serviço militar obrigatório pode configurar pena degradante, em situações extremas, dentre outras coisas.

Ad summam, todas essas facetas da dignidade humana podem ser vistas, plausivelmente, nos termos de GERRIT MANSSEN (2012, p. 61), valendo-se do entendimento do *BVerfG*, como corolários de que “todo ser humano possui¹²¹, enquanto pessoa, uma dignidade, sem consideração quanto a seus atributos, seu estado corpóreo ou mental, sua performance ou seu status social (*Jeder Mensch besitze als Person eine Würde ohne Rücksicht auf seine Eigenschaften, seinen körperlichen oder geistigen Zustand, seine Leistungen und seinen sozialen Status*).

Essa dignidade, porquanto, funda um valor intrínseco, dissociado de circunstâncias empíricas ou pessoais, o que implica, fundamentalmente, a prerrogativa de autodeterminação. Esta última, ao seu turno, possui amplo campo de aplicação, de modo que a autodeterminação une diversas dimensões do que seja dignidade humana. Em derradeira instância, busca-se tratar o homem como fim e não como mero meio, é dizer, garante-se o direito, pertencente a todo ser humano, de, em princípio, ter a possibilidade de ditar as regras da própria vida. Sem se atentar para os resultados ou consequências de uma dada ação, assegura-se, de maneira antipaternalista, a chance de cada um de regular, por meio de uma escolha autônoma e ímpolita, a própria conduta.

8. Referências

AFONSO DA SILVA, José. “Curso de Direito Constitucional Positivo.” 34ªed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. “Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia.” 2ªed. (*teoria & direito público*). São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. “Grundrechte und gesetzgeberische Spielraum.” (*Kieler Rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, 41). Baden-Baden: Nomos, 2003.

¹²¹ Embora se tenha usado o indicativo na tradução, em alemão, o verbo encontra-se no subjuntivo.

“O proporcional e o razoável”. *In: Revista dos Tribunais*, RT: São Paulo, v. 798, 2002.

ALEXY, Robert. “Theorie der Grundrechte.” 2.Auf. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

ALLISON, Henry E. “Kant's Groundwork for the Metaphysics of Morals: A Commentary.” Oxford: Oxford University Press, 2011.

ANTOINE, Jörg. “Aktive Sterbehilfe in der Grundrechtsordnung.” (*Schriften zum öffentlichen Recht*, 966). Berlin: Duncker & Humblot, 2004.

ANTUNES ROCHA, Carmen Lúcia. “O direito à vida digna.” Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ÁVILA, Humberto B. “Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.” 4ªed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BADURA, Peter. “Staatsrecht: Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland.” 5.Auf. München: C.H. Beck, 2012.

BAMBERGER, Heinz Georg; ROTH, Herbert. “Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 2: §§ 611 - 1296, AGG, ErbbauRG, WEG.” 3.Auf. München: C.H. Beck, 2012.

BARBOSA, Ruy. “Os Actos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal.” Capital Federal: Companhia Impressora, 1893.

BASTIDE HORBACH, Beatriz. “Benefícios sociais e a garantia do mínimo existencial: o caso Hartz IV.” *In: Observatório da Jurisdição Constitucional*, Ano 4, 2010/2011. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/articulo/viewFile/446/287>> Acesso em 14 de janeiro de 2012.

BENVINDO, Juliano Zaiden. “Mandado de Injunção em Perigo: Os Riscos da Abstração de seus Efeitos no Contexto do Ativismo Judicial Brasileiro.” *In: Observatório da Jurisdição Constitucional*, Ano 5, 2011/2012. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/597/400>> Acesso em 14 de janeiro de 2012.

“On The Limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism.” Heidelberg; New York: Springer, 2010.

BERGMANN, Klaus *et alii*. “Geschichte und Geschehen.” (Baden-Württemberg, Band 4). Leipzig, Stuttgart u. Düsseldorf: Ernst Klett Verlag, 2003.

BIGNOTTO, Newton. “Considerações sobre a antropologia de Pico della Mirandola.” *In: MARCONDES, Danilo (org.) O que nos faz pensar? Cadernos do Departamento de Filosofia da PUC-RIO*, maio de 2010.

BLANCO DE MORAIS, Carlos. “Justiça Constitucional.” Coimbra: Coimbra Editora, tomo II, 2011.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (2006). “Die Würde des Menschen war unantastbar: Zur Neukommentierung der Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes.” *In: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Recht, Staat, Freiheit* (erweiterte Ausgabe). Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006.

BONAVIDES, Paulo. “Curso de Direito Constitucional.” 26ªed. São Paulo: Malheiros, 2011.

- BORGES SILVA, Virgínia Xavier. “A dimensão prestacional social do mínimo de existência e a responsabilidade pelo provimento das prestações Fáticas dos direitos sociais: uma análise do acórdão 509/02 (Tribunal Constitucional Português) e do Caso Hartz IV (Tribunal Constitucional Alemão).” *In: Observatório da Jurisdição Constitucional*, Ano 5, 2011/2012. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/593/397> Acesso em 14 de janeiro de 2012.
- BOROWSKI, Martin. “Grundrechte als Prinzipien.” 2.Auf. (*Kieler Rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, 11). Baden-Baden: Nomos, 2007.
- BOYLE, Kevin. “Striking a Balance: Hate Speech, Freedom of Expression, and Non-Discrimination.” London: Article 19, 1992.
- BRENNAN, Tad (2005). “The Stoic Life: Emotions, Duties and Fate.” Oxford: Clarendon Press, 2007.
- BUCKLAND, W.W. “A Text-Book of Roman Law: from Augustus to Justinian.” 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1963.
- BUMKE, Christian; VOBKUHLE, Andreas. “Casebook Verfassungsrecht.” 5.Auf. München: C.H. Beck, 2008.
- BVerfG*. Consulta ao banco de dados de decisões do Tribunal. <<http://www.BVerfG.de>> Acesso em 14 de janeiro de 2012.
- CANOTILHO, José J. Gomes; MACHADO, Jónatas E.M. “Reality Shows e liberdade de programação.” (col. *Argumentum*, 12). Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- CANOTILHO, José J. Gomes; MOREIRA, Vital. “Constituição da República Portuguesa Anotada.” 4^aed. Coimbra: Coimbra Editora, vol. 1, 2007.
- CARROLL, Lewis (1872). “Through the Looking-Glass.” *In: Alice’s Adventures in Wonderland & Through the Looking-Glass*. New York: Signet Classic, 2000.
- CARVALHO, A. L. Douglas Zaidan de. “Efeito Vinculante e Concentração na Jurisdição Constitucional no Brasil.” Brasília: Consulex, 2012.
- CASSEB, Marcelo. “O Problema das Citações Doutrinárias no STF.” *In: Revista Consultor Jurídico (CONJUR)*, publicado em 15 de setembro de 2012. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-set-15/observatorio-constitucional-problema-citacoes-doutrinarias-stf>> Acesso em: 23 out. 2012.
- CHAVES, Cristiano de F.; ROSENVALD, Nelson. “Curso de Direito Civil - Parte Geral e LINDB”. Salvador: Juspodivm, vol. 1, 2012.
- CHEMERINSKY, Erwin. “Constitutional Law.” 3rd ed. (*Aspen Casebook Series*). Austin: Aspen Publishers, 2009.
- CICERO. “De Officiis.” (*Oxford Classical Texts*). Oxford: Oxford University Press, 1994.
- COPENHAVER, Brian. “Giovanni Pico della Mirandola” (Stanford Encyclopedia of Philosophy). 2008. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/pico-della-mirandola/>> Acesso em 14 de janeiro de 2012.

COSTA BARBOSA, Ana Paula. “Die Menschenwürde im deutschen Grundgesetz und in der brasilianischen Verfassung von 1988.” Heidelberg: LIT, 2008.

COSTA NETO, João. “A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso Google.” *In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC)*. Belo Horizonte: Fórum, ano 6, n. 22, pp. 457-487, 2012.

_____ “Considerações sobre crimes de perigo abstrato e crimes negligentes (ou culposos) à luz de novas perspectivas: Figueiredo Dias, Claus Roxin e Günther Stratenwerth.” Monografia de Conclusão de Curso de Graduação em Direito. Defendida em maio de 2011. Brasília, Departamento de Direito, Universidade Católica de Brasília.

_____ “O conflito transconstitucional entre o Tribunal Constitucional Federal alemão e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos quanto à medida de segurança (*Sicherungsverwahrung*) por tempo indeterminado.” *In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC)*. Belo Horizonte: Fórum, no prelo, 2013.

CRAWFORD, James. “Brownlie's Principles of Public International Law.” Oxford: Oxford University Press, 2012.

CREMER, Wolfram. “Freiheitsgrundrechte.” Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

DAMMANN, Ilmer. “Der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung: Zum Menschenwürde- und Wesensgehaltsschutz im Bereich der Freiheitsgrundrechte.” (*Schriften zum öffentlichen Recht*, 1180). Berlin: Duncker & Humblot, 2011.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. “Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.” 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DOUGHERTY, M. V. “Pico della Mirandola: new essays.” Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DÜRIG, Günter. “Der Grundsatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 des Grundgesetzes.” *In: Gesammelte Schriften 1952-1983. (Schriften zum Öffentlichen Recht*, 463). Berlin: Duncker & Humblot, 1984.

DWORKIN, Gerald. “The Theory and Practice of Autonomy.” (*Cambridge Studies in Philosophy*). Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

_____ “Euthanasia and Physician-Assisted Suicide (For and Against).” Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

DWORKIN, Ronald (1985). “Do We Have a Right to Pornography?” *In: A Matter of Principle*. Harvard: Harvard University Press, 1985.

_____ “Justice for Hedgehogs.” Cambridge, MA/London: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

_____ “Life's Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom.” New York: Vintage, 1994.

ELLSCHIED, Günter. “Recht und Moral.” *In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfried. Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*. 4.Auf. München: C.F. Müller, 2011.

ENDERS, Christoph. "Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung: zur Dogmatik des Art. 1 GG." Tübingen: Mohr Siebeck, 1997.

_____ "Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge." (*VVDStL*, 64). Berlin: Walter de Gruyter, 2005.

FELDMAN, David. "Civil Liberties and Human Rights in England and Wales." 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.

FREUND, Georg. "Strafrecht: Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre." 2.Auf. Berlin u. Heidelberg: Springer, 2009.

GRABENWARTER, Christoph; PABEL, Katharina. "Europäische Menschenrechtskonvention." 5.Auf. München: C.H. Beck, 2012.

GUYER, Paul. "Kant's Groundwork of the Metaphysics of Morals." Boulder: Rowman & Littlefield Publishers, 1997.

HABERMAS, Jürgen. "The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights." In: *Metaphilosophy*. vol. 41, n. 4, July 2010.

HÄBERLE, Peter. "Das Menschenbild im Verfassungsstaat." 4.Auf. (*Schriften zum öffentlichen Recht*, 540). Berlin: Duncker & Humblot, 2008.

HABERMAS, Jürgen. "Zur Verfassung Europas: Ein Essay." Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2011.

HEINOLD, Alexander. "Die Prinzipientheorie bei Ronald Dworkin und Robert Alexy." (*Schriften zur Rechtstheorie*, 255). Berlin: Duncker & Humblot, 2011.

HERMAN, Barbara. "The Practice of Moral Judgment." Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

HILL JR., Thomas E. "Human Welfare and Moral Worth: Kantian Perspectives." Oxford: Oxford University Press, 2002.

_____ "Respect, Pluralism, and Justice: Kantian Perspectives." Oxford: Oxford University Press, 2000.

_____ "The Blackwell Guide to Kant's Ethics." Malden: Wiley-Blackwell, 2009.

HIRSCHL, Ran. "Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism." Cambridge, MA: Harvard University Press, 2004.

HOBBS, Thomas (1642). "De Ciue." (*Latin edition*). Oxford: Clarendon Press, 1983.

HÖFFE, Otfried. "Immanuel Kant." München: C.H. Beck, 2007.

_____ "Kants 'Grundlegung zur Metaphysik der Sitten': Ein kooperativer Kommentar." 4.Auf. Frankfurt am Main: Klostermann, 2010.

_____ "Kants Kritik der praktischen Vernunft: Eine Philosophie der Freiheit." München: C.H. Beck, 2012.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang (1998). "Informationelle Selbstbestimmung in der Informationsgesellschaft." In: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Offene Rechtswissenschaft: Ausgewählte Schriften und geleitende Analysen*. Stuttgart: Mohr Siebeck, 2010.

HORN, Jessica. "Giovanni Pico della Mirandolas Menschenbild in seiner Schrift *De dignitate hominis*." Norderstedt: GRIN Verlag, 2006.

HUFEN, Friedhelm. "Staatsrecht II. Grundrechte." 3.Auf. München: C.H. Beck, 2011.

ISRAEL, Jean-Jacques. "Manuel des Libertés Fondamentales." Paris: L.G.D.J., 1998.

JARASS, Hans D.; PIEROTH, Bodo. "Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar." 11.Auf. München: C.H. Beck, 2011.

JESTAEDT, Matthias. "Phänomen Bundesverfassungsgericht: Was das Gericht zu dem Macht, was es ist." In: JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver; MÖLLERS, Christoph *et alii*. *Das entgrenzte Gericht: Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*. Frankfurt am Main: Surhkamp, 2011.

_____ "The Doctrine of Balancing: its Strengths and Weaknesses." In: KLATT, Matthias. *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

JHERING, Rudolf von (1872). "Der Kampf ums Recht." Frankfurt am Main: Klostermann, 2003.

JOAS, Hans. "Die Sakralität der Person: Eine Genealogie der Menschenrechte." Frankfurt am Main: Surhkamp, 2011.

KANT, Immanuel (1784). "Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?" In: KANT, Immanuel (1782-1798). *Abhandlungen nach 1781. (Akademieausgabe, Bd. VIII)*. Berlin: Duncker & Humblot, 1912.

_____ (1797). "Die Metaphysik der Sitten." (*Akademieausgabe, Bd. VI*). Berlin: Duncker & Humblot, 1907.

_____ (1785a). "Grundlegung zur Metaphysik der Sitten." (*Akademieausgabe, Bd. IV*). Berlin: Duncker & Humblot, 1911.

_____ "Gesammelte Schriften." Edição eletrônica da obra completa de Kant, edição da academia (*Akademieausgabe*). Disponível em: <<http://www.korpora.org/>> Acesso em 14 de setembro de 2012.

_____ (1788). "Kritik der praktischen Vernunft." (*Akademieausgabe, Bd. V*). Berlin: Duncker & Humblot, 1968.

_____ (1785b). "Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks." In: KANT, Immanuel (1782-1798). *Abhandlungen nach 1781. (Akademieausgabe, Bd. VIII)*. Berlin: Duncker & Humblot, 1912.

KATEB, George. "Human Dignity." Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011.

KELSEN, Hans (1932). "Verteidigung der Demokratie." In: JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (Hrsg.) *Verteidigung der Demokratie*. Stuttgart: Mohr Siebeck, 2006.

_____ (1920). “Vom Wesen und Wert der Demokratie.” 1.Auf. In: JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (Hrsg.). *Verteidigung der Demokratie*. Stuttgart: Mohr Siebeck, 2006.

_____ (1953). “Was ist Gerechtigkeit?” Stuttgart: Reclam, 2000.

_____ (1929). “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit.” (*VVDStL*, 5). Berlin u. Leipzig: Walter de Gruyter, 1929.

KERSTEIN, Samuel J. “Kant's Search for the Supreme Principle of Morality.” Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

KLOEPFER, Michael. “Verfassungsrecht - Band II: Grundrechte.” München: C.H. Beck, 2010.

KÖNEMANN, Britta. “Der verfassungsunmittelbare Anspruch auf das Existenzminimum: Zum Einfluss von Menschenwürde und Sozialstaatsprinzip auf die Sozialhilfe.” (*Studien zum Sozialrecht*, Band 2). Hamburg: Verlag Dr. Kovac, 2005.

KORSGAARD, Christine M. “Creating the Kingdom of Ends.” Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

KUNIG, Philip. “Art. 2. Persönlichkeit, Leben, körperliche Unversehrtheit, Freiheit.” In: KUNIG, Philip; MÜNCH, Ingo von. *Grundgesetz-Kommentar - Band 1: Präambel, Art. 1 bis Art. 69*. 6.Auf. München: C.H. Beck, 2012.

LAMPRECHT, Rolf. “Ich gehe bis nach Karlsruhe: Eine Geschichte des Bundesverfassungsgerichts.” München: Deutsche Verlags-Anstalt, 2011.

LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. “Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts.” 9.Auf. München: C.H. Beck, 2004.

LENSKI, Sophie-Charlotte. “Personenbezogene Massenkommunikation als verfassungsrechtliches Problem: das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Konflikt mit Medien, Kunst und Wissenschaft.” (*Schriften zum Öffentlichen Recht*, 1052). Berlin: Duncker & Humblot, 2007.

LINDNER, Josef Franz. “Theorie der Grundrechtsdogmatik.” Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

MACHADO, Jónatas E. M. “Direito da União Europeia.” Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MAHLMANN, Matthias. “Human Dignity and Autonomy in Modern Constitutional Orders.” In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012a.

_____ “Rechtsphilosophie und Rechtstheorie.” 2.Auf. Baden-Baden: Nomos, 2012b.

MANSEN, Gerrit. “Staatsrecht II: Grundrechte.” 9.Auf. München: C.H. Beck, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. “Técnicas de Decisão.” In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. “Direito Além da Vida: Um ensaio sobre os direitos da personalidade *post mortem*.” São Paulo: LTr, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Curso de Direito Constitucional.” 6ªed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. “Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO - Comentários à Lei n. 9.868/99.” 1ªed. (*Série EDB*). São Paulo: Saraiva, 2012a.

_____ “Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional.” 4ªed. (*Série EDB*). São Paulo: Saraiva, 2012b.

_____ “Efetivação dos direitos sociais: o caso do benefício assistencial na jurisprudência do STF.” In: *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Ano 5, 2012c. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/803/541>> Acesso em 7 de novembro de 2012c.

_____ “Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional.” In: *Revista Jurídica Virtual*. Brasília, vol. 2, n. 13, junho/1999.

_____ “O Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade.” In: MENDES, Gilmar Ferreira; SILVA MARTINS, Ives Gandra; VALDER DO NASCIMENTO, Carlos. *Tratado de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. “Transparência e Privacidade: Violação e Proteção da Informação Pessoal na Sociedade do Consumo.” Dissertação de Mestrado. Defendida em junho de 2008. Brasília, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília.

MENEZES CORDEIRO, António (1983). “Da Boa-fé no Direito Civil.” Coimbra: Almedina, 2011.

MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. “Grundrechte.” 3.Auf. Baden-Baden: Nomos, 2012.

MIRANDA, Pontes de. “Liberdade, Igualdade, Democracia: os três caminhos.” São Paulo: Saraiva, 1979.

_____ “Tratado de Direito Privado.” 4ªed. Rio de Janeiro: Forense, tomo II, 1977.

MÖLLERS, Christoph. “Demokratie: Zumutungen und Versprechen.” 2.Auf. Berlin: Klaus Wagenbach, 2009.

_____ “‘We are (afraid of) the people’: Constituent Power in German Constitutionalism.” In: LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil. *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

MOWBRAY, Alastair. “Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights.” Oxford: Oxford University Press, 2012.

MURPHY, Bruce Allen. “Wild Bill: The Legend and Life of William O. Douglas.” New York: Random House, 2003.

NEUMANN, Volker. “Menschenwürde und Existenzminimum im Verfassungsrecht.” 2010. (*Humboldt-Universität zu Berlin*). Disponível em: http://www.fes.de/integration/pdf/100510_neumann.pdf Acesso em 14 de janeiro de 2012.

_____ “Menschenwürde und Existenzminimum.” In: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (NVwZ); 1995. Disponível em: <http://edoc.hu-berlin.de/humboldt-vl/neumann-volker/PDF/Neumann.pdf> Acesso em 14 de janeiro de 2012.

NEVES, Marcelo. “A Constitucionalização Simbólica.” São Paulo: Martins Fontes, 2007a.

NEVES, Marcelo. “Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal.” In: *Revista Consultor Jurídico (CONJUR)*, publicado em 27 de outubro de 2012. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>> Acesso em: 29 out. 2012.

NEVES, Marcelo. “The symbolic force of human rights.” In: *Philosophy & Social Criticism*, v. 33, pp. 411-444, 2007b.

_____ “Transconstitucionalismo.” São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. “Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria.” Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____ “As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição.” 2ªed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

OBERDORFF, Henri. “Droits de l’homme et libertés fondamentales.” 3e éd. Paris: Montchrestien, 2011.

O’BRIEN, David M. “Constitutional Law and Politics: Civil Rights and Civil Liberties.” 6th ed. New York: W.W. Norton & Company, 2005.

O’NEILL, Onora. “Constructions of Reason: Explorations of Kant’s Practical Philosophy.” New York: Cambridge University Press, 1989.

OSSENBÜHL, Fritz. “Staatshaftungsrecht.” 5.Auf. München: C.H. Beck, 1991.

PATTAR, Andreas Kurt. “Grundsicherung für Arbeitssuchende.” In: KLINGER, Roland; KUNKEL, Peter-Christian; PATTAR, Andreas Kurt; PETERS, Ri’in Karen. *Existenzsicherungsrecht: SGB XII mit SGB II und AsylbLG*. 3.Auf. Baden-Baden: Nomos, 2012.

PETERS, Ri’in Karen. “Hilfe zum Lebensunterhalt.” In: KLINGER, Roland; KUNKEL, Peter-Christian; PATTAR, Andreas Kurt; PETERS, Ri’in Karen. *Existenzsicherungsrecht: SGB XII mit SGB II und AsylbLG*. 3.Auf. Baden-Baden: Nomos, 2012.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni (1486). “De hominis dignitate/Über die Würde des Menschen” (Lateinisch/Deutsch). Stuttgart: Reclam, 1997.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. “Grundrechte. Staatsrecht II.” 27.Auf. Heidelberg: C.F. Müller, 2011.

PINTO OLIVEIRA, Nuno Manoel. “Princípios de Direito dos Contratos.” Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

PULIDO, Carlos Bernal. “Die Fundamentalität der Grundrechte.” In: CLÉRICO, Laura; SIECKMANN, Jan-R. (Hrsgs.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009.

RAWLS, John. “A Theory of Justice.” Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.

RIPSTEIN, Arthur. “Force and Freedom: Kant’s Legal and Political Philosophy.” Cambridge, MA/London: Harvard University Press, 2009.

- ROBERT, Jacques; DUFFAR, Jean. "Droits de l'homme et libertés fondamentales." 8e éd. Paris: Montchrestien, 2009.
- RODRIGUES DE BRITO, Iolanda A.S. "Liberdade de Expressão e Honra das Figuras Públicas." Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- ROSEN, Michael. "Dignity: Its History and Meaning." Cambridge, MA: Harvard University Press, 2012.
- ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. "Zivilprozessrecht." 17.Auf. München: C.H. Beck, 2011.
- ROUSSEAU, Dominique. "Droit du contentieux constitutionnel." 9e éd. Paris: Montchrestien, 2010.
- ROXIN, Claus. "Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre." 4.Auf. München: C.H.Beck, 2006.
- RUIZ MIGUEL, Carlos. "Human Dignity: History of an idea." In: HÄBERLE, Peter. *Jahrbuch des öffentlichen Recht.* Bd. 50. Stuttgart: Mohr Siebeck, 2002.
- SARLET, Ingo. "Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988." 9ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SCHMITT, Carl. "Legalität und Legitimität." 7.Auf. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.
- SCHÖNECKER, Dieter; WOOD, Allen W. "Kants 'Grundlegung zur Metaphysik der Sitten': Ein einführender Kommentar." 3.Auf. Paderborn: Schöningh, 2007.
- SELLARS, John. "Stoicism." Berkeley and Los Angeles, CA: University of California Press, 2006.
- SIECKMANN, Jan-R. "Die Prinzipientheorie des Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys." Baden-Baden: Nomos, 2007.
- _____ "Recht als normatives System: Die Prinzipientheorie des Rechts." (*Studien zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 51). Baden-Baden: Nomos, 2007.
- SINGER, Peter. "Practical Ethics." 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- SLOTERDIJK, Peter. "Kritik der zynischen Vernunft." Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983.
- SMEND, Rudolf. "Das Recht der freien Meinungsäußerung." (*VVDStL*, 4). Berlin u. Leipzig: Walter de Gruyter, 1928.
- SODAN, Helge. "Menschenwürde; Menschenrechte; Grundrechtsbindung." In: SODAN, Helge. *Grundgesetz.* 2.Auf. München: C.H. Beck, 2011.
- SODERO, Eduardo. "Alexy und die Rehabilitierung der Frage nach dem Rechtsbegriff." In: CLÉRICO, Laura; SIECKMANN, Jan-R. (Hrsgs.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys.* Baden-Baden: Nomos, 2009.
- STARCK, Christian. "Artikel 1 Absatz 1." In: MANGOLDT, Hermann von; KLEIN, Friedrich; STARCK, Christian. *Kommentar zum Grundgesetz. Band I - Präambel, Art. 1-19.* 6.Auf. München: Franz Vahlen, 2010.

STEINMETZ, Wilson. “Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais.” In: AFONSO DA SILVA, Virgílio (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

STERN, Klaus. “Die Hauptprinzipien des Grundrechtssystems des Grundgesetzes.” In: STERN, Klaus; BECKER, Florian. *Grundrechte-Kommentar: Die Grundrechte des Grundgesetzes mit ihren europäischen Bezügen*. Köln: Carl Heymanns, 2010.

_____ “Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland - Band III/1: Allgemeine Lehren der Grundrechte.” München: C.H. Beck, 1988.

_____ “Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland - Band IV/1: Die einzelnen Grundrechte.” München: C.H. Beck, 2006.

_____ “Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland - Band IV/2: Die einzelnen Grundrechte.” München: C.H. Beck, 2011.

STOLLEIS, Michael (Hrsg.). “Herzkammern der Republik: Die Deutschen und das Bundesverfassungsgericht.” München: C.H. Beck, 2011.

STONE, Richard. “Textbook on Civil Liberties & Human Rights.” 9th ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

STUART MILL, John (1859). “On Liberty.” In: STUART MILL, John. *On Liberty and Other Essays*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

SUCHOMEL, Jan-Ulf. “Partielle Disponibilität der Würde des Menschen.” (*Schriften zum Öffentlichen Recht*, 1152). Berlin: Duncker & Humblot, 2010.

THOMA, Richard (1925). “Grundrechte und Polizeigewalt.” In: DREIER, Horst (Hrsg.) *Rechtsstaat, Demokratie, Grundrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

TEIFKE, Nils. “Das Prinzip Menschenwürde.” Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.

TIEDEMANN, Paul. “Menschenwürde als Rechtsbegriff: Eine philosophische Klärung.” 2.Auf. Berlin: BWV, 2010.

VAN OUYEN, Robert Chr. “Der Staat der Moderne: Hans Kelsens Pluralismustheorie.” (*Beiträge zur Politischen Wissenschaft*, Band 125). Berlin: Duncker & Humblot, 2003.

WALDRON, Jeremy. “The Dignity of Legislation.” Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

_____ “Dignity and Defamation: The Visibility of Hate” (*2009 Holmes Lectures*). In: *Harvard Law Review*, vol. 123, pp. 1596-1657, 2010.

WALTERMANN, Raimund. “Sozialrecht.” 9.Auf. München: C.F. Müller, 2011.

WEIS, Hubert. “Meine Grundrechte: Bedeutung, Schranken und Rechtsprechung.” 4.Auf. München: DTV, 2004.

WEST, Caroline. “Pornography and Censorship.” (Stanford Encyclopedia of Philosophy). 2004. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/pornography-censorship/>> Acesso em 15 de abril de 2012.

WOOD, Allen W. "Kantian Ethics." Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

WORMS, Christoph. "Verwaltung der Grundsicherung für Arbeitsuchende: Aufgabenzuständigkeit und Verantwortlichkeit nach dem Grundgesetz und dem SGB II." (*Schriften zum Öffentlichen Recht*, 1202). Berlin: Duncker & Humblot, 2012.