



A DIGNIDADE HUMANA COMO PRINCÍPIO ÉTICO-JURÍDICO

Günther Maluschke¹

RESUMO

O conceito de dignidade humana tem uma posição de destaque na teoria dos direitos humanos e fundamentais. Nas constituições democráticas e suas teorias, a dignidade humana é geralmente apresentada como princípio fundador tanto dos direitos fundamentais quanto das próprias constituições democráticas. Por essa razão, esse princípio atualmente é também de máxima importância na jurisprudência dos Estados democráticos. Neste trabalho, analisam-se as dificuldades causadas pela polissemia desse conceito. Sua aplicação como princípio absoluto, a despeito de sua polissemia, gera uma série de graves problemas.

Palavras-chave

Dignidade humana. Direitos humanos. Fim em si mesmo. Pessoa. Princípio absoluto.

ABSTRACT

The concept of human dignity has a special position in the theory of human and fundamental rights. In the constitutions of the democratic states and their theories, human dignity is usually presented as a founding principle both of the basic rights and the democratic constitution. For this reason, this principle is currently of maximum importance in the jurisprudence of the democratic states. In this paper, the difficulties that result from the several meanings of this concept are analyzed. Its application, in Law, as an absolute principle, despite its different meanings, generates a great number of serious problems.

Key-words

Human dignity. Human rights. End in itself. Person. Absolute Principle.

1. INTRODUÇÃO

Uma das grandes dificuldades da Filosofia Política e da Filosofia do Direito é a indeterminação de seus vocábulos centrais, como, por exemplo, “democracia”, “Estado de Direito”, “liberdade” e “dignidade humana”. Todas essas noções são grandes desafios também para a Ciência do Direito, especialmente para o Direito Constitucional.

¹ Professor titular do curso de Pós-graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Fortaleza. Livre Docência pela Universidade de Tübingen. Doutor em Filosofia pela Universidade de Bonn.

Na grande maioria das constituições democráticas e nas declarações internacionais dos direitos humanos, a “dignidade humana”² apresenta-se como valor fundamental por excelência, como eixo dos direitos do homem. Dignidade humana e direitos humanos são proclamados como se fossem noções em si mesmas evidentes.

Esta aparência de evidência desaparece, no entanto, desde que se lança um olhar sobre as interpretações jurídico-filosóficas dos direitos humanos e direitos fundamentais. Na atual teoria da Constituição, o conceito proeminente de “dignidade da pessoa humana” é um grande desafio para os teóricos – juristas e filósofos do direito – por causa de sua extraordinária complexidade semântica. As publicações acerca desse tema, rapidamente crescendo, aumentam não somente o consenso no quadro de uma teoria majoritária tradicional, mas também as diferenciações e, com isto, o dissenso e a divergência, assim multiplicando o número de teorias divergentes e heterogêneas.

Há um consenso quase universal entre juristas e filósofos de que o vocábulo “dignidade humana” é um conceito polissêmico. Apesar de sua polissemia, compreende-se esse conceito como princípio fundamental dos direitos humanos e também dos direitos fundamentais consagrados nas constituições de muitos Estados democráticos. Referindo-se a um princípio polissêmico, abre-se, entretanto, um horizonte amplo de várias interpretações possíveis. Neste artigo, trataremos desse problema com o intuito de desvendar os distúrbios hermenêuticos que um princípio estruturante, colocado acima de qualquer ponderação, pode provocar.

2. ANÁLISE LINGUÍSTICO-LÓGICA

Uma característica do conceito de dignidade humana merece ser mencionado desde o início. À primeira vista, a maneira como se apresenta o princípio de dignidade humana nas declarações internacionais dos direitos humanos e nas constituições de muitos Estados democráticos provoca a aparência de que se trate de um conceito puramente descritivo, isento de avaliações. É, porém, uma aparência enganadora. Como mostrou Norbert Hoerster³, a dignidade humana não é – como inicialmente se pode pensar – um objeto preexistente e acessível ao conhecimento, como, por exemplo, a vida humana ou a integridade física. De outro lado, o conceito de dignidade

² Não diferenciamos rigidamente – como Ingo Wolfgang Sarlet – entre “dignidade humana” e “dignidade da pessoa humana”. De acordo com o uso geral, utilizamos o termo “dignidade humana” como sinônimo da expressão “dignidade da pessoa humana”. A necessidade de uma diferenciação surge quando a dignidade, com significado ampliado, é atribuída à vida humana em geral, por exemplo, ao feto humano ou até às células humanas. Nesses casos, obviamente, se usa a expressão “dignidade humana” e não “dignidade da pessoa humana”. Essa diferenciação se evidencia pelo próprio contexto.

³ Cf. HOERSTER, N. Zur Bedeutung des Prinzips der Menschenwürde. In: *Juristische Schulung*, München: C.H. Beck, vol. 82, 1983, p. 93-96.

humana também não é de natureza *puramente normativa*, ele antes inclui um elemento descritivo, a saber, o fato de que o homem, conforme a sua natureza, é equipado com a capacidade de livre autodeterminação.

A única limitação da autodeterminação de um solitário Robinson Crusoe numa ilha despovoado seriam os limites das suas forças físicas em frente de uma natureza inóspita. Em comunidade com outros seres humanos, no entanto, a liberdade de uma pessoa *não deve* invadir a esfera da autodeterminação das outras pessoas. A expressão “*não deve*” indica a necessidade de criar normas do comportamento humano para evitar conflitos entre os membros da sociedade ou para resolvê-los pacificamente. A própria capacidade de autodeterminação é um mero fato, não incluindo normas. Este fato, considerado em si mesmo, é, pelo contrário, um dos fatores de conflitos possíveis. Necessita-se agora uma ordem jurídica cujo objetivo é garantir – segundo a famosa fórmula de Kant – “o conjunto das condições por meio das quais o arbítrio de um pode estar de acordo com o arbítrio de cada outro segundo uma lei universal.”⁴ A idéia bastante abstrata de uma lei universal de compatibilização das liberdades individuais tem uma conseqüência, também muito abstrata, para os indivíduos que Kant exprime na forma do seguinte imperativo: “Age externamente de tal maneira que o uso livre de seu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal.”⁵ A procurada lei universal que sirva para compatibilizar as liberdades individuais não se encontra na própria liberdade. De fato, Kant pretende diferenciar entre autodeterminação ou liberdade legítima, que deve estar em conformidade com a lei moral (definido pelo imperativo categórico kantiano) e liberdade ilegítima, em contradição com o imperativo categórico.

É extremamente controversa a questão de saber se Kant conseguiu demonstrar que a razão na sua forma de “razão prática” possa fundamentar satisfatoriamente a autodeterminação eticamente justificada em contraste com as formas de autodeterminação moralmente reprováveis, e isto por meio de critérios objetivamente válidos. Essa questão será retomada mais tarde. Por agora, pode-se dizer que aqui estamos enfrentando um ponto fraco na argumentação kantiana. Está, porém, fora de dúvidas que um recurso ao princípio polissêmico de dignidade da pessoa humana seria pouco promissor. Analisaremos mais tarde a concepção kantiana de dignidade humana relacionada à definição da pessoa como fim em si mesmo.

Defende-se, nesse artigo, a seguinte tese: se o princípio da dignidade da pessoa humana poder ser compreendido adequadamente só no sentido de que por ele são protegidas *formas eticamente legítimas* da autodeterminação – e somente formas eticamente legítimas –, então dificilmente se evita a conclusão de que a aplicação pretensamente correta desse princípio está intimamente ligada

⁴ KANT, I., *Die Metaphysik der Sitten*. In: Kants Werke, Akademie- Ausgabe, (a seguir citado: AA), Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1968, vol. VI, p. 230 (nas referências a esta obra, sempre minha tradução).

⁵ Ibid. p. 231.

a um juízo moral valorativo. Isto vale também para as autoridades jurídicas: pretendendo fazer valer o princípio de dignidade humana como princípio protetor dos direitos individuais (ou coletivos), tais autoridades não podem deixar de fazer avaliações pessoais ou condicionadas pelo espírito do tempo (*Zeitgeist*), a saber, particulares, que geralmente têm sua origem em crenças religiosas, especulações metafísicas ou ideologias. Uma *dedução* de critérios de autodeterminação eticamente legitimada e, num segundo passo, critérios pelos quais se identifiquem formas de autodeterminação não legítima, não é possível. Princípios éticos são postulados que, *em termos éticos*, não se justificam. Utilizam-se tais postulados, que, por sua parte, não podem ser justificados, para justificar determinados atos e deslegitimar outros.

Juristas, por sua vez, de modo costumeiro, ao tratarem da dignidade das pessoas, qualificam essa mesma de “dimensão principiológica” por excelência, a partir da qual pretendem lograr a concretização de um programa normativo dos órgãos públicos. Sarlet, por exemplo, afirma que “a concretização do programa normativo do princípio da dignidade da pessoa humana incumbe aos órgãos estatais, especialmente, contudo, ao legislador, encarregado de edificar uma ordem jurídica que corresponda às exigências do princípio”.⁶ Caso se trate de um princípio polissêmico, os órgãos, no entanto, enfrentam grandes problemas, pois nele estariam incluídos programas normativos heterogêneos. A partir de princípios normativos abstratos uma passagem a normas concretas por meio de operações lógicas não é possível. Já Kant enfatizou que, nesse caso, a dedução segura, sendo impossível, deve ser substituída pelas capacidades menos seguras da faculdade de julgar de quem aplica os princípios. A insegurança aumenta consideravelmente, se o princípio for polissêmico. Trata-se, agora, de um princípio fraco no sentido de idéia diretriz, que, na sua função reguladora, aponta para várias direções. Na Ciência do Direito e na jurisprudência, fala-se freqüentemente de dedução quando se pratica o inverso: ao aplicar direitos fundamentais positivadas na constituição e até leis infraconstitucionais invoca-se, geralmente, ainda o princípio de dignidade humana, como se a aplicação das leis vigentes necessitasse de uma justificação suplementar pelo princípio axiológico supremo da Constituição.

No que diz respeito ao “princípio” de dignidade humana, pode-se constatar ainda o seguinte: quando se tenta determinar condições de vida com dignidade ou atos atentatórios à dignidade da pessoa humana, quase sempre entram em cena as opiniões normativas predominantes da respectiva sociedade ou época: as concepções acerca dos atos considerados em concordância com o princípio de dignidade e dos atos em contraste a este princípio são determinados, sobretudo, pelo clima de opiniões culturais, e muito menos pela própria natureza humana.

Isto pode se verificar por meio de uma breve retrospectiva sobre a história do conceito de dignidade humana.

⁶ SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 6ª edição revista, atualizada e ampliada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 124.

3. EXPOSIÇÃO SUMÁRIA DA HISTÓRIA DO CONCEITO DE DIGNIDADE HUMANA

Como já foi mencionado, o conceito “dignidade humana” é suscetível de muitas interpretações. A palavra “dignidade” (sem o atributo “humana”) tem uma história muito longa; a expressão “dignidade humana” desempenha, por muito tempo, um papel secundário, mas a idéia de que o homem, em virtude de sua natureza e excelência pelas quais se destaca de todos os outros seres vivos, é portador de uma dignidade específica já se encontra nos escritos dos estoicos e recebeu por Cícero a definição que a seguir se torna o ponto de partida da história desse conceito. Sem dúvida, as metamorfoses que a palavra “dignidade” e a expressão “dignidade humana” sofreram durante sua longa história continuam a se manifestar na linguagem atual. Eis aqui a origem principal da polissemia de “dignidade” e “dignidade humana”.

Na Antiguidade greco-romana, “dignidade” era, em primeiro lugar, um termo sócio-político; na Idade Média, aparece como princípio teológico, e isto tanto na perspectiva política (teologia política) quanto no contexto de uma antropologia teológica. Na Idade Moderna, finalmente se faz valer como conceito da ética, e isto particularmente na filosofia de Immanuel Kant.

Na Antiguidade romana, dignidade encontra-se, sobretudo, como atributo da própria República, do povo e do Império Romano. No interior do Estado, dignidade é um predicado de excelência e de *status*, reservado à nobreza e aos políticos, manifestando-se numa escala de graus, dependendo do desempenho político do indivíduo. Associam-se a este vocábulo termos da mesma natureza, tais como ‘autoridade’, ‘majestade’, ‘brio’, ‘grandeza’, ‘decoro’. É óbvio que a grande maioria da população estava excluída dessas dignidades, ligadas a altos ofícios políticos.

Também nas obras de Cícero prevalece a idéia de dignidade no sentido sócio-político, isto é, como atributo pelo qual se designava o *status* de preeminência de determinadas pessoas na sociedade romana. Além disso, encontram-se em Cícero – que a este respeito é um defensor da doutrina do estoicismo – as raízes da concepção de dignidade interna, ou melhor, dignidade como atributo do próprio homem, independente de seu *status* social.⁷ Em comparação ao *status* inferior dos animais, o homem se destaca pela sua racionalidade que os animais não possuem, e, por isso, o homem é considerado como portador de uma dignidade que não pode ser atribuída aos animais.⁸ Evidentemente, o termo “dignidade humana”, aparentemente um conceito puramente descritivo, é impregnado por uma avaliação que está inerente na comparação.

Na Idade Média, a dignidade política é relacionada a uma concepção teológica, em virtude da qual tem muito pouco em comum com o conceito de

⁷ CÍCERO, *De officiis*, 5ª edição, Leipzig: B. G. Teubner Verlagsgesellschaft, 1963, 1,115s.

⁸ *Ibid.*, 1, 115s.

dignidade clássico-romano. Agora, defende-se a idéia de que a dignidade das pessoas que ocupam cargos elevados é uma dádiva divina, sendo os dignatários os portadores mortais de uma dignidade imortal, visto que são representantes de uma ordem eterna criada por Deus. Destarte, anula-se um elemento fundamental da concepção romana de dignidade, a saber: sua correlação com a República Romana (e, se a teoria for conseqüente, com qualquer instituição puramente terrestre). O papado e, em seguida, (inconsequentemente!) também a realeza são considerados como instituições que a morte não pode abalar: o detentor do ofício e portador da respectiva dignidade é mortal; aquelas instituições e suas dignidades, porém, são imortais, por fazerem parte da ordem natural que tem sua origem na vontade divina. Esta visão teológica não pode prescindir da hipótese de que tanto o papado quanto a realeza (o regime monárquico) são instituições previstas pela providência divina. A dignidade é considerada imortal porque se fundamenta na ordem eterna. Por isso, Petrus Baldus de Ubaldi pensa que ela não se refere à pessoa pessoal (*persona personalis*), mas à pessoa ideal (*persona idealis, quae est dignitas*).⁹

No que concerne à outra dimensão da dignidade, isto é, aquela atribuída à própria natureza humana, paradigmaticamente antecipada por Cícero, essa também está sendo reprimada, no entanto, com as devidas modificações no quadro de uma antropologia teológica. A dignidade da pessoa humana manifesta-se, de acordo com a concepção de Cícero, na racionalidade como característica específica do ser humano. Essa sua característica, no entanto, na perspectiva teológica, está intimamente ligada a um aspecto ainda mais importante: à sua qualidade incorporando a imagem de Deus. Para o homem, criado segundo a imagem de Deus, dotado de alma imortal e destinado à salvação eterna, a dignidade se torna apelo e obrigação a levar uma vida moral completamente submetida à vontade divina para que o indivíduo se faça merecedor daquela dignidade original em sua plenitude, que de agora em diante é fruto da salvação.

Merece ser acentuada ainda um outro paralelismo entre a concepção clássica e a medieval com respeito às atribuições de dignidade(s) aos portadores de cargos honoríficos, por um lado, e ao próprio ser humano, por outro lado. Mantém-se, na dimensão sócio-política, a visão hierárquica; o conceito teológico-antropológico é, em analogia à respectiva concepção de Cícero, pelo menos potencialmente igualitário. As duas dimensões, a sócio-política e a antropológica, logicamente não se harmonizam uma com a outra.

Precisamente pelo fato de que na concepção cristão-teológica a dignidade – tanto a dignidade das instituições do papado e da realeza quanto a dignidade humana – é definida numa perspectiva sobrenatural, Tomás de Aquino estava

⁹ Petrus Baldus de Ubaldi, Concilia 3, 217, 3; apud Kondylis, P. In: BRUNNER, O. CONZE, W. KOSELLECK, R. (eds.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Historisches Wörterbuch zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, Stuttgart: Klett-Cotta, 1992, vol. 7, p. 652.

em condições de legitimar as hierarquias sociais daquela época em termos de dignidade institucional, a despeito das discrepâncias freqüentemente óbvias entre integridade moral de uma pessoa da alta posição e sua dignidade social; uma vez que a dignidade institucional não passava por afetada pelos defeitos morais de seu detentor.¹⁰

Uma concepção secular da dignidade humana encontra-se, no final do século XVI, na doutrina do direito natural de Pufendorf. Dignidade apresenta-se agora como atributo da pessoa moral, do ser humano que sabe distinguir entre o bem e o mal. A racionalidade exige o cumprimento de determinadas normas de conduta humana. Auto-estima e dignidade complementam-se: quem respeita a si mesmo deve também respeitar a todos os outros, pois todos têm a natureza humana em comum.¹¹ Por meio de um conceito avaliador (racionalidade em contraste aos seres vivos não racionais), Pufendorf atribui ao homem um valor positivo, e este se torna norma de autoperfeiçoamento do homem.

Uma forma mais nítida da concepção secularizada do conceito de dignidade é oferecida pela filosofia de Immanuel Kant, apesar de ele conservar a antropologia dualista, distinguindo duas partes no homem: ele é, por um lado, ser racional e, por outro lado, ser sensível. Aqui se repete, de certa maneira, a distinção medieval entre '*persona idealis*' e '*persona personalis*'. Segundo Kant, dignidade cabe a cada homem como ser racional-moral. A lei moral como mandamento absoluto precisa de um ponto de referência absoluto, e Kant denomina como tal valor absoluto ou fim em si mesmo o homem ou o ser racional em geral. Kant afirma:

... ainda quando nos representamos sob o conceito de dever uma sujeição à lei, possamos achar não obstante simultaneamente uma certa sublimidade e *dignidade* na pessoa que cumpre todos os seus deveres. Pois enquanto ela está *submetida* à lei moral não há nela sublimidade alguma; mas há-a sim na medida em que ela é ao mesmo tempo *legisladora* em relação a essa lei moral e só por isso lhe está subordinada.¹²

É a razão que constitui o valor absoluto do ser humano. Segundo Kant, dignidade é o atributo de um ser racional que somente obedece àquelas leis que ele mesmo si dá. Por conseguinte, "autonomia é o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda natureza racional".¹³ Aqui aparece pela primeira vez a ligação íntima entre dignidade humana e autonomia; a autonomia se apresenta como característica essencial da dignidade humana. Esta concepção simboliza o desmoronamento da visão teológica medieval e a libertação da heteronomia

¹⁰ Kondylis, *ibid.*, p. 652. Cf. GILBY, T. *The Political Thought of Thomas Aquinas*. Chicago: [s.ed], 1958, p. 24 e 26s.

¹¹ PUFENDORF, S. *De jure naturae et gentium libri octo*, Lund : A. Junghaus, 1672, 2,2,1,8, p. 105 e 117. Cf. KONDYLIS, P. *op. cit.* p. 664.

¹² KANT, I. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. In: *Os Pensadores*. São Paulo: Victor Civita, 1984, p. 144.

¹³ KANT, I. *Ibid.* p. 141.

dos mandamentos divinos. Só um ser autônomo que é capaz de escolher para si mesmo os seus próprios fins é fim em si mesmo e, por conseguinte, sujeito de qualquer finalidade.

A humanidade mesma é uma dignidade; pois o homem não pode ser utilizado unicamente como meio por nenhum homem (nem por outros nem sequer por si mesmo), mas sempre ao mesmo como fim, e nisto consiste precisamente sua dignidade (a personalidade), em virtude da qual se eleva sobre todos os demais seres do mundo que não são homens e que podem ser utilizados, por conseguinte, se eleva sobre todas as coisas.¹⁴

Uma análise do conceito kantiano de dignidade humana nos enfrenta com os problemas lógicos já mencionados, pois este conceito tem uma estrutura dupla: por um lado, ele se apresenta como conceito descritivo indicando a qualidade da capacidade racional de autodeterminação e de ação e, por outro lado, ele designa a dimensão normativa de uma pessoa na qualidade de sujeito moral e sujeito de direito. Uma passagem logicamente correta do ser (capacidade racional de ação) ao dever ser (ao dever moral) – com a pretensão de “deduzir” do enunciado descritivo um enunciado prescritivo – não é possível. A autonomia é a capacidade de autodeterminação, isto é, uma capacidade descritível em termos do ser (ou: por meio de constatações). O conceito de autonomia não contém nenhum elemento normativo, e a partir dele não se pode deduzir a norma de que um ser autônomo deve respeitar a autonomia, e com isto, a “dignidade” de outros seres humanos autônomos. O fato da autonomia da pessoa não implica nem o dever de respeitar a autonomia de outrem nem o direito de ser respeitado. A passagem do fato da autonomia para o direito de ela ser respeitada pelas outras pessoas não é possível por meio de uma dedução implícita ou explícita. Por meio de uma lógica dedutiva não se alcança a dimensão normativa; esta deve ser pressuposta.

Kant afirma que a autonomia da pessoa não é ilimitada, que o limite da autonomia de uma pessoa é a esfera da autonomia das outras pessoas. De novo se apresenta o problema: este postulado normativo não se deduz da própria autonomia das pessoas. É um postulado puro, e, por isso, teoricamente não provável. Segundo Kant, só a autonomia eticamente qualificada é a verdadeira autonomia, pois somente na conduta ética o homem controla racionalmente seus impulsos sensíveis. A antropologia dupla reaparece: o eu racional deve levar a vitória sobre o eu sensível.

Será que só o *homo noumenon* (o homem racional) é titular de dignidade? Ou será que o homem integral (com corpo e alma) é titular de dignidade? Será que um ataque à integridade física de uma pessoa é também uma violação de sua dignidade, porque o corpo sensível é a moradia do homem racional?

Não é o objetivo desse trabalho de aprofundar esses problemas ou até resolvê-

¹⁴ KANT, I. op. cit (1968), p. 462.

los¹⁵. Pretendemos analisar como os juristas se inspiram no pensamento de Kant.

A idéia kantiana de que “cada homem tem o legítimo direito ao respeito de seu semelhante”¹⁶, e isto devido à dignidade inerente à pessoa humana, tem feito grande sucesso nos círculos dos juristas e tem sido consagrada nas declarações dos direitos humanos. A questão de saber se Kant conseguiu fundamentar satisfatoriamente essa idéia não causa dor de cabeça aos juristas, e isto é perfeitamente compreensível. Sem dificuldade, pode-se declarar que os crimes cruéis contra a humanidade em grande quantidade no século XX gravaram-se na memória da humanidade e deixaram crescer o consenso de que tais monstruosidades não devem acontecer. Qualquer que seja o resultado de uma pesquisa acerca da solidez da argumentação filosófica de Kant, a história recente dos crimes contra a humanidade confirmou, por assim dizer *e contrario*, a idéia kantiana acima mencionada.

Um consenso deste modo logrado não pode ser superado por nenhuma argumentação filosófica. Tal utilização da idéia kantiana, com certeza, é legítima. Os juristas podem deixar a briga acerca da validade dos argumentos kantianos aos filósofos. Num outro artigo, a tentativa de tal exame foi realizada¹⁷. Na próxima parte deste artigo, examinaremos a maneira como juristas tomam posse dos pensamentos kantianos e a partir daí desenvolvem seus próprios argumentos. Analisaremos a solidez da argumentação especificamente jurídica.

4. DIGNIDADE HUMANA COMO CONCEITO JURÍDICO

A repristinação jurídica da concepção kantiana de dignidade humana realiza-se por meio de uma descontextualização pela qual as idéias de Kant, em grande parte, perdem seu significado original. Obviamente, os juristas não podiam e não podem partir daquele princípio que Kant chamava de “fato da razão”; os juristas são intérpretes das declarações internacionais e das constituições de seus países, e os princípios nelas positivados, concernentes à dignidade humana, são os dados dogmáticos que não podem ultrapassar. Para os juristas, as idéias kantianas tornam-se, sobretudo, fórmulas hermenêuticas no contexto da interpretação desses documentos. Por meio de uma comparação com a argumentação apriorística de Kant, pode-se explicitar os métodos interpretativos e o eclecticismo da argumentação especificamente jurídica.

O ponto de partida de Kant é a legislação autônoma da razão que se manifesta tanto na sua filosofia moral quanto na filosofia jurídica. A legislação moral é concebida como ato de autoconstituição da razão prática por si mesma.

¹⁵ Aprofundaremos este tema em um artigo com o título “A Concepção Kantiana e Neo-Kantiana de Dignidade Humana e sua Repercussão na Área do Direito”. Será publicado na revista *Pensar*. Revista do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza, Abril-2008.

¹⁶ KANT, I. op. cit. (1968), p.462.

¹⁷ Cf. nota 14.

Parafrazeando uma fórmula de Kersting¹⁸, pode-se dizer: a razão quer que tudo o que se pensa e se faz no mundo seja feito segundo suas estruturas.

Como, no entanto, se justifica a locução: “a razão *quer*”? Como se pode apresentar a razão como vontade, ou melhor, como vontade pura (razão prática) que, sem apoio no mundo empírico, pretende estabelecer uma dimensão normativa para os seres dotados de razão? De fato, não é possível fundamentar racionalmente o fato da razão prática; ela é pressuposta, como já evidencia a própria expressão. Um crítico, com certeza, poderia objetar que é uma ficção à qual se faz recurso para desenvolver uma dimensão apriorística de normatividade. A criação da normatividade moral se realiza a partir de um vazio normativo; é uma criação do nada; a razão se estabelece como único idealizador de normatividade, sem se apoiar em estruturas do ser. A única estrutura relevante do ser é a da própria razão; esta, no entanto, entra como razão normatizadora num mundo sem finalidade preestabelecida. As antigas tradições orientadoras, que ainda imaginavam o mundo como cosmo teleologicamente organizado, perderam a credibilidade. A filosofia moral de Kant é uma das mais ousadas tentativas de substituir a ética medieval, cujos fundamentos onto-teológicos não resistiram ao progresso científico, por uma ética fundada exclusivamente na razão humana. Agora, é a razão pura que assume o lugar de Deus como legisladora.

A legislação autônoma da razão humana é a manifestação por excelência da liberdade do homem como ser racional; ela é a autoconstituição da liberdade do ser humano. Portanto, o homem vive no mundo como ser racional e livre, sendo dono de si mesmo (*sui iuris*), isto é, existe como fim em si mesmo, e nisto consiste sua dignidade. Devemos nos compreender como seres racionais que consideram sua própria razão como causa suficiente da determinação de nossa vontade.

No que concerne à legislação jurídica oriunda da razão pura, o apriorismo se mantém, de modo que nenhuma legislação empírica, nenhuma ordem jurídica empírica, serve de modelo. Neste caso, no entanto, a razão não mais é absolutamente autosuficiente: ela necessita de um critério externo para selecionar o setor específico da normatividade jurídica da área geral da legislação da razão. O critério de especificação é, como se sabe, a aplicação moralmente admissível da coerção. O direito abrange precisamente aqueles deveres cujo exercício é coercível. A regra fundamental do direito se manifesta naquela versão do imperativo categórico no qual se fundamenta a área dos deveres coercíveis (já mencionado no item anterior): “Age externamente de tal maneira que o uso livre de seu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal”.¹⁹

A área de aplicação do conceito do direito que se manifesta neste princípio é

¹⁸ Cf. KERSTING, W, *Politik und Recht*. Abhandlungen zur politischen Philosophie der Gegenwart und zur neuzeitlichen Rechtsphilosophie. Weilerswist: Velbrück Wissenschaft, 2000, p.309.

¹⁹ KANT, I. op. cit. (1968), p.231.

a esfera das relações sociais. Objeto da regulação do direito é a relação recíproca das liberdades de ação. A comunidade jurídica é uma comunidade protetora de pessoas livres. O princípio de direito é uma lei universal da liberdade de ação, estabelecendo as condições de coexistência dos indivíduos livres, exigindo restrições da liberdade externa de cada um de acordo com os mesmos critérios para todos.

Essa reconstrução da argumentação kantiana evidencia que a legislação normativa da razão prática acentua, em primeiro lugar, a liberdade da pessoa; essa é o fundamento da dignidade humana. A liberdade é o conceito central do pensamento de Kant. Em comparação com essa noção, a dignidade humana se encontra no segundo plano.

No atual pensamento jurídico, essa ordem se inverte: a dignidade da pessoa humana apresenta-se como princípio básico e ao mesmo tempo supremo. O interesse de fortalecer a idéia de dignidade da pessoa humana compreende-se como reação à história recente de suas múltiplas violações. Pode-se questionar, porém, se o acento forte que se coloca hoje à idéia de dignidade humana não é uma supervalorização que pode ser contra-produtiva para a grande meta dos defensores dos direitos humanos, a saber, seu universal reconhecimento e proteção.

Na idéia dos direitos humanos está incluída a concepção – revolucionária, opondo-se à qualquer ética de nobreza – que é o homem como tal, o homem natural, o homem nu e sem qualificações culturais ou sociais a quem se deve atribuir os direitos humanos. Qualquer imagem culturalmente impregnada de ser humano implica critérios de discriminação. Por isso, é o homem tomado – de acordo com a classificação biológica – como *homo sapiens* a quem se deve atribuir aqueles direitos. Destarte, não se pode descartar a dúvida se as categorias “dignidade” e “pessoa”, em que ainda fazem efeito as conotações de notabilidade e eminência, merecem tal posição de destaque na teoria dos direitos humanos.

Manfred Trapp defende a tese contrária, referindo-se tanto a Kant quanto a Hegel:

O homem dos direitos humanos não é nenhum homem natural, mas a pessoa jurídica. Essa sua determinação segue-se da ordem jurídica [citando Hegel]: ‘sê uma pessoa e respeita os outros como pessoas’²⁰. Essa ordem não deveria ter sido promulgada, se a qualidade ‘pessoa’ fosse tão natural como sexo ou cor dos olhos.²¹

Imediatamente antes, Trapp citou – na mesma linha de interpretação – uma longa passagem de Kant:

No sistema da natureza, o homem (*homo phaenomenon, animal rationale*) é um ser de pouca importância e tem com os outros animais, como produtos da terra, um preço comum (*pretium vulgare*).

²⁰ HEGEL, G. W. F., *Princípios da Filosofia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2000, § 36, p. 40.

²¹ TRAPP, M., *Naturrecht, Wertordnung, Vernunft*, In: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Stuttgart: Steiner-Verlag, vol. 72, 1986, p. 155.

Até mesmo o fato de que os excede em dispor do entendimento e poder se propor fins a si mesmo lhe dá só um valor *exterior* de sua utilidade (*pretium usus*).²²

Kant continua dizendo que o homem, só considerado como *pessoa*, como sujeito de uma prática *moral*, está acima de qualquer preço e como tal (*homo noumenon*) possui uma dignidade (um valor absoluto interno).

Não se faz alusão à ficção de um estado natural quando aqui se utiliza o conceito “homem natural”. Também o *homo phaenomenon* de Kant, que “vive no sistema da natureza” e excede os animais pelas suas capacidades intelectuais, não é o homem primitivo pré-cultural da fictícia primeira fase do estado de natureza rousseauiana. “Homem natural”, no nosso contexto; significa: homem na sua estrutura psico-fisiológica natural pela qual se distingue dos outros seres vivos, o homem como “produto da terra”, como diz Kant, o homem como ser vivo específico, cuja especificidade pode ser definida por uma ciência natural, a biologia: *homo sapiens*.

A objeção de que isto é uma abstração que não corresponde ao homem concreto aqui não tem cabimento. Em definições, geralmente se usa termos abstratos. Nossa abstração colima precisão: o homem é titular de direitos não em virtude de sua cultura, mas pelo fato de ser um indivíduo que pertence à espécie humana. Se um dia se encontrar um ser humano que – como o misterioso Kaspar Hauser²³ – foi criado em absoluto isolamento, recluso num estábulo como um animal, com capacidade lingüística extremamente limitada e incapaz de compreender o imperativo hegeliano acima citado, esta criatura infeliz seria titular de direitos humanos e direitos fundamentais, apesar de nunca ter recebido uma educação moral. Esse indivíduo, como ser humano, tem o direito de ser recebido na comunidade protetora do Estado de Direito. Denegar (igual a Kant, Hegel e Trapp) ao homem natural os direitos humanos é um grande problema.

Para definir o núcleo do conceito dos direitos humanos, deve-se partir do homem como ser mortal indigente, vulnerável, capaz de sofrer e sentir dores.

Quase não se encontra, no discurso jurídico, uma concepção tão minimalista dos direitos humanos pela qual se estabelece uma ordem normativa de respeito mútuo inter-humana, sem fazer apelo a formas específicas de eticidade obrigatória para o homem. É o discurso maximalista, o discurso principiológico, a invocação de princípios altos e supremos que prevalece. E no centro – ou, como se diz também, no epicentro – da doutrina jurídica dos direitos humanos e fundamentais encontra-se a dignidade da pessoa humana.

²² KANT, I., op. cit. (1968), p. 434.

²³ Em 1828, Kaspar Hauser, personagem real e enigmático, apareceu na cidade de Nuremberg (Alemanha), confuso e com aparência descuidada. Não andava corretamente, tendo dificuldades de manter a postura ereta. Sua capacidade lingüística era extremamente limitada. A partir dos esforços dos professores que o acompanharam, depois de algum tempo, conseguiu se comunicar e revelou que antes viveu sempre sentado num lugar escuro.

O fato do reconhecimento universal da posição de destaque da “dignidade humana” nas Constituições democráticas e declarações dos direitos humanos não é nenhum problema. E também a afirmação de que o conceito de dignidade da pessoa humana é o princípio fundamental e regulador do sistema jurídico parece, à primeira vista, uma idéia incontestável. Desde que se pergunta, porém, quais são os objetos do regulamento desse princípio, abre-se a caixa de Pandora cheia de problemas. A dificuldade maior consiste no excesso de regulações atribuídas a esse princípio que, presentemente, tornou-se um dispositivo normativo onipresente, “controlando” o sistema jurídico na sua totalidade. O grande problema: quem controla tal princípio?

Talvez para um ou outro leitor desse artigo seja chocante a suposição de haver uma possível supervalorização do conceito de “dignidade da pessoa humana”. Não é essa a idéia-chave da nossa cultura de direitos humanos?

Retomemos o problema da sobrecarga semântica dessa idéia, desta vez à luz dos atributos que acompanham o princípio jurídico de dignidade da pessoa humana em algumas obras de constitucionalistas e teóricos dos direitos humanos. Todos os constitucionalistas nesse trabalho consultados estão de acordo: “dignidade da pessoa humana” é um conceito de contornos vagos e imprecisos, uma categoria axiológica aberta, um conceito jurídico indeterminado, um conceito polissêmico, um conceito híbrido: tanto descritivo quanto valorativo. Devido à sua sobrecarga semântica vêm-se obrigados a delimitar o amplo horizonte dos significados desse conceito. A lista desses significados, aqui reproduzida sem nenhuma ordem sistemática, é enorme e, pela leitura de mais livros jurídicos, poderia ser ainda aumentada.

“Dignidade da pessoa humana” é: um conceito jurídico normativo, designa o valor absoluto de cada ser humano, é o denominador comum de todos os homens, é também uma forma de comportamento pela qual se distinguem comportamentos dignos e indignos, é um valor intrínseco do homem, uma qualidade inerente ao homem, um atributo do ser humano, um princípio absoluto. Positivada nas constituições é o núcleo essencial dos direitos fundamentais, fonte jurídico-positivo dos direitos fundamentais, valor básico fundador de todos os direitos humanos, núcleo forte da Constituição, é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais, está no “epicentro” da ordem jurídica.²⁴

O vasto horizonte semântico dessa noção possibilita, na jurisprudência, múltiplas aplicações não mais controláveis. Por isso, os juristas são elevados a procurar o núcleo fixo dessa noção, distinguindo-o do halo conceitual, da zona de dúvida onde começa a incerteza e a nebulosidade.²⁵

²⁴ As fontes são, sobretudo: SARLET, I. W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 5ª edição, revista e atualizada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; SANTOS, F. D. d. *Princípio Constitucional da Pessoa Humana*, Fortaleza: Celso Bastos, 1999; GARCIA, E. *Conflito entre Normas Constitucionais. Esboço de Uma Teoria Geral*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

²⁵ Cf. GARCIA, E. op. cit., p. 133.

Tendo em vista a longa história do conceito de dignidade da pessoa humana, parece muito problemático atribuí-lhe um conteúdo atemporal. Tudo indica, no entanto, que os juristas pensam necessitar de algo dessa natureza, como também confirma a expressão “princípio absoluto” na lista acima. Nessa situação recorrem à idéia de “qualidade inerente ao ser humano” ou – ainda mais problemático – “valor inerente”. Parece que assim se pressupõe uma ontologia de feição aristotélica: dignidade como uma característica permanente e, nesse sentido, essencial do ser humano (a essência inerente à substância). Essa misteriosa inerência não é explicitada. Poder-se-ia pensar em termos teológicos: o homem como imagem de Deus e coroa da criação. Uma idéia que pressupõe a fé na existência de Deus. Numa perspectiva secularizada e darwinista, pode-se pensar (mas as dificuldades são enormes) em aquisição pela evolução (num momento x) do mais importante atributo distintivo da espécie humana em relação às espécies ancestrais. Como pode se pensar uma coisa tão esquisita: uma entidade normativa inerente num ser vivo? No discurso jurídico, porém, não se discute essa alternativa; não se analisam seus recíprocos problemas; o conceito de inerência não é explicitado, mas dogmaticamente pressuposto.

A procura de um fundamento *ontológico* de normatividade e, neste caso, do direito do homem e de sua dignidade, não faz sentido. A pressuposição de sua fundamentação teológica é inaceitável para um Estado como instituição secular. O surgimento de idéias normativas também dificilmente se explica pela teoria da evolução das espécies. Qual poderia ser a solução? O surgimento da consciência da necessidade de normas pode ser compreendido como manifestação de protesto contra as muitas formas de violência que sempre acompanharam a história da humanidade. Normas morais e jurídicas, e também a idéia de dignidade humana, são postulados e como tais invenções humanas; surgiram na mente humana. O único fato fundador é a facticidade da mente humana como criadora de normas. Normas não têm fundamento no mundo externo; não têm ancoragem ontológica; e, no que concerne à dignidade humana, esta deve ser compreendida como atributo que o homem atribui a si mesmo. A jurisprudência hoje ainda não consegue se livrar de concepções ontológicas superadas.

Sarlet, autor de um dos melhores livros brasileiros sobre a temática, une-se à posição ontológica que ele mesmo denomina de posição majoritária. Ele menciona, pelo menos, uma posição contrária, a saber, a de Habermas, sem submetê-la a uma análise crítica. Segundo Habermas, a intangibilidade da dignidade da pessoa resulta, como formula Sarlet, “das relações interpessoais marcadas pela recíproca consideração e respeito”.²⁶ Uma crítica adequada dessa posição, não compartilhada por Sarlet, só seria possível em contraste à própria teoria, e, por isso, essa deveria ser explicitada como superior às idéias criticadas. Em Sarlet, no entanto, a idéia habermasiana se apresenta como uma alternativa possível, como se a teoria majoritária à qual se une não lhe oferecesse uma segurança satisfatória, deixando uma margem de dúvidas. Apresentam-

²⁶ SARLET, I. W. op. cit. (2007), p.56.

se posições antagônicas, e a questão da validade de uma ou outra teoria fica deixada ao juízo do leitor.

A posição ontológica, preferida por Sarlet, mas não realmente aprofundada e defendida, aqui já foi criticada. Habermas pretende fundamentar a ética na capacidade discursiva do ser humano e concebe orientações normativas e vinculativas como resultados de um consenso racionalmente fundamentado. Em tal “ética discursiva”, um indivíduo como Kaspar Hauser não poderia ser considerado como participante competente nem da fantástica “situação de fala ideal” habermasiana, nem de qualquer empreendimento discursivo de mútua comunicação mais ou menos racional. A consequência é que um Kaspar Hauser, antes de se qualificar como participante competente de um discurso racional, não poderia ser considerado igual em dignidade humana. Contra tal posição, deve-se objetar que um enjeitado abandonado e entregue à sua sorte, que não é capaz de compreender o que significa “recíproca consideração e respeito”, nem por isso pode ser privado dos direitos humanos.

O recurso à ontologia e à metafísica nada mais é do que a procura por uma orientação normativa absolutamente certa. Quem procura abrigo na metafísica considera uma posição pós-metafísica como insustentável. O jurista alemão Christian Starck pensa que, sem metafísica, o homem está completamente entregue ao poder estatal superior²⁷. Refugiar-se, desta maneira, na metafísica parece, de fato, um ato de desespero. O que a metafísica poderia realmente alcançar contra o estado despótico? Hoerster qualifica, com toda razão, como palavras vazias a seguinte afirmação de Starck: “O direito, que *hic et nunc* tem a ver com o homem, deve levar em consideração o insondável do homem, e, por conseguinte, deixar aberta a janela para a metafísica”²⁸.

Sarlet, referindo-se à posição tanto de C. F. Alvez quanto do C. Starck, constata:

acabou sendo recepcionada, especialmente a partir e por meio do pensamento cristão e humanista, uma fundamentação metafísica da dignidade da pessoa humana, que, na sua manifestação jurídica, significa uma última garantia da pessoa humana em relação a uma total disponibilidade por parte do poder estatal e social²⁹.

Só podemos repetir nossa pergunta crítica: qual é a última garantia que uma fundamentação metafísica da dignidade da pessoa, caso seja possível, pode nos oferecer? Qual é seu poder pelo qual pode obstaculizar uma total disponibilidade da pessoa humana por parte do poder estatal e social? Sarlet não deixa de mencionar o contra-argumento de Otfried Höffe, que opta por uma concepção de dignidade humana como postulado intercultural e secularizado, visto que “uma vinculação dessa noção à tradição judaico-cristã ou mesmo à

²⁷ STARCK, C. Menschenwürde als Verfassungsgarantie im modernen Staat. In: *Juristen-Zeitung*, Tübingen: Mohr Siebeck, vol. 36, 1981, p. 457ss.

²⁸ STARCK, C., *Ibid.*, Cf. HOERSTER, N. op. cit. p. 95, nota 14.

²⁹ SARLET, I. W. op. cit. (2007), p. 39.

cultura européia, poderia ser um obstáculo à sua universalização” num contexto multicultural. Sarlet até chama essa observação de “arguta”, e ao mesmo tempo avisa que esse aspecto “voltará a ser referido em outro contexto”³⁰. Referir-se a esse problema e, de fato, tomar uma posição são duas coisas distintas. Talvez, em um país como no Brasil, onde o misticismo religioso é tão forte, seja extremamente difícil defender a dignidade da pessoa humana como postulado secularizado. Sarlet reconhece a perspicácia de alguns críticos, mas permanece, junto com a maioria, fiel à onto-teologia, sem se dar o esforço de aprofundá-la e de entrar na contra-crítica de seus críticos.

Starck, por sua parte, vê-se forçado a reconhecer, implicitamente, a falta de critérios intersubjetivos em vários casos em que a dignidade humana está sendo invocada como princípio orientador normativo. Ele polemiza, por exemplo, contra as tentativas de deduzir do princípio da dignidade humana certas formas do estado-providência ou também a prioridade do direito da mulher em detrimento do feto no seu útero. Starck recusa essas aplicações desse princípio e os denomina de “metafisicamente desenraizadas” e “escavadas” de sua função protetora. Aquelas atitudes e comportamentos que não correspondem ao que Starck considera como metafisicamente correto recebem o rótulo de aplicações metafisicamente desenraizadas do princípio de dignidade. A atitude de Starck confirma nossa tese: do princípio de dignidade humana não podem ser “deduzidas” determinadas formas de autodeterminação. Como o termo “dignidade humana” é um conceito avaliador, as controvérsias acerca de sua aplicação são necessariamente controvérsias acerca da avaliação ética que, racionalmente, não podem ser decididas.

O fato de que o princípio da dignidade, facilmente, pode-se tornar instrumento na luta entre ideologias deveria ser mais cuidadosamente analisado. No livro *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, de Antonio Enrique Perez Luño – por muitos considerado um livro clássico sobre direitos humanos – há, no capítulo 8, uma passagem muitas vezes citada sobre a dignidade humana. Perez Luño apresenta a dignidade humana como princípio fundador e valor básico dos direitos humanos e acentua sua importância nas relações sociais dos seres humanos. Segundo Perez Luño, o princípio de dignidade humana limita a esfera individual de cada um, estabelecendo um *mimumum* invulnerável: função importante em caso de colisão entre direitos fundamentais de vários indivíduos. De outro lado, constitui, também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de todos os indivíduos³¹. Perez Luño inspira-se em dois autores alemães. Surpreendentemente, são dois autores totalmente antagônicos. A exposição de Perez Luño se apresenta como uma convergência das concepções do liberal Werner Maihofer e do comunista Ernst Bloch. Maihofer, membro do partido liberal, de 1974 até 1978, era ministro do

³⁰ Ibid.

³¹ PÉRES LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5ª ed. Madri: Técnos, 1995, p. 318.

interior da República Federal da Alemanha, posição em que sempre devia colaborar com o ministro da justiça. Ernst Bloch na posição de ministro da justiça – hipótese inimaginável para um alemão – teria, com certeza, empregado todas as suas forças para modificar o rumo da justiça alemã conforme às suas idéias de direitos humanos e da dignidade da pessoa humana. Na reconstrução de Perez Luño, as divergências ideológicas dos dois teóricos passam despercebidas. Na realidade política, no entanto, o princípio da dignidade humana não está acima da luta ideológica, pelo contrário, ele se utiliza como arma nessa luta.

A qualificação de um conceito avaliador como princípio supremo e absoluto quase sempre, necessariamente, leva a uma série de argumentações pseudo-objetivas e a pseudo-legitimações. Isto pode ser verificado pela análise das listas de comportamentos caracterizados como violações do princípio de dignidade humana. Como não se pode simplesmente “deduzir” do princípio de dignidade de textura aberta todos os atos contrários a ele, é inevitável que se recorra, para identificar tais atos, a ideologias ou concepções metafísicas. Não é de se surpreender que, no Brasil, cuja cultura é tão fortemente impregnada pela religião, um jurista simplesmente recebe, no seu livro sobre o *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*, a posição da encíclica *Gaudium et Spes*. Acontece no livro de Ferreira dos Santos. Contraria a dignidade humana:

tudo quanto se opõe à vida, como seja toda a espécie de homicídio, genocídio, aborto, eutanásia e suicídio voluntário; tudo o que viola a integridade da pessoa humana, como as mutilações, os tormentos corporais e mentais e as tentativas para violentar as próprias consciência; (...) as condições de vida infra-humanas, as prisões arbitrárias, as deportações, a escravidão, a prostituição, o comércio de mulheres e jovens; e também as condições degradantes de trabalho, em que operários são tratados como meros instrumentos de lucro, e não como pessoas livres e responsáveis³².

Um jurista que, humildemente, torna-se escravo da teologia! Ferreira dos Santos poderia apoiar-se no fato de esta lista, geralmente, estar em conformidade com as concepções normativas da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Os resultados, no último capítulo, mostram que esta convergência entre a encíclica e a Magna Carta, de fato, é um ponto crucial da exposição do autor. Ferreira dos Santos dispensa-se de qualquer análise crítica. Ele não toma em consideração, por exemplo, a idéia de uma possível legalização da eutanásia passiva: não discute a questão de saber se pelo princípio de dignidade humana não se pode justificar a renúncia a futuros esforços terapêuticos quando um paciente, em fase terminal, não agüenta mais o sofrimento e prefere morrer.

Uma tentativa muito séria e bastante eficaz de operacionalizar o princípio de dignidade humana para a prática jurídica é a proposta de Günter Dürig, comentador reconhecido da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Inspirando-se no pensamento kantiano de que “o

³²SANTOS, F. op. cit. p. 97.

homem não pode ser utilizado unicamente como meio por nenhum homem (nem por outros, nem sequer por si mesmo), mas sempre ao mesmo tempo como fim, e nisto consiste precisamente sua dignidade (a personalidade)”³³, Dürig conclui que tratar o homem como coisa é contrário à sua dignidade. Segundo Dürig, o significado exato do artigo 1º, inciso I, da Lei Fundamental “a dignidade do homem é intangível” consiste na estrita repulsão de qualquer coisificação do ser humano. Essa idéia densificou-se depois na chamada “Objektformel” (“fórmula do homem-objeto”), que fortemente influenciou o Supremo Tribunal da Alemanha.

Aplicando essa fórmula, geralmente se identificam uma série de práticas como violações da dignidade humana (das quais aí só alguns exemplos que são suficientes para nosso objetivo): determinadas penas estatais como pena de morte; prisão vitalícia sem possibilidade de libertação antecipada por via de perdão judicial; penas cruéis, como, por exemplo, reclusão em cela isolada; certos meios interrogatórios no processo penal, assim como a utilização do detector de mentiras, tortura. Contudo, não só práticas estatais, mas também atos individuais podem violar a dignidade humana e, nesses casos, é tarefa do Estado protegê-la eficientemente por normas de sanção e sua aplicação. Consideram-se atos atentatórios contra a dignidade, sobretudo: agressões à vida ou honra das pessoas, proclamação de ódio ou de violência contra indivíduos ou grupos de população.

No contexto de sua aplicação pelos tribunais, entretanto, evidenciam-se, também, os limites dessa fórmula. Já a idéia de Kant não é sempre adequadamente compreendida. Ao passo que Kant formula que o homem não pode (deve) ser *unicamente* utilizado como meio, em publicações jurídicas, às vezes, pode-se ler que *nunca* deve ser utilizado como meio. Talvez esse mal-entendido se explique pelo fato de que, pela fórmula de Dürig, não somente se recusava a *coisificação* do homem, mas também sua *instrumentalização*. Essa interpretação não é somente uma interpretação errada da idéia kantiana, mas resultam dela também conseqüências absurdas. Quando necessitamos dos serviços de um motorista de táxi, de um eletricitista ou de um pintor em nossa casa, utilizamos esses indivíduos como meios (ou “instrumentos”) e eles, por sua vez, oferecem-se como meios. Razoavelmente, a idéia kantiana só pode significar que, ao utilizarmos os serviços de tais indivíduos, não devemos tratá-los desrespeitosamente, mas considerá-los como pessoas com suas próprias finalidades, titulares de dignidade. Os maus tratos que Michelangelo, pintor da cúpula da Capela Sixtina, sofreu do papa Julio II – e qualquer outro tipo de mau trato – ultrapassam a coisificação assim como a instrumentalização. Não se maltratam coisas e instrumentos, mas só seres vivos capazes de sentir dor física e psíquica. Dizer que um sádico utiliza pessoas como “meios” para satisfazer seus desejos perversos já é uma minimização do grau de ilegitimidade de tais tipos de atos.

³³ KANT, I. op. cit (1968), p. 462.

Na jurisprudência, a aplicação da fórmula “homem-objeto”, às vezes, resulta em acórdãos esquisitos que mostram não somente um discernimento duvidoso dos tribunais, mas também o *status* problemático da dignidade humana como princípio, visto que, frequentemente, a ele se refere para justificar opiniões morais particulares. Em 1982, o Tribunal Administrativo Federal da Alemanha proferiu uma sentença contra a admissão de “peep shows” (exibição de mulheres nuas vistas através de um orifício). O tribunal argumentou que tais shows são contrários à dignidade das mulheres que deles participam, pois exigem delas um papel humilhante, tornando-as em objetos. A argumentação seria compreensível se a lesão da dignidade humana consistisse no fato de as mulheres serem feitas objetos comerciais dos interesses sexuais dos homens. Se esse argumento for considerado válido, todos os serviços sexuais, incluindo a prostituição, deveriam ser proibidos como contrários à dignidade humana, indiferente se forem oferecidos por mulheres ou homens. A argumentação do tribunal só acentuou o fato da “coisificação” das mulheres dentro de um “processo comercial automatizado”, sugerindo que tais shows se distinguem “fundamentalmente” dos programas de *striptease* em que “a situação pessoal-subjetiva” das mulheres permaneceria intocada³⁴.

Hoerster, na sua crítica a esse acórdão, compara os *peep shows*, em primeiro lugar, com o esporte dos pugilistas, dos corredores de fórmula 1 e dos artistas que, em frente de uma massa anônima, arriscam saúde e vida. Em segundo lugar, compara esses shows com concertos de rock, em que uma massa anônima está sendo envolvida numa orgia atordoadora, de modo que ouvintes jovens estão colocados num estado de êxtase abúlico.

Essa comparação leva Hoerster a questionar se, numa sociedade mais ou menos esclarecida, vida e saúde não poderiam ser aspectos de dignidade humana com mais alto grau de aprovação do que a recusa de certas formas de satisfação sexual. E ainda pergunta se é completamente absurdo sentir aquela perda de identidade que os participantes de concertos de rock sofrem como mais repugnante do que a excitação sexual durante um *peep show*, que, normalmente, só dura um minuto³⁵.

O grau do dissenso acerca da adequada aplicação do princípio de dignidade é muito mais alto do que aparece na literatura jurídica brasileira. Até no modo de receptionar a concepção kantiana, sempre presente na argumentação jurídica, já se evita a análise das divergências das atuais convicções normativas em comparação com as convicções de Kant. Se essas divergências forem examinadas, esclarecer-se-ia o fato de que são, sobretudo, valorizações circunstanciais, mudando de época a época, que freqüentemente determinam os juízos acerca das práticas que correspondem ao princípio da dignidade humana em contraste aos atos que contrariam esse princípio.

³⁴ HOERSTER, N. op. cit. p. 95.

³⁵ Ibid., p. 96.

Atualmente, prevalece a convicção de que o princípio de dignidade humana implica a desaprovação da pena de morte. Para Kant, porém, a pena de morte é completamente compatível com a dignidade da pessoa humana. Segundo a teoria kantiana, é o princípio de igualdade que determina espécie e grau da pena:

O mal imerecido que fazes a outro de teu povo o fazes a ti mesmo... se o mates, matas a ti mesmo... Só a lei de talião (*ius taliones*) pode determinar, de modo seguro, a qualidade e a quantidade da pena, porém, bem entendido, com a condição de ser apreciado por um tribunal (não pelo juiz privado): todos os demais princípios de punição são oscilantes e não podem concordar com uma justiça pura e estrita, devido às considerações estranhas que com eles se misturam³⁶.

Segue-se daí:

Se o criminoso cometeu um assassinato, ele também deve morrer. Não há nenhum equivalente que satisfaça a justiça. Não existe equivalência entre uma vida, seja ela a mais penosa possível, e a morte, por conseguinte, tampouco há igualdade entre o crime e a represália a não ser pela morte do culpado... Mesmo se a sociedade civil, com o consentimento de todos os seus membros, se dissolvesse (como se, por exemplo, um povo que habitasse uma ilha se dedicasse a abandoná-la e a se dispersar por toda parte do mundo), o último assassino preso deveria ser executado para que cada qual receba o que merecem seus atos e para que o crime do homicídio não recaísse sobre o povo que descuidasse da imposição dessa punição: porque então poderia ser considerado como cúmplice de tal violação pública da justiça³⁷.

Opiniões igualmente rígidas ainda hoje sobrevivem na população. Outras posições tomadas por Kant poucas pessoas ainda poderiam aceitar. Encontra-se em Kant a palavra estranha de “suicídio parcial”. Escreve Kant:

Privar-se de uma parte integrante como órgão (mutilar-se), por exemplo, dar ou vender um dente para implantá-lo na mandíbula de outrem, ou deixar praticar consigo a castração para poder viver com maior conforto como cantor, etc., faz parte do suicídio parcial³⁸.

Se uma pessoa se decidisse a doar um rim para seu irmão que necessita desse órgão para sobreviver, o doador, segundo Kant, cometeria um ato de “suicídio parcial” e com isso uma lesão à sua dignidade humana.

Quem hoje teria a idéia de que se ajoelhar em frente de imagens de santos é um ato pelo qual tal pessoa devota viola sua dignidade? Afirma, porém, Kant:

³⁶ KANT, I. op. cit. (1968), p. 332.

³⁷ Ibid. p. 333.

³⁸ Ibid. p. 423.

Ajoelhar-se ou prostrar-se, ainda que seja para manifestar desse modo a veneração pelos objetos celestes, é contrário à dignidade humana, como também invocá-los em presença de imagens, visto que neste caso vocês não se humilham ante de um *ideal* que sua própria razão lhe apresenta, mas ante de um *ídolo*, objeto fabricado por vocês³⁹.

Não se pode dizer que essa posição não seja uma conseqüência do purismo racionalista de Kant. Até poderia ser defendida como conseqüência inevitável desse purismo rigoroso. De outro lado, é bem provável que seja também um certo anti-catolicismo, proveniente da educação pietista que Kant tinha recebida, que se manifesta nessa afirmação. Com certeza, um fiel kantiano consideraria inaceitável (até contra a dignidade humana) qualquer forma de catolicismo popular.

Aqui, não se defende nenhuma dessas opiniões kantianas. A elas fazemos referências só para apontar para o tipo de ecleticismo que determina a utilização da teoria kantiana no Direito: desconsidera-se tudo aquilo que não está de acordo com o clima das atuais convicções normativas. O ecleticismo como tal aqui não é objeto de crítica. Nunca podemos aceitar todos os ensinamentos tradicionais. Pelo contrário, advogamos por uma análise crítica das teorias clássicas. Problemático, porém, é um ecleticismo que, sem argumentos, dogmaticamente se refere a partes específicas da teoria de um autor (ou da tradição inteira), negligenciando as partes mais incômodas, sem nenhuma justificação. Ainda mais grave é o seguinte: as idéias positivamente selecionadas aparecem na roupagem de uma objetividade incontestável, como se, agora, a nossa maneira de utilizar princípios absolutos (deixando “a janela para a metafísica aberta” para entrarem princípios absolutos e incontestáveis) não fosse impregnada pelo relativismo das opiniões morais de nossa época.

Uma das mais repugnantes aplicações de um princípio absoluto, princípio da sacralidade da vida humana, pela jurisprudência foi realizada recentemente na Alemanha⁴⁰. Depois de um exame falho das vias respiratórias (erro médico), uma menina de quatro anos caiu em coma vígil. Ela não falava mais, não se comunicava com as pessoas. Havia sinais de vida, sim, sinais extremamente fortes: espasmos e gritos de dor que acompanham os pesadelos da mãe até hoje. Os sedativos falharam. A criança foi submetida a tratamentos em vários hospitais especializados, inclusive a cirurgias. O estado dela não melhorou; os gritos de dor continuavam. Quando perceberam que não havia mais melhora possível, os pais decidiram que os tratamentos e as medidas de prorrogação da vida de sua filha não deveriam continuar. O chefe do setor pediátrico no qual ela estava internada fez intercalar as autoridades estatais. Um tribunal desapossou aos pais, parcialmente, o poder pátrio, interditando-os de levá-la para casa. A criança ficou no hospital, e as “torturas” continuavam. Finalmente, depois

³⁹ Ibid, p. 436s.

⁴⁰ Caso relatado pela revista alemã *Der Spiegel*, n. 42, de 15 de outubro de 2007.

dez meses de luta, o Tribunal Estadual Superior de Hamm (Westfália) decidiu em favor da demanda dos pais. No dia 4 de julho de 2007, os pais levaram a filha para casa, onde o médico da família devia acompanhar a fase terminal da criança. O litígio ainda não terminou. No dia 7 de julho, os pais receberam, pelo fax, a notícia de que o Supremo Tribunal da Alemanha, de novo, tinha-lhes desapossado o poder pátrio. Tarde demais: a criança já tinha falecido.

As cartas de leitores da revista, publicadas na edição de 29 de outubro de 2007, foram unânimes na manifestação de horror sobre esse rigorismo da jurisprudência (exceto o acórdão do Tribunal Estadual Superior de Hamm). “Quem nos protege de tais juízos?”, perguntou um dos leitores.

Perguntamos nós: Qual é a metafísica que nos protege dos princípios absolutos? Quem nos protege dos princípios absolutos?

CAVETE PRINCIPIA ABSOLUTA!⁴¹

5. REFERÊNCIAS

GARCIA, E. *Conflito entre Normas Constitucionais*. Esboço de uma teoria geral, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

HEGEL, G.W.F. *Princípios da Filosofia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HOERSTER, N. Zur Bedeutung des Prinzips der Menschenwürde, in: *Juristische Schulung*, München: C.H. Beck, vol. 82, 1983.

KANT, I. *Die Metaphysik der Sitten*, in: *Kants Werke*, Akademie-Ausgabe, Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1968, vol. VI.

KANT, I. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. In: *Os Pensadores*, 2. ed. São Paulo: Victor Civita, 1984.

KERSTING, W. *Politik und Recht*. Abhandlungen zur politischen Philosophie der Gegenwart und zur neuzeitlichen Rechtsphilosophie, Weilerswist: Velbrück Wissenschaft, 2000.

KONDYLIS, P. Würde, in: BRUNNER, O. CONZE, W. KOSELLECK, R. (eds.), *Geschichtliche Grundbegriffe*. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, Stuttgart: Klett-Cotta, 1992, vol. 7.

PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*, 5. ed. Madri: Tecnos, 1995.

SANTOS, F. Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa*. Uma análise do inciso III, do artigo 1º, da Constituição Federal de 1988, Fortaleza: Celso Bastos, 1999.

SARLET, I.W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, 5. ed. revista

⁴¹ Tomem cuidado com os princípios absolutos.

e aumentada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 6. ed. revista, atualizada e ampliada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STARCK, C. *Menschenwürde als Verfassungsgarantie im modernen Staat*. In: *Juristen-Zeitung*, vol. 36, 1981.

TRAPP, M. *Naturrecht, Wertordnung, Vernunft*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 32, 1986.