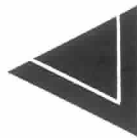


Ingo Wolfgang Sarlet

**DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA  
E DIREITOS FUNDAMENTAIS NA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

SEGUNDA EDIÇÃO  
Revista e Ampliada



livraria  
DO ADVOGADO  
editora

Porto Alegre 2002

S245d

Sarlet, Ingo Wolfgang

Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 / Ingo Wolfgang Sarlet. 2.ed. rev. ampl. — Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.  
157p.; 14x21 cm.

ISBN 85-7348-248-6

1. Direitos e garantias individuais. 2. Dignidade da pessoa: Direito Constitucional. I. Título.

CDU - 342.72/.73:17.026.4

Índices para o catálogo sistemático:

Direitos e garantias individuais  
Dignidade da pessoa: Direito Constitucional

(Bibliotecária responsável: Marta Roberto, CRB - 10/652)

manifestação jurídica, significa uma última garantia da pessoa humana em relação a uma total disponibilidade por parte do poder estatal e social.<sup>24</sup> Vale registrar, todavia, a arguta observação de Otfried Höffe, no sentido de que uma vinculação da noção de dignidade da pessoa à tradição judaico-cristã ou mesmo à cultura européia, poderia justificar a crítica de que a dignidade não constitui um conceito e postulado intercultural e secularizado.<sup>25</sup>

## 2.2 - A noção de dignidade da pessoa na perspectiva jurídico-constitucional: tentativas de aproximação e concretização

Ainda que as considerações até agora tecidas já possam ter lançado alguma luz sobre o significado e o conteúdo da dignidade da pessoa humana, não há como negar, de outra parte, que uma conceituação clara do que efetivamente seja esta dignidade, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, se revela no mínimo difícil de ser obtida, isto sem falar na questionável (e questionada) viabilidade de se alcançar algum conceito satisfatório do que, afinal de contas, é significa a dignidade da pessoa humana hoje. Tal dificuldade, consoante exaustiva e corretamente destacado na doutrina, decorre certamente (ao menos também) da circunstância de que se cuida de conceito de contornos vagos e imprecisos,<sup>26</sup> caracterizado por sua "ambigüidade e porosidade",<sup>27</sup>

<sup>24</sup> Cf. a oportuna lembrança de C. Starck, in: *Bonner Grundgesetz*, p. 36-37.

<sup>25</sup> Cf. O. Höffe, *Medizin ohne Ethik*, p. 49.

<sup>26</sup> Neste sentido, dentre tantos, a lição de Maunz/Zippelius, *Deutsches Staatsrecht*, p. 179.

<sup>27</sup> Assim o sustenta C.L. Antunes Rocha, *O princípio da dignidade da pessoa...* p. 24.

assim como por sua natureza necessariamente polissêmica,<sup>28</sup> muito embora tais atributos não possam ser exclusivamente atribuídos à dignidade da pessoa. Uma das principais dificuldades, todavia – e aqui recolhemos a lição de Michael Sachs – reside no fato de que no caso da dignidade da pessoa, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc.), mas, sim, de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade – como já restou evidenciado – passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade,<sup>29</sup> na sua condição jurídico-normativa.

Mesmo assim, tal como consignou um arguto estudioso do tema, não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, já que não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas das situações em que é espezinhada e agredida,<sup>30</sup> ainda que não seja possível estabelecer uma pauta exaustiva de violações da dignidade.<sup>31</sup> Com efeito, não é à toa que já se afirmou até mesmo ser mais fácil desvendar e dizer o que a dignida-

<sup>28</sup> Cf. F. Delpérée, *O direito à dignidade humana*, p. 153. Assim também M-L. Pavia, *Le principe de dignité...* p. 99.

<sup>29</sup> Cf. M. Sachs, *Verfassungsrecht II – Grundrechte*, p. 173.

<sup>30</sup> Esta a oportuna advertência de J. Tischner, in: Böckenförde/Spaemann (Org), *Menschenrechte und Menschenwürde*, p. 317. Na mesma linha de entendimento situa-se a lição de M. Renaud, *A dignidade do ser humano...*, p. 36, sustentando, todavia, que, não obstante todos tenhamos uma compreensão espontânea e implícita da dignidade da pessoa humana, ainda assim, em sendo o caso de explicitar em que consiste esta dignidade, teríamos grandes dificuldades.

<sup>31</sup> Cf. J. González Pérez, *La dignidad de la persona*, p. 115.

de não é do que expressar o que ela é.<sup>32</sup> Além disso, verifica-se que a doutrina e a jurisprudência – notadamente no que diz com a construção de uma noção jurídica de dignidade<sup>33</sup> – cuidaram, ao longo do tempo, de estabelecer alguns contornos basilares do conceito e concretizar o seu conteúdo, ainda que não se possa falar, também aqui, de uma definição genérica e abstrata consensualmente aceita, isto sem falar no ceticismo manifesto de alguns no que diz com a própria possibilidade de uma concepção jurídica da dignidade.<sup>34</sup> <sup>35</sup> Neste contexto, costuma apontar-se corretamente para a cir-

<sup>32</sup> Cf. a oportuna lembrança de P. Kunig, in: I. von Münch, (Org), *Grundgesetz Kommentar*, p. 79, arrimado na lição de Christian Pestalozza.

<sup>33</sup> Quando aqui se fala em uma noção jurídica de dignidade, pretende-se apenas clarificar que se está simplesmente buscando retratar como a doutrina e a jurisprudência constitucional – e ainda assim de modo apenas exemplificativo – estão compreendendo, aplicando e eventualmente concretizando e desenvolvendo uma (ou várias) concepções a respeito do conteúdo e significado da dignidade da pessoa. Por outro lado, não se questiona mais seriamente que a dignidade seja também um conceito jurídico. Neste sentido, por todos e mais recentemente, P. Kunig, in: I. von Münch (Org), *Grundgesetz Kommentar*, p. 76.

<sup>34</sup> Neste sentido, dentre outros, v. C. Neirineck, *La dignité de la personne ou le mauvais usage d'une notion philosophique*, in: PEDROT, Philippe (Dir), *Ethique Droit et Dignité de la Personne*, p. 50, advertindo que as noções filosóficas (como é o caso da dignidade), não encontram solução no Direito. Na mesma direção, F. Borella, *Le concept de dignité de la personne humaine*, p. 37, nega que a dignidade seja um conceito de direito positivo, embora admita que possa ser reconhecida e protegida pelo direito.

<sup>35</sup> Neste sentido, a sugestiva lição de P. Häberle, *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, in: Isensee-Kirchhof (Org), *Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, p. 853, para quem se revela indispensável a utilização de exemplos concretos para obter uma aproximação com o conceito de dignidade da pessoa humana, salientando, além disso, a importância de um preenchimento desta noção "de baixo para cima", no sentido de que a própria ordem jurídica infraconstitucional fornece importante material para a definição dos contornos do conceito. Registre-se, por oportuno, a crítica de N. Luhmann, *Grundrechte als Institution*, p. 57, salientando que a dogmática jurídica habitualmente define a dignidade sem qualquer consideração pelas ciências que se ocupam do Homem e da Sociedade, aferrando-se a uma tradição aristotélica. Ainda que Luhmann possa ter parcial razão, convém destacar que sua obra foi escrita na década de 60, quando a ciência jurídica recém estava iniciando o estudo mais sistemático da dignidade.

cunstância de que a dignidade da pessoa humana (por tratar-se, à evidência – e nisto não diverge de outros valores e princípios jurídicos – de categoria axiológica aberta) não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas,<sup>36</sup> razão pela qual correto afirmar-se que (também aqui) nos deparamos com um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento.<sup>37</sup> Assim, há que reconhecer que também o conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana, na sua condição de conceito jurídico-normativo, a exemplo de tantos outros conceitos de contornos vagos e abertos, reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais.<sup>38</sup>

Inicialmente, cumpre salientar – retomando a idéia nuclear que já se fazia presente até mesmo no pensamento clássico – que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade.<sup>39</sup> Esta, portanto, como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana,<sup>40</sup> pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sen-

<sup>36</sup> Cf., entre nós, E. Pereira de Farias, *Colisão de Direitos*, p. 50, por sua vez arrimado nas lições de Gomes Canotilho e de Celso Lafer.

<sup>37</sup> Tal como propôs, recentemente, C.L. Antunes Rocha, *O princípio da dignidade da pessoa...*, p. 24.

<sup>38</sup> Cf. averba R. Zippelius, in: *Bonner Kommentar*, p. 14.

<sup>39</sup> Esta a lição de G. Dürig, *Der Grundsatz der Menschenwürde...*, in: AÖR n° 81 (1956), p. 9.

<sup>40</sup> Assim, entre tantos, K. Stern, *Staatsrecht*, vol.III/1, p. 6.

tido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente. Ainda nesta linha de entendimento, houve até mesmo quem afirmasse que a dignidade representa “o valor absoluto de cada ser humano, que, não sendo indispensável, é insubstituível”,<sup>41</sup> o que, como se verá mais adiante, não afasta a possibilidade de uma abordagem de cunho crítico e não inviabiliza, ao menos não por si só, eventual relativização da dignidade, notadamente na sua condição jurídico-normativa e em alguma de suas facetas.

Assim, vale lembrar que a dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida que este a reconhece,<sup>42</sup> já que constitui dado prévio, não esquecendo, todavia, que o Direito poderá exercer papel crucial na sua proteção e promoção, não sendo, portanto, completamente sem razão que se sustentou até mesmo a desnecessidade de uma definição jurídica da dignidade da pessoa humana, na medida em que, em última análise, se cuida do valor próprio, da natureza do ser humano como tal.<sup>43</sup> No entanto, quando se cuida de aferir a existência de ofensas à dignidade, não há como prescindir – na esteira do que leciona González Pérez – de uma clarificação quanto ao que se entende por dignidade da pessoa, justamente para que se possa constatar e, o que é mais importante, coibir

<sup>41</sup> Cf. J.C. Gonçalves Loureiro, *O Direito à Identidade Genética do Ser Humano*, in: Portugal-Brasil 2000, p. 280, citando lição de C. Hodgkinson, filósofo dinamarquês, admitindo, para além disso, a inequívoca inspiração kantiana desta assertiva.

<sup>42</sup> Cf. M. A. Alegre Martínez, *La dignidad de la persona...*, p. 21. Entre nós, v. J. Afonso da Silva, *A dignidade da pessoa humana...*, p. 91, inspirado em Kant, referindo que a dignidade da pessoa “não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana”, lição compartilhada, mais recentemente, também por C. L. Antunes Rocha, *O princípio da dignidade da pessoa...*, p. 26.

<sup>43</sup> Neste sentido, a ponderação de H.C. Nipperdey, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner (Org.) *Die Grundrechte*, vol. II, p. 1.

eventuais violações.<sup>44</sup> Em verdade, como nos lembra o mesmo autor, a dignidade é tida como intangível pelo fato de que assim foi decidido, na medida e no sentido em que se decidiu, o que demonstra como se pode chegar a resultados tão díspares e até mesmo conflitantes entre si, na aplicação concreta da noção de dignidade da pessoa.<sup>45</sup>

Além disso, como já frisado, não se deverá olvidar que a dignidade – ao menos de acordo com o que parece ser a opinião largamente majoritária – independe das circunstâncias concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos. Assim, mesmo que se possa compreender a dignidade da pessoa humana – na esteira do que lembra José Afonso da Silva – como forma de comportamento (admitindo-se, pois, atos dignos e indignos), ainda assim, exatamente por constituir – no sentido aqui acolhido – atributo intrínseco da pessoa humana e expressar o seu valor absoluto, é que a dignidade de todas as pessoas, mesmo daquelas que cometem as ações mais

<sup>44</sup> Cf. J. González Pérez, *Dignidad de la Persona*, p. 111. No mesmo sentido, Peter Badura, *Generalprävention und Würde des Menschen*, in: JZ 1964, p. 341, em multiladoado ensaio, já havia ponderado que a clareza suficiente a respeito do conteúdo da dignidade da pessoa tal qual reconhecida e protegida por uma determinada ordem constitucional constitui pressuposto para a solução adequada dos casos concretos.

<sup>45</sup> Cf. J. González Pérez, *Dignidad de la Persona*, p. 19-20. Neste contexto, embora criticando o recurso direto ao princípio da dignidade da pessoa (especialmente por seu cunho indeterminado e “nebuloso”), B. Mathieu, *Reflexões sobre o Papel dos Direitos Fundamentais no Ordenamento Jurídico Constitucional*, in: Barros-Zilveti (Coord.), *Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, p. 29, destaca que o princípio da dignidade serve, ao mesmo tempo, para justificar o respeito à vida humana e até mesmo o seu fim, como ocorre nos casos em que se reconhece o direito de morrer com dignidade (eutanásia).

indignas e infames, não poderá ser objeto de desconside-  
ração.<sup>46</sup> Aliás, não é outro o entendimento que subjaz  
ao art. 1º da Declaração Universal da ONU (1948),  
segundo o qual "todos os seres humanos nascem livres  
e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e  
consciência, devem agir uns para com os outros em  
espírito e fraternidade", preceito que, de certa forma,  
revitalizou e universalizou – após a profunda barbárie  
na qual mergulhou a humanidade na primeira metade  
deste século – as premissas basilares da doutrina kan-  
tiana.

Na feliz formulação de Jorge Miranda, o fato de os  
seres humanos (todos) serem dotados de razão e cons-  
ciência representa justamente o denominador comum a  
todos os homens, expressando em que consiste sua  
igualdade. Também o Tribunal Constitucional da Espa-  
nha, inspirado igualmente na Declaração Universal, ma-  
nifestou-se no sentido de que "a dignidade é um valor  
espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta  
singularmente na autodeterminação consciente e res-  
ponsável da própria vida e que leva consigo a pretensão  
ao respeito por parte dos demais."<sup>47</sup>

Nesta mesma linha situa-se a doutrina de Günter  
Dürig, considerado um dos principais comentadores da  
Lei Fundamental da Alemanha da segunda metade do  
século XX. Segundo este renomado autor, a dignidade  
da pessoa humana consiste no fato de que "cada ser

humano é humano por força de seu espírito, que o  
distingue da natureza impessoal e que o capacita para,  
com base em sua própria decisão, tornar-se consciente  
de si mesmo, de autodeterminar sua conduta, bem como  
de formatar a sua existência e o meio que o circunda."<sup>48</sup>

Assim, à luz do que dispõe a Declaração Universal  
da ONU, bem como considerando os entendimentos  
colacionados em caráter exemplificativo, verifica-se que  
o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa  
humana parece continuar sendo reconduzido – e a  
doutrina majoritária confora esta conclusão – primor-  
dialmente à matriz kantiana, centrando-se, portanto, na  
autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa  
(de cada pessoa).<sup>49</sup> Nesta mesma linha de entendimento,  
Gomes Canotilho refere que o princípio material que  
subjaz à noção de dignidade da pessoa humana consubs-  
tancia-se "no princípio antrópico que acolhe a idéia  
pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis* (Pico della  
Mirandola) ou seja, do indivíduo conformador de si  
próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto  
espiritual (*plastes et factor*)".<sup>50</sup>

Importa, contudo, ter presente a circunstância de  
que esta liberdade (autonomia) é considerada em abstra-  
to, como sendo a capacidade potencial que cada ser  
humano tem de autodeterminar sua conduta, não de-  
pendendo da sua efetiva realização no caso da pessoa  
em concreto, de tal sorte que também o absolutamente  
incapaz (por exemplo, o portador de grave deficiência  
mental) possui exatamente a mesma dignidade que  
qualquer outro ser humano física e mentalmente capaz.<sup>51</sup>

<sup>46</sup> Cf. G. Dürig, *Der Grundsatz der Menschenwürde...* in: AÖR n° 81 (1956), p. 125.

<sup>49</sup> Cf. A. Bleckmann, *Staatsrecht II – Die Grundrechte*, p. 541.

<sup>50</sup> Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 219.

<sup>51</sup> Neste sentido, a lição de G. Dürig, *Der Grundsatz der Menschenwürde...*, in:  
AÖR n° 81 (1956), p. 125, que, com base neste ponto de vista, sustenta que  
mesmo o consentimento do ofendido não descaracteriza uma efetiva agres-  
são à dignidade da pessoa. Pelo mesmo motivo, também o nascituro encon-



Ressalte-se, por oportuno, que com isso não estamos a sustentar a equiparação, mas a intrínseca ligação entre as noções de liberdade e dignidade, já que, como ainda teremos ocasião de melhor analisar, a liberdade e, por conseguinte, também o reconhecimento e a garantia de direitos de liberdade (e dos direitos fundamentais de um modo geral), constituem uma das principais (senão a principal) exigências da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, há quem aponte para o fato de que a dignidade da pessoa não deve ser considerada exclusivamente como algo inerente à natureza humana (no sentido de uma qualidade inata pura e simplesmente), isto na medida em que a dignidade possui também um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, razão pela qual as dimensões natural e cultural da dignidade da pessoa se complementam e interagem mutuamente.<sup>52</sup> De acordo com a seguinte passagem extraída de importante decisão do Tribunal Constitucional de Portugal, revelando esta inequívoca dimensão histórico-cultural da dignidade da pessoa humana e que aqui se amolda perfeitamente, “a idéia de dignidade da pessoa humana,

tra-se protegido na sua dignidade, admitindo-se até mesmo que os reflexos da proteção da dignidade venham a alcançar a pessoa inclusive após a morte, posicionamento que vai também por nós acolhido. Sobre este ponto, de resto objeto de aguda polémica, especialmente no que concerne ao marco inicial do reconhecimento de uma proteção jurídica da dignidade, v., entre outros, I. von Münch, in: *Grundgesetz Kommentar*, p. 73-75, bem como, na França, B. Malieu, *La dignité de la personne humaine: quel droit? Quel titulaire?*, in: Recueil Dalloz Sirey 1996, p. 283-84. De modo particular, parece-nos oportuno registrar a lição de W. Höfling, in: M. Sachs (Org) *Grundgesetz*, p. 117, apontando para a necessidade de uma interpretação aberta e ampliativa do conceito vida, de tal sorte a agasalhar as necessárias respostas normativas às agressões atuais e potenciais que ameaçam a vida humana.

52 Cf. P. Häberle, *Die Menschenwürde als Grundlage...*, p. 860, destacando-se que a despeito da referida dimensão cultural, a dignidade da pessoa mantém sempre sua condição de valor próprio, inerente a cada pessoa humana, podendo falar-se assim de uma espécie de “constante antropológica”, de tal sorte que a dignidade possui apenas uma dimensão cultural relativa (no sentido de estar situada num contexto cultural), apresentando sempre também traços tendencialmente universais (ob. cit., p. 842-43).

no seu conteúdo concreto – nas exigências ou corolários em que se desmultiplica – não é algo puramente apriorístico, mas que necessariamente tem de concretizar-se histórico-culturalmente”.<sup>53</sup> Ainda a respeito deste ponto, vale registrar a lição de Ernst Benda, de acordo com o qual, para que a noção de dignidade não se desvaneça como mero apelo ético, impõe-se que seu conteúdo seja determinado no contexto da situação concreta da conduta estatal e do comportamento de cada pessoa humana.<sup>54</sup>

É justamente neste sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade, que voltará a ser referida oportunamente.<sup>55</sup>

Recolhendo aqui a lição de Podlech, poder-se-á afirmar que, na condição de limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade necessariamente é algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado, porquanto, deixando de existir, não haveria mais limite a ser respeitado (este sendo considerado o elemento fixo e imutável da dignidade). Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a

53 Acórdão nº 90-105-2, de 29.03.90, Relator Bravo Serra, onde, para além do aspecto já referido, entendeu-se ser do legislador “sobretudo quando, na comunidade jurídica, haja de reconhecer-se e admitir-se como legítimo um pluralismo mundivital ou de concepções” a tarefa precípua de “em cada momento histórico, ‘ler’, traduzir e verter no correspondente ordenamento aquilo que nesse momento são as decorrências, implicações ou exigências dos princípios ‘abertos’ da Constituição.”

54 Cf. E. Benda, *Die Menschenwürde ist Unantastbar*, in: ARSP nº 22 (1984), p. 23.

55 A respeito da dignidade como limite e tarefa v., dentre tantos e mais recentemente, no contexto de uma dúplice função defensiva (negativa) e prestacional (positiva) a lição de M. Sachs, *Verfassungsrecht II – Grundrechte*, p. 178 e ss.

promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo portanto dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria, portanto, o elemento mutável da dignidade).<sup>56</sup>

Desde logo, percebe-se (ao menos assim o esperamos) que com o reconhecimento de uma dimensão cultural e prestacional da dignidade não se está a aderir à concepção da dignidade como prestação,<sup>57</sup> ao menos

<sup>56</sup> Esta a lição de Podlech, in: *Alternativ Kommentar*, vol. I, p. 280-1.

<sup>57</sup> Nesta quadra convém lembrar que, de modo geral e de acordo com a influente lição de H. Hofmann, *Die versprochene Menschenwürde*, p. 357 e ss., as diversas teorias sobre a dignidade da pessoa, notadamente no que diz com o seu conteúdo e fundamentação, podem ser agrupadas em torno de duas concepções, quais sejam, as teorias que compreendem a dignidade como dádiva (*Mitgifttheorien*), no sentido de que a dignidade constitui uma qualidade ou propriedade peculiar e distintiva da pessoa humana (inata, ou fundada na razão ou numa dádiva divina), bem como as teorias assim denominadas de prestacionais (*Leistungstheorien*), que vêem na dignidade o produto (a prestação) da subjetividade humana. Sem que se vá aqui arrolar e dissecar as principais concepções elaboradas no âmbito destas duas correntes e lembrando que mesmo esta classificação não se encontra imune à controvérsia, parece-nos – tal como lembra o próprio Hofmann (ob. cit., p. 358), que, em verdade, não se verifica uma oposição fundamental entre ambas as teorias (dádiva e prestação), já que ambas repousam, em última análise, no postulado da subjetividade e autonomia do indivíduo. A despeito disso, que ambas as concepções apresentam aspectos passíveis de crítica, é ponto que já obteve e voltará a obter alguma atenção ao longo deste ensaio. Também referindo a classificação proposta por Hofmann, v., em língua portuguesa, a recente e importante contribuição de J. C. Gonçalves Loureiro, *O direito à identidade genética ...*, p. 280-81, referindo uma terceira concepção teórica extraída do texto de Hofmann, e que visualiza a dignidade como reconhecimento (*Anerkennung*). Muito embora tal aspecto careça de maior relevância, parece-nos que Hofmann, após apresentar e discutir criticamente as duas concepções da dignidade como dádiva e prestação, passa a propor uma noção de dignidade como reconhecimento, no sentido de que “a dignidade significa reconhecimento recíproco do outro no que diz com a sua especificidade e suas peculiaridades como indivíduo...” (*Die versprochene Menschenwürde*, p. 370).

não naquilo em que se sustenta ser a dignidade não um atributo ou valor inato e intrínseco ao ser humano, mas sim, eminentemente uma condição conquistada pela ação concreta de cada indivíduo, não sendo tarefa dos direitos fundamentais assegurar a dignidade, mas sim, as condições para a realização da prestação.<sup>58</sup> Com efeito, para Luhmann – tido como principal representante desta corrente – a pessoa alcança (conquista) sua dignidade a partir de uma conduta autodeterminada e da construção exitosa da sua própria identidade.<sup>59</sup> Tal concepção, que chegou a ser qualificada como um equívoco sociológico (*ein soziologisches Missverständnis*),<sup>60</sup> também não corresponde às exigências do estado constitucional e de sua cultura, já que também aquele que nada “presta” para si próprio ou para os outros (tal como ocorre com o nascituro, o absolutamente incapaz, etc.) evidentemente não deixa de ter dignidade e, para além disso, não deixa de ter o direito de vê-la respeitada e protegida.<sup>61</sup> Assim, muito embora não se possa afirmar – por questão de justiça – que Luhmann tenha sustentado a ausência ou a perda da dignidade para aqueles que não se encontram em condições de construí-la por suas próprias forças (tendo tido inclusive o mérito de destacar a necessária dimensão social e comunicativa da

<sup>58</sup> Cf. a leitura de P. Häberle, *Die Menschenwürde als Grundfrage...*, p. 836, referindo-se especificamente ao pensamento de Luhmann.

<sup>59</sup> Para Luhmann, *Grundrechte als Institution*, p. 60 e ss., assim como a liberdade, a dignidade é o resultado e condição de uma exitosa auto-representação. Além disso, os conceitos de liberdade e dignidade constituem condições fundamentais para a auto-representação do Homem como pessoa individual, o que, de resto, se processa apenas no contexto social, de tal sorte que a dignidade e a liberdade referem-se a problemas específicos de comunicação.

<sup>60</sup> Cf. a crítica de C. Starck, in: *Das Bonner Grundgesetz*, p. 46, destacando que a dignidade não se restringe aos que logram construí-la pessoalmente, pois, em sendo assim, poderá acabar sendo justificado – como a história já demonstrou – o sacrifício dos deficientes mentais, pessoas com deformidades físicas e até mesmo dos “monstros espirituais” (os traidores da pátria e inimigos da classe).

<sup>61</sup> Cf. a ponderação de P. Häberle, *Die Menschenwürde als Grundfrage...*, p. 838.

dignidade), o fato é que a concepção da dignidade como prestação, no sentido ora criticado e levada ao extremo, acaba por colocar desnecessariamente em risco uma proteção jurídica efetiva da dignidade da pessoa humana.<sup>62</sup>

Fechado o parêntese e na perspectiva já sinalizada (dignidade como limite e tarefa), sustenta-se que uma dimensão dúplice da dignidade manifesta-se enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à idéia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo – e principalmente – quando ausente a capacidade de autodeterminação.<sup>63</sup> Assim, a dignidade, na sua perspectiva assistencial (protetiva) da pessoa humana, poderá, das as circunstâncias, prevalecer em face da dimensão autonômica, de tal sorte que, todo aquele a quem faltarem as condições para uma decisão própria e responsável (de modo especial no âmbito da biomedicina e bioética) poderá até mesmo perder – pela nomeação eventual de um curador ou submissão involuntária a tratamento médico e/ou internação – o exercício pessoal de sua capacidade de autodeterminação, restando-lhe, contudo, o direito a ser tratado com dignidade (protegido e assistido).<sup>64</sup>

<sup>62</sup> Cf., novamente, a lição de P. Häberle, *Die Menschenwürde als Grundfrage*, ... p. 838.

<sup>63</sup> Cf. M. Koppernack, *Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung*, p. 18-20.

<sup>64</sup> Assim também M. Koppernack, *Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung*, p. 19-20, salientando, neste mesmo contexto, que mesmo presente, em sua plenitude, a autonomia da vontade (dignidade como capacidade de autodeterminação) esta poderá ser relativizada em face da dignidade na sua dimensão assistencial (protetiva), já que, em determinadas circunstâncias, nem mesmo o livre consentimento autoriza determinados procedimentos, tal como ocorre, v.g., com a extração de todos os dentes de um paciente sem qualquer tipo de indicação médica, especialmente quando o consentimento

Tal concepção encontra-se, de resto – e reconhecidamente – embasada na doutrina de Dworkin, que, demonstrando a dificuldade de se explicar um direito a tratamento com dignidade daqueles que, dadas as circunstâncias (como ocorre nos casos de demência e das situações nas quais as pessoas já não logram sequer reconhecer insultos a sua auto-estima ou quando já perderam completamente sua capacidade de autodeterminação), ainda assim devem receber um tratamento digno.<sup>65</sup> Dworkin, portanto, parte do pressuposto de que a dignidade possui “tanto uma voz ativa quanto uma voz passiva e que ambas encontram-se conectadas”, de tal sorte que é no valor intrínseco (na “santidade e inviolabilidade”) da vida humana, de todo e qualquer ser humano, que encontramos a explicação para o fato de que mesmo aquele que já perdeu a consciência da própria dignidade merece tê-la (sua dignidade) considerada e respeitada.<sup>66</sup> O próprio Dworkin, por sua vez, acaba reportando-se direta e expressamente à doutrina de Kant, ao lembrar que o ser humano não poderá jamais ser tratado como objeto, isto é, como mero instrumento para realização dos fins alheios, destacado, todavia, que tal postulado não exige que nunca se coloque alguém em situação de desvantagem em prol de outrem, mas sim, que as pessoas nunca poderão ser

estiver fundado na ignorância técnica. Até que ponto, nesta e em outras hipóteses até mesmo mais gravosas, é possível falar na presença de uma plena autonomia, é, de resto, aspecto que refoge ao âmbito destas considerações, mas que, nem por isso, deixa de merecer a devida atenção.

<sup>65</sup> Cf. R. Dworkin, *El dominio de la vida*, p. 306-7.

<sup>66</sup> Cf. R. Dworkin, *El dominio de la vida*, p. 307-9, que, nesta linha de entendimento, distingue o direito a um tratamento digno do direito à beneficência, exemplificando tal distinção com a situação peculiar dos presos, que, por serem encarcerados, não são tratados de forma benéfica (já que o objetivo é a prevenção de delitos para o benefício geral da comunidade), mas ainda assim, na condição de seres humanos, devem ser tratados com dignidade, não podendo ser torturados, humilhados, assegurando-se-lhes um mínimo de privacidade e direitos básicos.



tratadas de tal forma que se venha a negar a importância distintiva de suas próprias vidas.<sup>67</sup> Neste contexto, vale registrar, ainda, que o próprio Kant nunca afirmou que o homem, num certo sentido, não possa ser "instrumentalizado" de tal sorte que venha a servir, espontaneamente e sem que com isto venha a ser degradado na sua condição humana, à realização de fins de terceiros, como ocorre, de certo modo, com todo aquele que presta um serviço a outro. Com efeito, Kant refere expressamente que o Homem constitui um fim em si mesmo e não pode servir "simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade".<sup>68</sup>

Assim, seguindo uma tendência que parece estar conduzindo a uma releitura e recontextualização da doutrina de Kant (ao menos naquilo em que aparentemente se encontra centrada exclusivamente na noção de autonomia da vontade e racionalidade), vale reproduzir a lição de Dieter Grimm, eminente publicista e Magistrado germânico, ao sustentar que a dignidade, na condição de valor intrínseco do ser humano, gera para o indivíduo o direito de decidir de forma autônoma sobre seus projetos existenciais e felicidade e, mesmo onde esta autonomia lhe faltar ou não puder ser atualizada, ainda assim ser considerado e respeitado pela sua condição humana.<sup>69</sup>

<sup>67</sup> Cf. R. Dworkin, *El dominio de la vida*, p. 310, referindo, com base no exemplo dos presos, que tal concepção impõe que, apesar das razões que levaram ao encarceramento, que poderão exigir e justificar esta ofensa (a prisão), estas não autorizam que se venha a tratar o preso como mero objeto, à disposição dos demais, como se apenas importasse a utilidade da prisão.

<sup>68</sup> Cf. Kant, *Fundamentos ...*, p. 134-35.

<sup>69</sup> Cf. D. Grimm, *apud* M. Koppernack, *Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung*, p. 21-22, muito embora posicionando-se de forma crítica em relação ao reconhecimento da dignidade exclusivamente com base na pertinência biológica a uma espécie e centrando a noção de dignidade no reconhecimento de direitos ao indivíduo, sem os quais este acaba não sendo levado a sério como tal. Nesta mesma linha, já havia decidido o Tribunal Federal Constitucional da Alemanha (in: BverfGE 39, 1 [41]), considerando que onde existe vida humana esta deve ter assegurada a proteção de sua

Ainda no que diz com a tentativa de clarificação do sentido da dignidade da pessoa humana, importa considerar que apenas a dignidade de determinada (ou de determinadas) pessoa é passível de ser desrespeitada, inexistindo atentados contra a dignidade da pessoa em abstrato.<sup>70</sup> Vinculada a esta idéia, que – como visto – já transparecia no pensamento kantiano, encontra-se a concepção de que a dignidade constitui atributo da pessoa humana individualmente considerada, e não de um ser ideal ou abstrato, razão pela qual não se deverá confundir as noções de dignidade da pessoa e de dignidade humana, quando esta for referida à humanidade como um todo.<sup>71</sup> Registre-se, neste contexto, o significado da formulação adotada pelo nosso Constituinte de 1988, ao referir-se à dignidade da pessoa humana como fundamento da República e do nosso Estado democrático de Direito.<sup>72</sup>

Por outro lado, pelo fato de a dignidade da pessoa encontrar-se ligada à condição humana de cada indivíduo, não há como descartar uma necessária dimensão comunitária (ou social) desta mesma dignidade de cada pessoa e de todas as pessoas, justamente por serem todos iguais em dignidade e direitos (na iluminada fórmula da Declaração Universal de 1948) e pela circunstância de nesta condição conviverem em determinada comunidade ou grupo. O próprio Kant – ao menos assim

dignidade, não sendo decisivo que o titular tenha consciência de sua dignidade ou que saiba defender-se a si próprio, bastando, para fundamentação da dignidade, as qualidades potenciais inerentes a todo o ser humano.

<sup>70</sup> Assim já lecionava H.C. Nipperdey, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner (Org), *Die Grundrechte*, vol. II, p. 3.

<sup>71</sup> Neste sentido, v. o magistério de J. Miranda, *Manual...*, vol. IV, p. 184 ("a dignidade da pessoa é da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é de um ser ideal e abstrato"). Assim também K. Stern, *Das Staatsrecht...*, vol. III/1, p. 11-12.

<sup>72</sup> Assim, também para o nosso direito constitucional positivo, é a dignidade da pessoa humana (de cada e, à evidência, de todas as pessoas) concreta e individualmente considerada o objeto precípuo do reconhecimento e proteção pela ordem constitucional.

nos parece – sempre afirmou (ou, pelo menos, sugeriu) o caráter intersubjetivo e relacional da dignidade da pessoa humana, sublinhando inclusive a existência de um dever de respeito no âmbito da comunidade dos seres humanos. Para o filósofo de Königsberg, “é verdade que a humanidade poderia subsistir se ninguém contribuísse para a felicidade dos outros, contanto que também lhes não subtraísse nada intencionalmente; mas se cada qual se não esforçasse por contribuir na medida das suas forças para os fins de seus semelhantes, isso seria apenas uma concordância negativa e não positiva com a humanidade como um fim em si mesmo. Pois se um sujeito é um fim em si mesmo, os seus fins têm de ser quanto possível os meus, para aquela idéia poder exercer em mim toda a sua eficácia”.<sup>73</sup>

Neste mesmo contexto, assume relevo a lição de Pérez Luño, que, na esteira de Werner Maihofer e, de certa forma, também retomando a noção kantiana, sustenta uma dimensão intersubjetiva da dignidade, partindo da situação básica do ser humano em sua relação com os demais (do ser com os outros), ao invés de fazê-lo em função do homem singular, limitado a sua esfera individual,<sup>74</sup> sem que com isto – importa frisá-lo desde logo –

<sup>73</sup> Kant, *Fundamentos...*, p. 136-37. No original, “Nun würde zwar die Menschheit bestehen können, wenn niemand zu des anderen Glückseligkeit was beitrüge, dabei aber ihr nichts vorsätzlich entzöge; allein es ist dieses doch nur eine negative und nicht positive Übereinstimmung zur Menschheit, als Zweck a n sich selbst, wenn jedermann auch nicht die Zwecke anderer, so viel a n ihm ist, zu befördern trachtete. Denn das Subjekt, welches Zweck na sich selbst ist, dessen Zwecke müssen, wenn jede Vorstellung bei mir alle Wirkung tun soll, auch, so viel möglich, meine Zwecke sein.” (Kant, *Grundlegung...*, p. 63).

<sup>74</sup> Cf. A. E. Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 318. Este também parece ser o entendimento de J. Miranda, *Manual...*, vol. IV, p. 189, ao sustentar que “cada pessoa tem de ser compreendida em relação com as demais. Por isso, a Constituição completa a referência à dignidade com a referência à mesma dignidade social que possuem todos os cidadãos e todos os trabalhadores [arts. 13, nº 1, e 59, nº 1, alínea b], decorrente da inserção numa comunidade determinada.” No mesmo sentido, v. M. A. Alegre Martínez, *La dignidad de la persona...*, p. 19, referindo, no

se esteja a advogar a justificação de sacrifícios da dignidade pessoal em prol da comunidade. Quanto a este ponto, assim como relativamente à possibilidade de se estabelecerem restrições à liberdade e autonomia pessoal, bem como à própria dignidade, ainda teremos oportunidade de nos pronunciar.

Seguindo – ao menos assim o parece – esta linha de entendimento, vale lembrar a lição de Franck Moderne, referindo que, para além de uma concepção ontológica da dignidade – como qualidade inerente ao ser humano – importa considerar uma visão de caráter mais “instrumental”, traduzida pela noção de uma igual dignidade de todas as pessoas, fundada na participação ativa de todos na “magistratura moral” coletiva, não restrita, portanto, à idéia de autonomia individual, mas que – pelo contrário – parte do pressuposto da necessidade de promoção das condições de uma contribuição ativa para o reconhecimento e proteção do conjunto de direitos e liberdades indispensáveis ao nosso tempo.<sup>75</sup> De qualquer modo, o que importa, nesta quadra, é que se tenha presente a circunstância, oportunamente destacada por Gonçalves Loureiro, de que a dignidade da pessoa humana – no âmbito de sua perspectiva intersubjetiva – implica uma obrigação geral de respeito pela pessoa (pelo seu valor intrínseco como pessoa), traduzida num feixe de deveres e direitos correlativos, de natureza não meramente instrumental, mas sim, relativos a um conjunto de bens indispensáveis ao “florescimento humano”.<sup>76</sup>

âmbito de uma dimensão social, a necessidade de que a dignidade, como atributo de pessoa individual, deve ser acompanhada da necessidade de que as demais pessoas e a comunidade respeitem sua liberdade e seus direitos.

<sup>75</sup> Cf. F. Moderne, *La dignité de la personne...*, p. 198-199, em passagem confessadamente influenciada pela obra de Ronald Dworkin. Note-se, de outra parte, que as assim denominadas concepções ontológica e instrumental da dignidade, de certa forma correspondem à já referida classificação proposta por Hofmann (dignidade como dádiva e prestação).

<sup>76</sup> Cf. J. C. Gonçalves Loureiro, *O Direito à Identidade Genética do Ser Humano*, p. 281.

Em verdade – e tal aspecto consideramos deve ser destacado – a dignidade da pessoa humana (assim como os próprios direitos fundamentais), sem prejuízo de sua dimensão ontológica e, de certa forma, justamente em razão de se tratar do valor próprio de cada uma e de todas as pessoas, apenas faz sentido no âmbito da intersubjetividade e é também por esta razão que se impõe o seu reconhecimento e proteção pela ordem jurídica, que deve zelar para que todos recebam igual (já que todos são iguais em dignidade) consideração e respeito por parte do Estado e da comunidade. Na perspectiva ora apontada, vale consignar a lição de Jürgen Habermas, considerando que a dignidade da pessoa, numa aceção rigorosamente moral e jurídica, encontra-se vinculada à simetria das relações humanas, de tal sorte que a sua *intangibilidade* (o grifo é do autor) resulta justamente das relações interpessoais marcadas pela recíproca consideração e respeito.<sup>77</sup> Para além disso, Habermas lembra que apenas no âmbito do espaço público da comunidade da linguagem, o ser natural se torna indivíduo e pessoa dotada de racionalidade.<sup>78</sup> Assim, como bem destaca Hasso Hofmann, a dignidade necessariamente deve ser compreendida sob perspectiva relacional e comunicativa, constituindo uma categoria da co-humanidade de cada indivíduo (*Mitmenschlichkeit des Individuums*).<sup>79</sup> de tal sorte que, na esteira da lição de Peter Häberle, a consideração e reconhecimento recípro-

<sup>77</sup> Cf. J. Habermas, *Die Zukunft der menschlichen Natur*, p. 62 e ss.

<sup>78</sup> Cf. J. Habermas, ob. cit., p. 65.

<sup>79</sup> Cf. H. Hofmann, *Die versprochene Menschenwürde*, in: AÖR 118 (1993), p. 364, posicionando-se – ao sustentar que a dignidade, na condição de conceito jurídico, assume feições de um conceito eminentemente comunicativo e relacional – no sentido de que a dignidade da pessoa humana não poderá ser destacada de uma comunidade concreta e determinada onde se manifesta e é reconhecida.

co da dignidade pode ser definida como uma espécie de “ponte dogmática”, ligando os indivíduos entre si.<sup>80</sup>

Outra indagação que desafia uma análise mais aprofundada diz com a já anunciada contextualização histórico-cultural da dignidade da pessoa humana. Com efeito, é de perguntar-se até que ponto a dignidade não está acima das especificidades culturais, que, muitas vezes, justificam atos que, para a maior parte da humanidade são considerados atentatórios à dignidade da pessoa humana, mas que, em certos quadrantes, são tidos por legítimos, encontrando-se profundamente enraizados na prática social e jurídica de determinadas comunidades. Em verdade, ainda que se pudesse ter o conceito de dignidade como universal, isto é, comum a todas as pessoas em todos os lugares, não haveria como evitar uma disparidade e até mesmo conflituosidade sempre que se tivesse de avaliar se uma determinada conduta é, ou não, ofensiva da dignidade.<sup>81</sup> Nesta linha de entendimento parece situar-se o pensamento de Dworkin que, ao sustentar a existência de um direito das pessoas de não serem tratadas de forma indigna, refere que qualquer sociedade civilizada tem seus próprios padrões e convenções a respeito do que constitui esta indignidade, critérios que variam conforme o local e a época.<sup>82</sup>

<sup>80</sup> P. Häberle, *Die Menschenwürde als Grundlage...*, especialmente p. 843 e ss., advogando igualmente uma dimensão necessariamente intersubjetiva, social e comunicativa da dignidade.

<sup>81</sup> Cf. M. A. Alegre Martínez, *La dignidad de la persona...*, p. 26.

<sup>82</sup> Cf. R. Dworkin, *El Dominio de la Vida*, p. 305. Neste contexto, a respeito da diversidade de tratamento da dignidade da pessoa, mesmo pelo ordenamento jurídico, vale lembrar, entre outros, o exemplo da Constituição Iraniana de 1980 (referido por B. Mathieu, *La dignité de la personne humaine...*, p. 286), que, no seu artigo 22, dispõe que “a dignidade dos indivíduos é inviolável... salvo nos casos autorizados por lei”, o que demonstra igualmente que – ao menos para alguns ordens jurídicos – nem mesmo a dignidade encontra-se imune a restrições pelo legislador, aspecto do qual voltaremos a nos pronunciar. Da mesma forma, vale lembrar aqui, dentre outros tantos exemplos que poderiam ser colacionados, a prática da tortura, das mutilações genitais, da discriminação sexual e religiosa, ainda toleradas (inclusive pelo direito positivo) em alguns Estados.

Neste contexto, basta lembrar a prática da pena de morte por expressivo número de estados norte-americanos, considerada – embora não de forma unânime – constitucional pela Suprema Corte, que, por sua vez, tem entendido serem inconstitucionais determinadas técnicas de executar a pena capital, com base na proibição da aplicação de penas cruéis e desumanas (*cruel and unusual punishment*) prevista na oitava emenda de 1791. Neste sentido, em relativamente recente decisão envolvendo recurso impetrado por um condenado à morte no estado de Washington, a Suprema Corte reconheceu que a morte por enforcamento constitui prática atentatória à dignidade da pessoa humana, notadamente, pelo fato de infligir – ao menos em relação aos outros meios utilizados (injeção letal e eletrocutamento) – sofrimento desnecessário ao sentenciado, já que constatada a possibilidade maior de uma postergação do estado de inconsciência e morte, com risco de asfixia lenta e até mesmo de decapitação parcial ou total, verificada em diversos casos.<sup>83</sup> Assim, de maneira que para nós (ao menos no que diz com a vedação constitucional da pena de morte vigente entre nós, salvo a exceção de guerra declarada) se revela um tanto paradoxal, verifica-se que a pena de morte, em si mesma, parece não ferir a dignidade, desde que aplicada dignamente?!. Como se percebe desde logo, o problema da dignidade da pessoa, do seu reconhecimento e proteção numa ambiência multicultural, constitui tema fascinante e que está longe de alcançar o tratamento desejável, mas que, pelos seus desdobramentos peculiares, haverá de ser deixado em aberto neste estudo.<sup>84</sup>

<sup>83</sup> Caso *Campbell v. Wood*, U.S. Supreme Court, 1994.

<sup>84</sup> Versando justamente sobre o problema do multiculturalismo, vale referir aqui pelo menos o instigante ensaio de B. Sousa Santos, *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*, in: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 48 (1997), especialmente p. 18 e ss., onde o festejado sociólogo lusitano sustenta que o conceito de direitos humanos e a própria noção de dignidade da

Com base no que até agora foi exposto, verifica-se que reduzir a uma fórmula abstrata e genérica tudo aquilo que constitui o conteúdo da dignidade da pessoa humana, em outras palavras, a definição do seu âmbito de proteção ou de incidência (em se considerando sua condição de norma jurídica), não parece ser possível, o que, por sua vez, não significa que não se possa ou deva buscar uma definição, que, todavia, acabará alcançando pleno sentido e operacionalidade em face do caso concreto. Com efeito, para além dos aspectos ventilados, a busca de uma definição necessariamente aberta mas minimamente objetiva impõe-se justamente em face da exigência de um certo grau de segurança e estabilidade jurídica, bem como para evitar que a dignidade continue a justificar o seu contrário.<sup>85</sup> Como ponto de partida nesta empreitada, vale citar a fórmula desenvolvida por Dürig, na Alemanha, para quem (na esteira da concepção kantiana) a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa, em outras palavras, sempre que a pessoa venha a ser descaracterizada e desconsiderada como sujeito de direitos.<sup>86</sup>

pessoa assentam num conjunto de pressupostos tipicamente ocidentais, quando, em verdade, todas as culturas possuem concepções de dignidade humana, muito embora nem todas elas a concebam em termos de direitos humanos, razão pela qual se impõe o estabelecimento de um diálogo intercultural, no sentido de uma troca permanente entre diferentes culturas e saberes, que será viabilizada pela aplicação daquilo que o autor designou de uma “hermenêutica diatópica”, que, por sua vez, não pretende alcançar uma completude em si mesma inatingível, mas sim, ampliar ao máximo a consciência da incompletude mútua entre as diversas culturas por meio do diálogo.

<sup>85</sup> Neste sentido, v., a advertência de B. Maurer, *Notes sur le respect de la dignité humaine*, p. 186.

<sup>86</sup> Cf. C. Dürig, *Der Grundsatz der Menschenwürde...*, in: AÖR nº 81 (1956), p. 127. No direito brasileiro, a fórmula do homem-objeto, isto é, o enunciado de que tal condição é justamente a negação da dignidade, encontra-se – ao menos assim nos parece – formulada expressamente na Constituição, notadamente quando o nosso Constituinte, no art. 5º, inciso III, da Constituição



Como bem consignou Michael Sachs, tal fórmula parte de uma definição da dignidade considerando seu âmbito de proteção, traduzindo uma opção por uma perspectiva que prefere determinar este âmbito de proteção a partir de suas violações no caso concreto.<sup>87</sup> Esta concepção, muito embora largamente (mas não exclusivamente) acolhida e adotada também – ao menos em expressivo número de decisões – pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha,<sup>88</sup> por evidente não poderá oferecer uma solução global para o problema, já que não define previamente o que deve ser protegido, mas permite a verificação, à luz das circunstâncias do caso concreto, da existência de uma efetiva violação da dignidade da pessoa humana, fornecendo, ao menos, um caminho a ser trilhado, de tal sorte que, ao longo do tempo, doutrina e jurisprudência encarregaram-se de identificar uma série de posições que integram a noção

de 1988, estabelece de forma enfática que “ninguém será submetido à tortura e a tratamento desumano ou degradante.” Neste contexto, vale, ainda, lembrar a lição de P. Häberle, *Menschenwürde als Grundlage...*, p. 842, quando afirma que a concepção de Dürig (a fórmula do “objeto”) acaba por transformar-se também numa “fórmula-sujeito”, já que o estado constitucional efetiva a dignidade da pessoa, na medida em que reconhece e promove o indivíduo na condição de sujeito de suas ações.

<sup>87</sup> Cf. M. Sachs, *Verfassungsrecht II – Grundrechte*, p. 174.

<sup>88</sup> Apenas pinçando uma das diversas decisões onde tal concepção foi adotada, verifica-se que, para o Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, a dignidade da pessoa humana está vinculada ao valor social e pretenso de respeito do ser humano, que não poderá ser reduzido à condição de objeto do Estado ou submetido a tratamento que comprometa a sua qualidades de sujeito (v. BverfGE 96, p. 399). Convém lembrar, todavia (a despeito de outras críticas possíveis) que a fórmula do homem-objeto não afasta a circunstância de que, tanto na vida privada quando na esfera pública, as pessoas constantemente se colocam a si próprias na condição de objeto da influência e ação alheias, sem que com isto se esteja colocando em dúvida a sua condição de pessoa (Cf. a observação de H. Hofmann, *Die versprochene Menschenwürde*, in: AÖR n.º 118 (1993), p. 360. Igualmente não se deve desconsiderar a precoce objeção de N. Luhmann, *Grundrechte als Institution*, p. 60, que considerou a fórmula-objeto vazia, já que não afasta a necessidade de decidir quando e sob que circunstâncias alguém estará sendo tratado como objeto, a ponto de restar configurada uma violação da sua dignidade.

de dignidade da pessoa humana e que, portanto, reclama a proteção pela ordem jurídica.<sup>89</sup>

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. Tudo, portanto, converge no sentido de que também para a ordem jurídico-constitucional a concepção do homem-objeto (ou homem-instrumento), com todas as conseqüências que daí podem e devem ser extraídas, constitui justamente a antítese da noção de dignidade da pessoa, embora esta, à evidência, não possa ser, por sua vez, exclusivamente formulada no sentido negativo (de exclusão de atos degradantes e desumanos), já que assim se estaria a restringir demasiadamente o âmbito de proteção da dignidade.<sup>90</sup> Isto, por sua vez, remete-

<sup>89</sup> Assim, por exemplo, não restam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente o respeito e a proteção da integridade física do indivíduo, do que decorrem a proibição da pena de morte, da tortura, das penas de cunho corporal, utilização da pessoa humana para experiências científicas, estabelecimento de normas para os transplantados de órgãos, etc., tudo conforme refere Höfling, in: M. Sachs (Org) *Grundgesetz*, p. 107-9. De outra parte, percebe-se que os exemplos citados demonstram a existência de uma íntima relação entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa, aspecto que ainda será objeto de análise mais aprofundada e que aqui foi apenas referido com o objetivo de demonstrar algumas das dimensões concretas desenvolvidas a partir da noção da dignidade da pessoa humana. Registre-se, ademais, que o próprio Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, tal como refere M. Sachs, *Verfassungsrecht II – Grundrechte*, p. 174, tem relativizado a fórmula do “homem-objeto”, reconhecendo ser a mesma insuficiente para apreender todas as violações e assegurar, por si só, a proteção eficiente da dignidade da pessoa humana.

<sup>90</sup> Neste sentido parece situar-se o entendimento de M. Sachs, *Verfassungsrecht II – Grundrechte*, p. 174 e ss., sugerindo que o âmbito de proteção da garantia da dignidade da pessoa humana restaria melhor definido em se

nos ao delicado problema de um conceito minimalista ou ótimo de dignidade, aspecto que voltará a ser referido oportunamente.

Por derradeiro, poderemos encerrar esta etapa do nosso estudo ousando formular proposta de conceituação (jurídica) da dignidade da pessoa humana que, além de reunir a dupla perspectiva ontológica e instrumental referida, procura destacar tanto a sua necessária faceta intersubjetiva e, portanto, relacional, quanto a sua dimensão simultaneamente negativa (defensiva) e positiva (prestacional). Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana *a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável*,<sup>91</sup> além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

perquirindo, em cada caso concreto, se à luz da fórmula do homem-objeto a suposta conduta violadora efetivamente desconsidera o valor intrínseco da pessoa. Por sua vez, Udo Di Fabio, *Der Schutz der Menschenwürde*, ... p. 22 e ss., destaca que não é possível definir a dignidade como bem juridicamente protegido para além da fórmula-objeto (que reconhece ser vaga e indeterminada), sem que se acabe invadindo a seara nebulosa da autodefinição do ser humano, de tal sorte que apenas uma determinação do âmbito de proteção com base no critério da conduta ofensiva se revela juridicamente controlável.

<sup>91</sup> Como critério aferidor do que seja uma vida saudável, parece-nos apropriado utilizar os parâmetros estabelecidos pela Organização Mundial da Saúde, quando se refere a um completo bem-estar físico, mental e social, parâmetro este que, pelo seu reconhecimento amplo no âmbito da comunidade internacional, poderia igualmente servir como diretriz mínima a ser assegurada pelos Estados.

## 3

### Dignidade da pessoa humana como norma (princípio e valor) fundamental para a ordem jurídico-constitucional brasileira

#### 3.1 - Algumas notas sobre a normatização jurídico-positiva da dignidade no direito constitucional comparado

Atendo-nos aos objetivos do presente estudo, iniciaremos, neste segmento, com a tentativa de situar e compreender a posição e o significado da dignidade da pessoa humana como fundamento da nossa ordem constitucional. A nossa Constituição vigente, inclusive (embora não exclusivamente) como manifesta reação ao período autoritário precedente – no que acabou trilhando o caminho similar ao percorrido, entre outras ordens constitucionais, pela Lei Fundamental da Alemanha e, posteriormente, pelas Constituições de Portugal e da Espanha – foi a primeira na história do constitucionalismo pátrio a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais, situado, em manifesta homenagem ao especial significado e função destes, na parte inaugural do texto, logo após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais.