

Perspectivas sobre a dignidade no ordenamento jurídico brasileiro: enquadramento sistemático, relação com o princípio democrático e proposta de uma interpretação deflacionária de seu âmbito de proteção

Approaches to Dignity in the Brazilian Legal System: Systematic framing, relation to the democratic principle and attempt at a deflationary interpretation of its protective scope

Paula Maria Nasser Cury¹

Ruprecht-Karls-Universität-Heidelberg (Alemanha)
paulanasserc@gmail.com

Resumo

Neste artigo, problematizam-se temas relativos ao princípio constitucional da dignidade a partir de critérios como sua abrangência, posição no ordenamento jurídico brasileiro, justificação no plano da Teoria e da Filosofia do Direito e compatibilização com os direitos fundamentais explícitos e implícitos na Constituição da República de 1988. Procura-se desenvolver a argumentação tendo em vista, especialmente, a relação entre a dignidade e a democracia. Para tanto, recorre-se à análise de literatura e legislação brasileira e estrangeira, sobretudo alemã. A ênfase no Direito alemão não é aleatória. Formulações alemãs acerca do caráter jurídico e da aplicabilidade dos direitos fundamentais têm encontrado grande acolhida no Brasil, particularmente no que tange às decisões judiciais das cortes superiores. Torna-se, portanto, especialmente interessante e importante abordar, teoricamente, o alcance e o contexto em que essas teses vêm sendo abraçadas pela jurisprudência nacional. Ao final, sustenta-se que o âmbito de proteção da dignidade vem sendo hipertrofiado, o que pode levar à perda de sua eficácia ou à inocuidade de leis infraconstitucionais específicas para dar concreção aos direitos fundamentais em determinadas situações. Pondera-se sobre os motivos pelos quais essa tendência interpretativa se instaurou em nosso ordenamento, e formula-se uma proposta interpretativa que deflaciona seu âmbito de proteção como forma de salvaguardar sua função na estrutura da constituição e sua efetividade.

¹ Ruprecht-Karls-Universität-Heidelberg. Juristisches Seminar. Friedrich-Ebert-Anlage 6-10, 69117 Heidelberg, Baden-Württemberg, Deutschland.

Palavras-chave: dignidade, democracia, hermenêutica constitucional.

Abstract

The goal of this article is to offer an analysis of issues concerning the constitutional principle of dignity in the light of criteria such as its scope, position within the Brazilian legal system, theoretical and philosophical justification, and compatibility with the fundamental rights explicitly or implicitly inscribed in the Constitution of 1988. The central argument develops around the relation between dignity and democracy, and is based on the analysis of Brazilian and foreign literature, especially from Germany. The choice of German legal literature as a reference is justified by the fact that German formulations about the legal character and the applicability of fundamental rights have been received with enthusiasm in Brazil, particularly by the higher courts. It is therefore interesting and important to address the scope and the context within which these theses have been integrated to the decision-making procedures of those courts. At the end of the paper, there is a reflection about an alleged hypertrophy in the interpretation of the scope of dignity that could lead either to loss of efficacy or to the inapplicability of specific legal norms. There is also a discussion about the reasons why this way to understand dignity has become a trend among Brazilian interpreters, and finally an attempt at a deflationary approach to this principle is made, with the objective of preserving its function in the structure of the Brazilian Constitution and, consequently, its effectiveness.

Keywords: dignity, democracy, constitutional hermeneutics.

Considerações introdutórias

O presente artigo problematiza temas relativos ao princípio constitucional da dignidade a partir de critérios como sua abrangência, posição no ordenamento jurídico brasileiro, justificação no plano da Teoria e da Filosofia do Direito e compatibilização com os direitos fundamentais explícitos e implícitos na Constituição da República de 1988. Procura-se desenvolver a argumentação tendo em vista, especialmente, a relação entre a dignidade e a democracia. Para tanto, recorre-se à análise de literatura e legislação brasileira e estrangeira, sobretudo alemã. A ênfase no Direito alemão não é aleatória. Formulações alemãs acerca do caráter jurídico e da aplicabilidade dos direitos fundamentais têm encontrado grande acolhida no Brasil, particularmente no que tange às decisões judiciais das cortes superiores. Torna-se, portanto, especialmente interessante e importante abordar, teoricamente, o alcance e o contexto em que essas teses vêm sendo abraçadas pela jurisprudência nacional.

Dignidade, dignidade da pessoa e dignidade da pessoa humana

A compreensão da dignidade enquanto conceito normativo estruturante do Estado Democrático de Direito brasileiro, explicitamente positivado no ordenamento jurídico-

constitucional, já apresenta desafios interpretativos desde o nível meramente terminológico. Observe-se a redação dada ao artigo 1º, inciso III, da Constituição da República de 1988:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana.

Um primeiro olhar sobre a redação do dispositivo acima poderia sugerir uma aparente tautologia, já que, no sentido corriqueiramente atribuído ao termo *pessoa*, este é considerado equivalente a *ser humano*. Por que não se utilizarem, então, apenas os termos *dignidade humana*, como, por exemplo, no Direito alemão (*Menschenwürde*) ou no americano (*human dignity*), ou mesmo *dignidade da pessoa*? Quanto à última opção, importante ressaltar que, legalmente, a personalidade também é atribuída a entidades não-humanas, as quais se subdividem, conforme suas características constitutivas, em pessoas jurídicas de direito público, interno ou externo, e de direito privado (art. 40 do Código Civil de 2002). Possuiriam as pessoas jurídicas pretensão à declaração de uma dignidade que lhes seja própria, com consequente tutela constitucional e infraconstitucional?

Não é escopo deste trabalho e nem caberia, no presente espaço, fornecer uma solução analítica para tal questão. Admitindo-se, entretanto, a plausibilidade de uma resposta negativa, é possível defender, com amparo na ideia filosófica de reconhecimento nos moldes propostos por Hegel, desenvolvidos por Fichte e que culminam na teoria do reconhecimento de Axel Honneth, que o motivo pelo qual a Constituição se vale do binômio *pessoa + humana* seria a insuficiência, no sentido de incompletude, da mera classificação biológica de *ser humano* como critério para a atribuição de dignidade a ele. De acordo com essa interpretação, a partir e em decorrência do reconhecimento desse ser biologicamente pertencente à espécie *Homo sapiens* enquanto personalidade (pessoa humana) é que se constituiria sua dignidade e que esta passaria a ser eticamente e, em particular, juridicamente relevante. Em síntese, parece haver, portanto, uma interpretação da expressão *dignidade da pessoa humana* que afirma e mesmo exige o reconhecimento da personalidade como o movimento de entrada (*input*) da subjetividade humana nas esferas da eticidade e do Direito. Nesse sentido, poder-se-ia, inclusive, sustentar o maior rigor da terminologia brasileira em relação à alemã ou à americana.

Ainda assim, é possível que essa formulação não se mostre a mais adequada à realidade em que o Direito se encontra atualmente inserido. É que, diante de evidentes avanços, por exemplo, nas áreas de biotecnologia e neurociência, o próprio conceito de personalidade² está

² Nesse sentido, Antonio Cota Marçal propõe uma concepção de personalidade adequada à realidade do mundo da vida atual. A autora classifica a formulação elaborada pelo Professor como uma proposta de compreensão da personalidade em sentido forte, porque recorre ao critério da sapiência e, assim, direciona-se, essencialmente, a indivíduos humanos. De acordo com Marçal, a personalidade consistiria na “capacidade de assumir responsabilidade e marcar posição no espaço social. Não é, portanto, apenas estar consciente de uma situação ou de fatos socialmente relevantes. É saber-se sapiente, isto é, saber-se conhecedor de si mesmo e do próprio papel em determinada situação, da responsabilidade que se tem em razão das próprias crenças e intenções

em xeque. O mesmo se diga em relação à sua identificação irrefletida com uma determinada espécie, o *Homo sapiens*, embasada no critério da capacidade cognitiva – que, vale apontar, vem se comprovando cada vez menos inerentemente humana à medida que a ciência passa a ser capaz de demonstrar as aptidões linguístico-cognitivas e político-sociais de primatas superiores e outros animais até então indistintamente tidos como incapazes de qualquer manifestação de racionalidade.³ Extrapolando o âmbito tido corriqueiramente como *natural*, pense-se, por hipótese, nos desafios propostos pela inteligência artificial e pela criação de ambientes virtuais em que o indivíduo constitui uma espécie de avatar, o qual estabelece, por exemplo, relações de compra ou de trabalho juridicamente relevantes com outros seres igualmente virtuais.

Essas novas formas de possíveis manifestações de pessoalidades, que longe estão de ser incontroversas – e é até desejável que inspirem discussão para que se fomente a reflexão intersubjetiva sobre como proceder em relação a elas – desafiam a identidade entre personalidade e *Homo sapiens* mesmo no Direito, tradicionalmente um dos últimos subsistemas sociais a permitir a entrada de novos elementos de realidade em seus domínios, e parece tender a ser gradualmente substituída por outro modo de se pensar tal construção. Diante disso, falar-se em dignidade da pessoa *humana* poderia remeter a uma ideia de retrocesso ou, no mínimo, a uma postura de imobilidade diante de novos dados que se incorporam gradativamente à constituição da realidade, pois barraria outras formas de manifestação da personalidade do alcance normativo, estabelecendo uma cisão entre conceitos jurídicos e sua fonte normativa mais primária – as práticas sociais. Ressalte-se: não se está pretendendo dizer, preliminarmente, que qualquer nova forma de manifestação da personalidade, em qualquer grau, deva estar de plano inserida no programa normativo que a dignidade abarca. A tentativa é de, em sede de raciocínio hipotético, problematizar-se a possibilidade de o conceito apresentar caráter excludente diante das características dessas formas outras de personalidade, as quais, como dados-construtos, impõem-se à realidade na medida em que novos conhecimentos empírico-científicos consolidam-se em um ambiente ético-social.

É certo que esses cenários atuais dificilmente poderiam ter sido imaginados pelo constituinte originário quando este acolheu, no texto de 1988, a expressão *dignidade da pessoa humana*. Entretanto, a partir da ideia de círculo hermenêutico, do modo como concebido por Heidegger e elaborado por Gadamer, o teórico e intérprete do Direito, em sua atividade, está inexoravelmente implicado em uma dimensão hermenêutica que demanda dele, permanentemente, que não se descure da realidade do mundo da vida – é através da abertura para a realidade presente que se incrementam a complexidade e a profundidade do

enquanto agente ou paciente nessa situação, bem como das consequências dos posicionamentos adotados, das bases e fundamentos sobre os quais as atitudes e ações assumidas se apoiam. A personalidade é, assim, saber-se agente e produto de um processo de identificação e atualização de possibilidades, de autoconhecimento, processo esse coexistente e coextensivo com a vida do indivíduo nos tempos e nos espaços físico, biológico, sócio-psicológico e cultural de cada agente racional-discursivo e também da comunidade, em que a existência humana se efetiva." Marçal, 2010, p. 150-151. Formulações da personalidade em sentido fraco, que adotam critérios como a intencionalidade e a aptidão para a tomada de atitudes proposicionais (ver Brandom, 1998, p. 8), possuiriam, no entendimento da autora, uma abertura maior para a consideração de demais espécies e formas de manifestação desse atributo.

³ Ilustrativo, a respeito do reconhecimento de capacidades cognitivas em primatas superiores e possíveis implicações jurídicas, é o chamado Great Ape Project. Cf. Cavalieri; Singer, 1994.

significado dos conceitos analisados; a leitura conceitual que se faz no momento presente, nesse sentido, contribui para a constituição da própria história desses conceitos (Mantzavinos, 2016). Por isso, entende-se haver fundamentos para propor que, diante do contexto atual e das novas perspectivas que este traz à consideração, seja a *dignidade da pessoa humana* constitucional compreendida como a *dignidade da pessoaalidade*. É nesse sentido que se utiliza e deve o leitor, portanto, interpretar o conceito normativo de dignidade no presente artigo.

O posicionamento da dignidade no Direito Constitucional brasileiro

Como ensina José Emílio Medauar Ommati, a maior parte dos constitucionalistas brasileiros, por influência da acolhida encontrada pela teoria dos direitos fundamentais do jurista alemão Robert Alexy no país, entende que, devido à sua estrutura principiológica, os direitos fundamentais seriam mandados de otimização que eventualmente entram em conflito, hipótese na qual sua aplicabilidade/não aplicabilidade a um caso concreto deve ser aferida por meio do emprego de uma regra de ponderação. Muito se fala, em decorrência disso, sobre a existência de um núcleo duro próprio de cada direito fundamental, que conteria sua porção essencial ou irredutível, ao redor do qual gravitariam aspectos ‘ponderáveis’ ou afastáveis, dependendo da rota de colisão com a qual viessem a se chocar (Ommati, 2014, p. 51).

Não se adentrará, nesta sede, no debate acerca da plausibilidade da teoria de Robert Alexy ou de sua recepção pelo Direito e, mais especificamente, pela jurisprudência brasileira. Em que pese encontrar-se este artigo alinhado à concepção, já sustentada pela autora em outras oportunidades (Cury, Ávila, 2011; e Cury, 2013), de que a construção intersubjetiva da norma jurídica e da decisão judicial ultrapassa a dimensão propriamente sintático-semântica de constituição da normatividade (inclusive do Direito) contemplada pela teoria alexyana, o escopo aqui perseguido é bastante pontual e analítico: pretende-se destacar que, em relação ao princípio da dignidade da pessoaalidade, há um problema ou, melhor, uma particularidade do ordenamento jurídico alemão – o qual, na teoria de Alexy, é tomado como marco referencial –, que deve ser levada a sério quando se trata de cotejar a dignidade com os demais direitos fundamentais.

A Constituição alemã enumera, explicitamente, em seus primeiros dezenove artigos, os direitos fundamentais da República Federativa da Alemanha, e em mais seis artigos (art. 20 IV, art. 33 I, II, III e V, art. 38 I, art. 101 I, art. 103 I, II, III e art. 104), os chamados direitos equiparados ou similares aos direitos fundamentais. Dentre eles, o art. 1º, I cuida da dignidade. Ou seja: na lei fundamental daquele Estado, a dignidade é explicitamente considerada, não princípio constitutivo da República Federativa da Alemanha, mas um direito fundamental – o primeiro do rol. Além disso, de acordo com o texto constitucional e com sua interpretação majoritária, trata-se de um direito fundamental que, ao contrário dos demais, é

expressamente inviolável ou intangível (*unantastbar*).⁴ Todos os outros encontram-se sujeitos a limites (*Schranken*) que, por sua vez, também podem vir a ser limitados (*Schranken-Schranken*). Somando-se os fatos (i) de que a dignidade está no topo do catálogo dos direitos fundamentais contido na Constituição alemã, (ii) de que há, no art. 1º, I, expressa vinculação do poder público à sua observância e à sua proteção, e (iii) de que a Constituição alemã explicitamente considera a dignidade como o único direito fundamental intangível e, portanto, não sujeito às limitações acima mencionadas, pode-se, então, afirmar que a lei fundamental alemã estabeleceu uma hierarquia entre a dignidade e os demais direitos fundamentais, erigindo aquela ao patamar de base de seu sistema de direitos e garantias.⁵

Ademais, no Direito alemão, para falar-se em violação a um determinado direito fundamental, inclusive à dignidade, é preciso que a ofensa seja suficiente para atingir o seu âmbito de proteção (*Schutzbereich*) – e cada direito fundamental tem um âmbito de proteção específico e tematicamente pertinente. Na qualidade de direito ‘mais fundamental’ (no sentido de fundamento último do sistema) e intangível, não sujeito aos limites comuns aos demais direitos fundamentais, a dignidade apresenta o âmbito de proteção mais estrito dentre eles. Trata-se, na prática, de uma proteção residual, na medida em que somente aquelas ofensas que atingirem a dignidade e que não puderem ser enquadradas também nos âmbitos de proteção dos outros direitos é que merecerão tutela mediante invocação do direito fundamental à dignidade. Um exemplo: suponha-se que, por meio de ato de uma autoridade pública, um sujeito A se veja injustificadamente tolhido em sua liberdade de expressão. Seria plausível conceber-se que, ocupando a dignidade a posição de base do sistema de direitos fundamentais, a ofensa a qualquer outro direito fundamental seria, indiretamente, uma forma de se ofender, também, o indivíduo em sua dignidade. De acordo com essa linha de raciocínio, a pretensão de A face ao Estado, no caso ilustrativo sob análise, poderia ser fundamentada, ao mesmo tempo, na ofensa praticada contra a sua liberdade de expressão e na consequente ofensa à sua dignidade (pois um dos pressupostos para que A realize sua dignidade é que possa expressar-se livremente).

Essa possibilidade, no entanto, está afastada, no que diz respeito ao Direito alemão. Em termos bastante simples, a ofensa dirigiu-se especificamente à liberdade de expressão e, uma vez que é pertinente, de modo específico, ao âmbito de proteção deste direito fundamental, o recurso à dignidade fica excluído. Logo, um cidadão alemão somente poderia invocar ofensa à sua dignidade caso não fosse possível enquadrar o ato violador no âmbito de proteção de qualquer outro direito fundamental. Justamente por ser hierarquicamente superior, a invocação do direito fundamental à dignidade tem caráter residual.

Assim, apesar de vir atualmente ganhando espaço a tese de que não se deve compreender como imponderável o direito à dignidade, é fato que o Direito constitucional alemão criou uma estrutura protetiva em torno desse direito fundamental que o diferencia dos demais e

⁴ Nos termos do art. 1º, I, da Lei Fundamental da Alemanha: A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é dever de todo o poder público. Constituição alemã traduzida oficialmente para o Português, disponível em: http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf; acesso em 30.10.2019.

⁵ Para uma justificação filosófica da dignidade enquanto fundamento dos direitos humanos e, por extensão, do próprio Direito, ver Kirste 2016.

demanda, no plano da motivação, especiais esforços no sentido de justificar-se uma possível tentativa de relativização.⁶ Contudo, e para além da discussão sobre a ponderabilidade ou não da dignidade naquele ordenamento, propõe-se, por oportuna, uma breve reflexão: não seria, como sugere Ommati, juridicamente muito mais consistente com a visão do Direito como construção intersubjetiva e democrática de autoria dos titulares do próprio Estado Democrático de Direito uma compreensão de *todos* os direitos fundamentais como absolutos, os quais, por conseguinte, não entrariam em possíveis rotas de colisão (Ommati, 2014, p. 47)? Observe-se que, por detrás dessa indagação, está em jogo, essencialmente, a compreensão de que os conceitos estruturantes do Direito refletem aquilo que é considerado o bom correto *de modo provisório*. Ocorre que essa provisoriedade, é bom que se saliente, não se dá em virtude da relatividade semântica de que se revestiriam os direitos fundamentais, especialmente quando confrontados uns com os outros. O caráter provisório do conteúdo de tais normas decorre, antes, da constituição pragmática de sua dimensão semântica, ou seja, do fato de que os conteúdos conceituais são construídos intersubjetivamente por meio da interação social entre os diversos atores envolvidos. Essa interação, que é a base da própria construção da realidade em geral, se dá em contextos plurais, dinâmicos e constantemente abertos a revisões e atualizações – seja diante de circunstâncias imprevisíveis quando da elaboração de determinada norma, como sugere Klaus Günther ao enfatizar a importância do discurso de aplicação (Günther, 2004), quer diante da própria precariedade e falibilidade do conhecimento que sustenta os conteúdos conceituais articulados pelos sujeitos de direitos em geral. O significado, por exemplo, do direito fundamental à igualdade não pode ser definido peremptoriamente, para todo e qualquer momento ou conjuntura apresentada. Pelo contrário, trata-se de algo que, justamente por estar em constante processo intersubjetivo de constituição e atualização, tem seu significado dialógica e continuamente (no caso específico do Direito, discursivo-procedimentalmente) construído, desconstruído ou reconstruído, como resultado das práticas sociais.

Veja-se que, para a elaboração do argumento, é desnecessário tomar parte na discussão sobre se os direitos fundamentais seriam normas, valores, princípios, regras ou mesmo fatos, como se vem debatendo no Brasil. Em primeiro lugar, devido à insustentabilidade, no plano epistemológico, da distinção entre princípios e regras. Ademais, não se vislumbra qualquer motivo que justifique a exclusão dos valores da dimensão da normatividade, desde que se construa coerentemente o raciocínio. E, finalmente, porque o ‘tabu’ que se criou em torno do conceito de valor parece, afinal, servir apenas ou principalmente como um artifício por meio do qual o que se pretende, indiretamente, atacar é a própria vulnerabilidade da ideia de proporcionalidade. Melhor seria ir direto ao ponto.

⁶ Nesse sentido, o próprio Alexy, como tentativa de adequar as demandas por coerência sistêmica decorrentes do próprio texto constitucional com as pretensões de sua teoria, elaborou a tese de que a dignidade se desmembraria em um princípio (ponderável) e em uma regra (não-ponderável). A natureza dual da dignidade no pensamento de Alexy fica clara, por exemplo, quando ele assevera: “my thesis is that the relative construction is, indeed, the correct one but that there exist some features of human dignity that move in the direction of absoluteness” (tradução livre para o português: minha tese é de que a concepção relativa é, de fato, a correta, mas há alguns aspectos da dignidade humana que vão na direção da concepção absoluta”), Alexy, 2016, p. 85, ver também Alexy, 1994. Na mesma linha, teóricos ligados à escola de Alexy, como Nils Teifke, sustentam que a ideia de dignidade é absoluta, enquanto o direito jurídico à dignidade pode ser sujeito à ponderação. A esse respeito, Teifke, 2005; Teifke 2011.

Feita essa ressalva, passa-se a considerar, como fechamento ao tópico que trata da ponderabilidade da dignidade no marco da teoria dos direitos fundamentais de matriz alexyana, a questão diante do ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, não estabelece, explícita ou implicitamente, uma hierarquia entre os direitos fundamentais. Ou seja, em princípio, todos eles seriam (de acordo com o modelo de Alexy, vale frisar), de plano, ponderáveis. No caso brasileiro, diversamente do alemão, entretanto, a dignidade não integra o rol do referido art. 5º da CR/88, que elenca os direitos fundamentais. Isso poderia levar a dois resultados diferentes: (i) partindo-se do pressuposto de que, realmente, não há hierarquia entre direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro e atribuindo-se, extensivamente, à dignidade o caráter de direito fundamental – equiparando-a, portanto, aos demais direitos fundamentais do art. 5º ou mesmo considerando que ela, implicitamente, pode ser inferida a partir de uma interpretação coerente do art. 5º –, então a dignidade teria que ser, por uma questão de pertinência sistemática, igualmente ponderável. Observe-se, porém, que, ao contrário do que ocorre no Direito alemão (em que a dignidade, por sua estrutura, posição e opção expressa do constituinte originário, é compreendida como um direito fundamental especialmente protegido e, de acordo com importante corrente, intangível), essa interpretação igualaria a dignidade a todos os demais direitos fundamentais, inclusive quanto à forma de aplicação da fórmula da ponderação. (ii) Se, todavia, compreender-se a dignidade como princípio orientador do Estado Democrático de Direito que coordena e dá norte a todos os demais direitos, inclusive os fundamentais, os quais deverão, conseqüentemente, ser lidos à sua luz, então, ainda que também considerada um direito fundamental, ela adquire um caráter operativo de meta-direito fundamental. Nessas condições, não haveria que se falar em colisão de demais direitos fundamentais com a dignidade – no máximo, talvez, em concretização desses demais direitos face às demandas levantadas pela dignidade. Esta se manteria, portanto, imponderável ou, recorrendo-se ao termo empregado na Lei Fundamental alemã, apresentaria caráter intangível (*unantastbar*).

Dignidade, autonomia e projetos de vida boa

Seja para aderir a uma teoria, seja para criticá-la, em todo caso é preciso explorá-la e desfazer mal-entendidos que obscureçam sua adequada compreensão. Foi com o intuito de contribuir para esta última tarefa que se propôs a reflexão acima. Ultrapassando a questão da ponderação alexyana, passa-se, agora, sucintamente, a considerar a ideia jurídica de dignidade na atualidade. Uma concepção contemporânea desse direito/meta-direito/princípio interpretativo dos direitos fundamentais deve levar em conta a realidade na qual os atores desenvolvem processos intersubjetivos de construção e atualização de conteúdos (inclusive relativos à sua própria personalidade), colocando-se, por si mesmos, na posição simultaneamente de produtores e destinatários de normas, inclusive as jurídicas. O Direito – nunca é demais lembrar – é mais um dos elementos integrantes dessa realidade e produz seus efeitos justamente sobre a dimensão do real (embora, para parte da ‘doutrina’, essa constatação ainda possa parecer um tanto surpreendente e misteriosa). Enquanto

manifestação da racionalidade intersubjetiva e, mais especificamente, também da racionalidade jurídica, a dignidade deve ser compreendida, portanto, como um fenômeno destranscendentalizado, um construto sempre inacabado e atualizável da comunidade de atores. Nesse sentido, asserções por meio das quais se pretende conferir ao ser humano uma dignidade inata, imanente, e não construída, apresentam uma fundamentação falha, acabando, em algum momento, por tornar explícitas as confusões entre argumentos jurídicos e metafísicos (ou mesmo teológicos), ou por encerrar a argumentação através de interrupções dogmáticas do tipo 'porque sim'. Também nesse sentido, inclusive a própria intangibilidade que se pretende conferir à dignidade no Direito alemão como forma de lhe garantir preponderância e especial proteção acaba sendo desmistificada, vista como mais um construto, pensado e elaborado como uma opção racional da comunidade de autores e destinatários da norma para dificultar ofensas ou tentativas de modificar ou suprimir o conteúdo desse direito. A concepção aqui defendida é de que essa perspectiva normativo-pragmática de construção da ideia jurídica de dignidade não é negativa e tampouco aumenta o risco de relativizações ou concessões quanto à sua efetivação ou proteção. Não é mais aceitável que a proteção a valores socialmente tidos como altamente relevantes se opere por meio de seu isolamento ou descolamento da dimensão da realidade, transportando-os ou mantendo-os no âmbito do ideal e justificando-os com base em argumentos de ordem metafísico-transcendental.

No que diz respeito a uma compreensão racionalmente plausível da dignidade e de seu posicionamento central no ordenamento jurídico, isso implica, em última análise, dar um passo adiante de teorias fortemente marcadas pelo kantismo ou pelo neokantismo, que vêem o Direito como possibilitador da coexistência formal de liberdades a partir de um ponto de vista externo, em direção a uma fundamentação do Direito como efetivador de projetos de vida boa ou, dito de outro modo, efetivador ou promotor da dignidade processual-material, para a qual a participação democrática dos sujeitos, inclusive na própria constituição e atualização do conceito jurídico de dignidade, é imprescindível. É que, como esclarece Stephan Kirste, apesar de o conceito de Direito de Kant permitir que se fale em um direito à democracia, o dever imposto ao governante por uma suposta 'lei geral de liberdade', de legislar como se cada cidadão fosse também autor das normas produzidas, subsiste na doutrina do Direito kantiana apenas como *ideia regulativa* e, nessa condição, não é incorporado/positivado pelo próprio ordenamento jurídico e não se constitui, conseqüentemente, enquanto direito individual (Kirste, 2013, p. 120-121).

Quanto à concepção de Direito como promotor da dignidade e, por isso mesmo, efetivador de projetos de vida boa, vale destacar a importante contribuição do humanismo de autores como Giambattista Vico e Pico della Mirandola. De autoria deste último, o *Discurso sobre a Dignidade do Homem*, de 1496 – elaborado, portanto, no ápice do conturbado período de transição para o que se convencionou chamar de modernidade – fundamenta a dignidade em uma concepção de autonomia intimamente ligada à ideia contemporânea de autodeterminação que, mesmo diante das formulações dadas ao tema nos séculos posteriores, ainda se mantém interessante do ponto de vista filosófico-jurídico. Pico della Mirandola assevera que, diferentemente dos outros seres, as únicas limitações a que o homem se

sujeitaria seriam aquelas que ele mesmo impusesse sobre si. O homem seria, assim, “árbitro e soberano artífice de si mesmo” (Mirandola, 1998, p. 53). Dessa concepção de autonomia decorre, como bem aponta Brunello Stancioli, que “a dignidade do homem deve ser perseguida por ele mesmo! Ele pode ser aquilo que bem entender, pois não está sujeito nem ao determinismo natural, nem ao arbítrio alheio. Razão, Liberdade e Ser conjugam-se, dando forma e sentido ao homem” (Stancioli, 2010, p. 53). Pode-se mesmo sustentar, em uma abordagem mais próxima do existencialismo, que o homem está “fadado ao livre-arbítrio” (Stancioli, 2010, p. 53).

Embora, como também apontado por Stancioli (2010, p. 53-54), a proposta de Pico della Mirandola ainda esteja marcada por elementos teológicos (o que, aliás, é condizente com o momento de transição, mas ainda de forte tradição cristã, vivenciado na Europa à época do surgimento do Discurso sobre a Dignidade do Homem), o fato é que, se despida de seus elementos metafísicos, que hoje se mostram superados, a tese central defendida por Mirandola – de que, como manifestação da autonomia, a dignidade do ser humano poderia ser traduzida pela possibilidade de autodeterminação – ainda merece ser levada a sério. Atente-se o leitor, neste ponto, para o fato de que, atualmente, a autonomia não deve mais ser lida como um processo de autolegislação de um indivíduo para consigo mesmo, solipsista portanto, pautado por idealizações de universalização de condutas não contraditórias. Mesmo as decisões individuais são marcadas pelas experiências e pela vivência da intersubjetividade, de modo que é impregnada de intersubjetividade que a autonomia se manifesta. É através das normas implicitamente atuantes em nossos jogos de linguagem, nossos modos de criar, compreender e empregar conceitos, crenças, valores, intenções, proposições, que a correção ou incorreção de condutas e de escolhas, pessoais ou coletivas, será avaliada.

Dignidade e democracia: uma interlocução necessária

Visto como um elemento da realidade que é produzido pela ação da intersubjetividade a fim de assegurar a realização material da dignidade por meio da consecução de projetos de vida boa (frise-se: sem impor uma visão paternalista ou autoritária do que seja o bom, mas criando procedimentos de discussão pública que permitam que a pluralidade de concepções que marca as sociedades complexas tenha entrada no discurso jurídico), o Direito passa a exigir e até mesmo pressupor a participação democrática em sua construção. A efetivação da dignidade, enquanto princípio objetivo e direito fundamental, estaria, então, atrelada não à observância de um ideal democrático regulativo, mas à sua efetiva implementação jurídica. Nesse sentido, Kirste defende a tese da existência de um direito humano à democracia e da co-originalidade entre dignidade e democracia a partir de um princípio unificador, a liberdade jurídica (Kirste, 2015, p. 11 ss.). No Brasil, a ideia de que dignidade e democracia se implicam mutuamente foi sustentada, implicitamente, por Ommati em sua *Teoria da Constituição*, ao rechaçar a classificação tradicional das constituições em democráticas ou autoritárias, afirmando que não há constituição não democrática. Com inspiração sobretudo em Luhmann, Habermas e Dworkin, os argumentos do autor são, principalmente, os seguintes: (i) “para que

a Constituição formal e rígida possa funcionar adequadamente como um mecanismo de acoplamento estrutural deve a mesma ser democrática ou pressupor a democracia” (Ommati, 2014, p. 38); (ii) “só podemos desamararrar e desatar o nó da legitimidade do Direito Moderno se pressupusermos, com Habermas, termos legitimidade a partir da legalidade” (Ommati, 2014, p. 38-39); e (iii) “uma Constituição formal e rígida não funda uma comunidade de pessoas ligadas por valores, costumes, língua e história comuns, (...) mas (...) uma comunidade de pessoas que se veem como livres e iguais, apesar de profundamente divididas em relação aos seus projetos de vida pessoais.” (Ommati, 2014, p. 42-43). Além disso, Ommati ainda assevera que uma constituição deve ser necessariamente democrática por emanar do poder constituinte originário do povo, “que só é digno desse nome se reconhecer a todos o igual direito de participação para a construção das normas que serão aplicadas a esse mesmo povo. Dessa forma se revela a relação complementar entre soberania popular e democracia” (Ommati, 2014, p. 62-63).

Ao identificar-se a própria ideia moderna de Constituição com a demanda pela participação democrática (em sua própria constituição – aqui no sentido de construção, conformação) e por sua institucionalização jurídica (legitimidade a partir da legalidade), torna-se inafastável a conclusão de que a democracia está co-implicada também na realização da dignidade, seja enquanto princípio orientador do Estado Democrático de Direito, seja enquanto direito fundamental ou mesmo direito humano, no âmbito do Direito Internacional. Aliás, a esse propósito, explícita é a menção da Organização das Nações Unidas em sua Declaração do Milênio, ao dispor que uma governança participativa e democrática é o melhor modo de garantir o direito de viver com dignidade.⁷

Considerações finais: por uma interpretação deflacionária do âmbito de proteção da dignidade

Através do presente texto, procurou-se percorrer, em linhas gerais, algumas importantes discussões que marcam, sob o ponto de vista jurídico, a temática da dignidade na contemporaneidade. Foram analisadas a posição da dignidade no ordenamento jurídico brasileiro e sua abrangência, com enfoque comparativo no Direito alemão. Apontou-se, na sequência, uma inadequação terminológica em relação à expressão ‘dignidade da pessoa humana’, em face do que se argumentou pela dignidade da personalidade. Constatou-se, ademais, que, na Alemanha, a dignidade é um direito fundamental ao qual foi conferido especial tratamento constitucional e cujo âmbito de proteção é mais restrito, se comparado aos demais direitos fundamentais. Em outras palavras, a dignidade não concorre com demais direitos fundamentais e só pode ser invocada caso os âmbitos de proteção desses outros

⁷ Resolução 55/2 da Assembleia Geral das Nações Unidas, 8 de setembro de 2000, 1, 6: “Consideramos que determinados valores fundamentais são essenciais para as relações internacionais no século XXI. Entre eles figuram: A liberdade. Os homens e as mulheres têm o direito de viver a sua vida e de criar os seus filhos com dignidade, livres da fome e livres do medo da violência, da opressão e da injustiça. A melhor forma de garantir estes direitos é através de governos de democracia participativa baseados na vontade popular.”

direitos não sejam tematicamente pertinentes à pretensão em questão.

No Brasil, ao contrário, observa-se, em decorrência da hipertrofia de seu conteúdo semântico-conceitual, uma certa 'glamourização' da dignidade, que passa a ser frequentemente invocada, seja concorrentemente com demais direitos fundamentais, quer em substituição a outros direitos fundamentais pertinentes ou mesmo a demais direitos não fundamentais, como ocorre em diversas relações de Direito privado em que, ao invés de se argumentar com base em normas, por exemplo, de Direito Civil aplicáveis ao caso, recorre-se diretamente ao argumento de ofensa à dignidade da parte. Com isso, a própria amarração argumentativa em torno da dignidade dilui-se e perde em consistência e importância. Por outro lado, desvalorizam-se também diversas outras construções normativas infraconstitucionais legitimamente elaboradas para regulamentar questões especificamente ligadas a seus âmbitos temáticos.

É possível que isso decorra, em parte, da adoção irrefletida, no Brasil, da tese da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações de Direito privado.⁸ Saliente-se: adoção *irrefletida*. Direitos fundamentais são direitos garantidos aos indivíduos para que não se vejam tolhidos em sua dignidade, liberdades, igualdade etc., seja por atos do Estado, seja por atos de terceiros. Embora este espaço não comporte uma discussão mais aprofundada sobre essa questão, entende-se oportuno registrar que não se defende, no âmbito deste trabalho, a pertinência da tese, adotada na Alemanha, da eficácia mediata dos direitos fundamentais em relações de Direito privado, cuja justificação, mesmo no âmbito do ordenamento jurídico alemão, parece vir se tornando cada vez mais problemática.⁹ De todo modo, voltando à questão brasileira, o que aqui se propõe é uma compreensão deflacionária da dignidade da personalidade que, por um lado, leve mais a sério o Direito pátrio enquanto sistema normativo complexo e lance mão do aparato legislativo adequado e que se encontra à disposição para a resolução dos casos concretos, e que, por outro lado, leve mais a sério também o âmbito de proteção da própria dignidade, ao invés de transformá-la em uma espécie de guarda-chuva sob o qual se abarcam diversos outros direitos, diversos dos quais já positivados.

Em consonância com uma noção de autonomia como autodeterminação, constata-se, também, que a dignidade pode ser compreendida como a possibilidade de consecução de projetos próprios de vida boa. Necessariamente, porém, sua efetivação passa pela implementação jurídica e realização do princípio democrático, uma vez que a própria construção do conteúdo do conceito de dignidade se dá na dimensão da intersubjetividade racionalmente criadora e atualizadora da realidade. Nessa perspectiva, democracia e dignidade se implicariam e pressuporiam mutuamente, argumento que é o cerne da tese de sua co-originalidade.

⁸ O ordenamento jurídico alemão apresenta uma interpretação diversa do brasileiro a respeito de como os direitos fundamentais repercutem nas relações jurídicas, dependendo da natureza atribuída a essa relação. Enquanto, no Brasil, prevalece o entendimento de que, independente de se tratar de relação jurídica de Direito público ou privado, os direitos fundamentais, sempre possuiriam aplicabilidade imediata ou direta, entre os alemães predomina a teoria da eficácia horizontal, indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações jurídicas de direito privado. Ou seja, apenas nas relações de direito público, seria possível conferir a essa categoria de direitos aplicabilidade imediata.

⁹ A esse respeito, por exemplo Ladeur, 2004, pp. 58-70.

Bibliografia

- ALEXY, R. 1994. *Theorie der Grundrechte*. 2ª ed. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994, 548 p.
- _____. 2016. Human Dignity and Proportionality Analysis. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, **16**(esp):83-96.
- BRANDON, R. 1998. *Making it explicit: reasoning, representing, and discursive commitment*. Cambridge, Harvard University Press, 768 p.
- CAVALIERI, P.; SINGER, P. (eds.). 1994. *The Great Ape Project: Equality Beyond Humanity*. New York, St. Martin's Press, 312 p.
- CURY, P. M. N.; ÁVILA, F. 2011. Princípios jurídicos. In: P. M. N. CURY; A. T. GOMES; C. N. CAETANO; G. PEREIRA; M. P. PENA; M. CATTABRIGA (Org.), *Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito*. 1ed. São Paulo, LTr, p. 335-341.
- CURY, P. M. N. 2013. Die Normativität des Rechts und die Einlösung seiner Geltungsansprüche. *Erwagen. Ethik*, **4**:560-566,
- GÜNTHER, K. 2004. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Trad.: Claudio Molz. São Paulo, Landy, 310 p.
- KIRSTE, S. 2013. Das Fundament der Menschenrechte. *Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht*, **52**(1):119-140.
- KIRSTE, S. 2015. The human right to democracy as the capstone of Law. In: GALUPPO, M.; LOPES, M. S.; SALGADO, k.; BUSTAMANTE, T.; GONTIJO, L. *Human Rights, Democracy, Rule of Law and Contemporary Social Challenges in Complex Societies*. Stuttgart, Franz-Steiner, pp. 11-32.
- LADEUR, K-H. 2004. Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik: Plädoyer für eine Erneuerung der liberalen Grundrechtstheorie. *Beiträge zur Ordnungstheorie und Ordnungspolitik*, v. 170, Tübingen, Mohr Siebeck, 83 p.
- Mantzavinos, C. 2016. Hermeneutics. In: ZALTA, E. N. (ed). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2016 Edition), Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/hermeneutics/>. Acesso em 30/out/2018.
- MARÇAL, A. C. 2010. Posfácio: Pessoa e identidade pessoal. In: Stancioli, B. S. *Renúncia ao exercício de direitos da personalidade – ou como alguém se torna o que quiser*. Belo Horizonte, Del Rey, 208 p.
- MIRANDOLA, G. P. D. 1998. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Lisboa, Edições 70, 104 p.
- OMMATI, J. E. M. 2014. *Teoria da Constituição*. 3ª ed., Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 280 p.
- STANCIOLI, B. S. 2010. *Renúncia ao exercício de direito fundamental – ou como alguém se torna o que quiser*. Belo Horizonte, Del Rey, 208p.
- TEIFKE, N. 2005. Flexibilität der Menschenwürde? Zur Struktur des Art. 1 Abs. 1 GG. In: BÄCKER C.; BAUFELD, S. (eds). *Objektivität und Flexibilität im Recht: Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie (JFR) in der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) im September 2004 in Kiel und im April 2005 in Hagen*. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, v. 103. Stuttgart, Franz Steiner Verlag; pp. 142-156.
- TEIFKE, N. 2011. *Das Prinzip Menschenwürde: Zur Abwägungsfähigkeit des Höchststrangigen*. Tübingen, Mohr Siebeck, 200 p.

Submetido: 29/11/2019

Aceito: 13/03/2025