

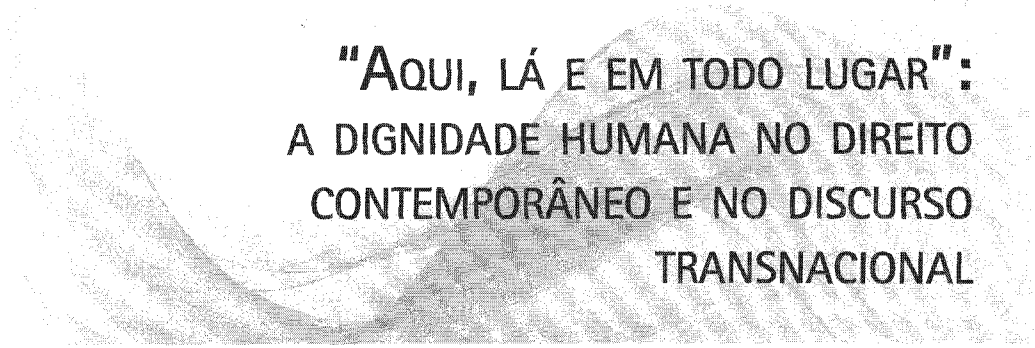
LUÍS ROBERTO BARROSO

**“Aqui, lá e em todo lugar”:
A dignidade humana no direito
contemporâneo e no discurso
transnacional**

Separata da

REVISTA DOS TRIBUNAIS

Ano 101 – vol. 919 – maio de 2012
p. 127-196



"AQUI, LÁ E EM TODO LUGAR": A DIGNIDADE HUMANA NO DIREITO CONTEMPORÂNEO E NO DISCURSO TRANSNACIONAL

LUÍS ROBERTO BARROSO

Doutor em Direito pela UERJ. Mestre em Direito pela Yale Law School. Professor Titular de Direito Constitucional da UERJ. Professor Visitante da UnB. Pesquisador Visitante na Harvard Law School (2011). Conferencista Visitante da Universidade de Poitiers, França e da Universidade de Wrocław, Polônia.

Traduzido por HUMBERTO LAPORT DE MELLO

Mestrando em Direito Público pela UERJ.

ÁREA DO DIREITO: Constitucional; Fundamentos do Direito

RESUMO: Ao longo das últimas décadas, a dignidade humana tornou-se uma ideia onipresente no direito contemporâneo. O presente artigo realiza uma pesquisa sobre o uso da dignidade humana por cortes nacionais e internacionais e relata o crescente papel desse conceito no discurso transnacional, com especial atenção para a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. O artigo examina, também, a natureza jurídica da dignidade humana – concluindo que ela se aproxima mais de um princípio constitucional do que de um direito fundamental autônomo – e procura desenvolver uma

ABSTRACT: Over the past several decades, human dignity has become an omnipresent idea in contemporary law. This Article surveys the use of human dignity by domestic and international courts and describes the concept's growing role in transnational discourse, with special attention paid to the case law of the United States Supreme Court. The Article then examines the legal nature of human dignity, finding it to be a constitutional principle rather than a freestanding fundamental right, and develops a unifying and universal identity for the concept. At its core, human dignity

identidade unificadora e universal para esse conceito. No seu núcleo, a dignidade humana contém três elementos – valor intrínseco, autonomia e valor comunitário – e cada um deles possui implicações jurídicas particulares. O artigo, por fim, analisa como essa abordagem elementar da dignidade humana pode contribuir para a estruturação do raciocínio jurídico e para a fundamentação das escolhas judiciais nos casos difíceis, tais como aborto, união homoafetiva e suicídio assistido.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade da pessoa humana – Direitos fundamentais – Direito constitucional comparado.

contains three elements – intrinsic value, autonomy and community value – and each element has unique legal implications. The Article then considers how this elemental approach to human dignity analysis can assist in structuring legal reasoning and justifying judicial choices in hard cases, such as abortion, same-sex marriage and assisted suicide.

KEYWORDS: Human dignity – Fundamental rights – Comparative constitutional law.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A dignidade humana no direito contemporâneo: 2.1 Origem e evolução; 2.2 Direito comparado, direito internacional e discurso transnacional: 2.2.1 A dignidade humana nas Constituições e na jurisprudência de diferentes países; 2.2.2 A dignidade humana nos documentos e na jurisprudência internacionais; 2.2.3 A dignidade humana no discurso transnacional; 2.3 A dignidade humana nos Estados Unidos da América; 2.4 Argumentos contrários ao uso da dignidade humana como um conceito jurídico – 3. A natureza jurídica e o conteúdo mínimo da dignidade humana: 3.1 A dignidade humana como um princípio jurídico; 3.2 A influência do pensamento kantiano; 3.3 O conteúdo mínimo da ideia de dignidade humana: 3.3.1 Valor intrínseco; 3.3.2 Autonomia; 3.3.3 Valor comunitário – 4. Utilização da dignidade humana para a estruturação do raciocínio jurídico nos casos difíceis: 4.1 Aborto; 4.2 União homoafetiva; 4.3 Suicídio assistido – 5. Conclusão: 5.1 A unidade na pluralidade; 5.2 Epílogo: iguais, nobres e deuses.

1. INTRODUÇÃO

O¹⁻² Sr. Wackeneim, na França, queria tomar parte em um espetáculo conhecido como “arremesso de anão”, no qual frequentadores de uma casa

1. Sou grato a Robert Post, Roberto Mangabeira Unger e Paulo D. Barrozo, pelo apoio e sugestões. Também gostaria de agradecer a Maggie Francis, Pooja Nair e Eduardo Mendonça pelo precioso auxílio na pesquisa.
2. Versão para o português do original *Here, there and everywhere: human dignity in contemporary law and in the transnational discourse*, *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 35, n. 2. A tradução do texto foi feita

noturna deveriam atirá-lo à maior distância possível. A Sra. Evans, no Reino Unido, após perder os ovários, queria poder implantar em seu útero os embriões fecundados com seus óvulos e o sêmen do ex-marido, de quem se divorciara. A família da Sra. Englaro, na Itália, queria suspender os procedimentos médicos e deixá-la morrer em paz, após 17 anos em estado vegetativo. O Sr. Ellwanger, no Brasil, gostaria de continuar a publicar textos negando a ocorrência do Holocausto. O Sr. Lawrence, nos Estados Unidos, desejava poder manter relações homoafetivas com seu parceiro, sem ser considerado um criminoso. A Sra. Lais, na Colômbia, gostaria de ver reconhecido o direito de exercer sua atividade de trabalhadora do sexo, também referida como prostituição. O Sr. Gründgens, na Alemanha, pretendia impedir a republicação de um livro que era baseado na vida de seu pai e que considerava ofensivo à sua honra. A Sra. Grootboom, na África do Sul, em situação de grande privação, postulava do Poder Público um abrigo para si e para sua família. O jovem Perruche, na França, representado por seus pais, queria receber uma indenização pelo fato de ter nascido, isto é, por não ter sido abortado, tendo em vista que um erro de diagnóstico deixou de prever o risco grave de lesão física e mental de que veio a ser acometido.

Todos esses casos reais, decididos por cortes superiores ao redor do mundo, têm um traço em comum: subjacente à decisão de cada um deles, de modo implícito ou expresso, esteve presente a necessidade de se fixar o sentido e o alcance da ideia de dignidade humana. Nas últimas décadas, a dignidade humana tornou-se um dos maiores exemplos de consenso ético do mundo ocidental, sendo mencionada em incontáveis documentos internacionais, em constituições nacionais, leis e decisões judiciais. No plano abstrato, poucas ideias se equiparam a ela na capacidade de encantar o espírito e ganhar adesão unânime. Contudo, em termos práticos, a dignidade, como conceito jurídico, frequentemente funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta os seus próprios valores. Não é por acaso, assim, que a dignidade, pelo mundo afora, tem sido invocada pelos dois lados em disputa, em matérias como aborto, eutanásia, suicídio assistido, uniões homoafetivas, *hate speech* (manifestações de ódio a grupos determinados, em razão de raça, religião, orientação sexual ou qualquer outro fator), clonagem, engenharia genética, cirurgias de mudança de sexo, prostituição, descriminalização das

por Humberto Laport de Mello, com revisão final do autor. A frase inicial do título é uma referência à canção de John Lennon e Paul McCartney, cantada pelos Beatles, intitulada *Here, there and everywhere* (que é belíssima, com gravação acessível em: [www.youtube.com/watch?v=k9Wm5Drbm_0]).

drogas, abate de aviões sequestrados, proteção contra a autoincriminação, pena de morte, prisão perpétua, uso de detector de mentiras, greve de fome e exigibilidade de direitos sociais. A lista é longa.

Nos Estados Unidos, as referências à dignidade humana na jurisprudência da Suprema Corte remontam à década de 1940. O uso do conceito no Direito americano, todavia, tem sido episódico e pouco desenvolvido,³ relativamente incoerente e contraditório,⁴ além de carente de maior especificidade e clareza.⁵ Apesar disso, é perceptível, nos últimos anos, uma tendência das cortes americanas ao emprego da ideia de dignidade humana em casos envolvendo direitos fundamentais, como o direito à privacidade e à igualdade, à proibição de buscas e apreensões inconstitucionais e de penas cruéis e incomuns, além do “direito de morrer”.⁶ A adoção de uma ideia expandida de dignidade humana como um dos fundamentos da *Bill of Rights* dos Estados Unidos foi louvada como um salto qualitativo por uma série de renomados autores,⁷ embora essa compreensão não seja unânime. No Judiciário e na academia, vozes como a do *Justice Antonin Scalia* ou do Prof. James Whitman têm enfaticamente contestado a função da dignidade humana na interpretação constitucional e no raciocínio jurídico em geral, além de questionar a sua necessidade, conveniência e constitucionalidade.⁸ Mais ainda: alguns encaram com desagrado, quando não com horror, a mera possibilidade de recorrer às contribuições doutrinárias e jurisprudenciais estrangeiras sobre a dignidade

3. Vicki C. Jackson, Constitutional dialogue and human dignity: states and transnational constitutional discourse, *Montana Law Review*, n. 65, p. 15, 2004.

4. Neomi Rao, On the use and abuse of dignity in constitutional law, *Columbia Journal of European Law*, n. 14, p. 201, 2007-2008.

5. Gerald L. Neuman, Human dignity in United States Constitutional Law. In: Dieter Simon & Manfred Weiss (ed.). *Zur Autonomie des Individuums*, 2000, p. 250.

6. V. Maxima D. Goodman, Human dignity in Supreme Court constitutional jurisprudence, *Nebraska Law Review*, n. 84, p. 740, 2005-2006.

7. V. Laurence Tribe, *Larry Tribe on liberty and equality*. Disponível em: [http://balkin.blogspot.com/2008/05/larry-tribe-on-liberty-and-equality.html]. “A estratégia que, para mim, permite o melhor vislumbre do infinito é aquela que resiste à compartimentalização rígida e que vai além da dicotomia entre liberdade e igualdade para reconhecer o fundamento último de ambos os conceitos em uma ideia expandida de dignidade humana”.

8. V. James Q. Whitman, The two western cultures of privacy: dignity versus liberty, *Yale Law Journal*, n. 113, p. 1151, 1160 e 1221, 2004.

humana, com a finalidade de estabelecer uma visão comum a respeito do seu significado.⁹

As ideias que se seguem estão baseadas no pressuposto de que a dignidade humana é um conceito valioso, com importância crescente na interpretação constitucional, e que pode desempenhar um papel central na fundamentação de decisões envolvendo questões moralmente complexas. Tendo isso em mente, o presente artigo busca alcançar três objetivos principais. O primeiro deles é demonstrar a importância que a dignidade humana assumiu na jurisprudência nacional e internacional, assim como no discurso transnacional.¹⁰ Procura-se demonstrar, a esse propósito, que os Estados Unidos, embora ainda timidamente, têm se alinhado a essa tendência, e que não há motivos para que não devesse fazê-lo. O segundo objetivo é o de precisar a natureza jurídica da dignidade da pessoa humana – direito fundamental, valor absoluto ou princípio jurídico? – e definir o seu conteúdo mínimo, o qual, como aqui se sustenta, é composto por três elementos: o valor intrínseco de cada ser humano, a autonomia individual e o valor comunitário. O propósito visado é o de determinar as implicações jurídicas associadas a cada um desses elementos, isto é, estabelecer quais são os direitos fundamentais, os deveres e as responsabilidades que deles derivam. O terceiro e último objetivo é mostrar como a definição da natureza jurídica e do conteúdo mínimo da dignidade humana pode ser útil para estruturar o raciocínio jurídico nos casos difíceis. Como exemplos para confirmar o argumento central do trabalho, são utilizados os casos do aborto, da união homoafetiva e do suicídio assistido.

2. A DIGNIDADE HUMANA NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

2.1 Origem e evolução

Em uma linha de desenvolvimento que remonta à Roma antiga, atravessa a Idade Média e chega até o surgimento do Estado Liberal, a dignidade – *dignitas* – era um conceito associado ao *status* pessoal de alguns indivíduos ou

9. V. Richard Posner, No thanks, we already have our own laws, *Legal Affairs*, jul.-aug. 2004 (defendendo que o uso de decisões estrangeiras, mesmo que de modo limitado, é danoso ao Poder Judiciário e reduz a influência dos juízes).

10. Com a expressão “discurso transnacional” quer-se significar a menção e o uso argumentativo de jurisprudência estrangeira e internacional pelo Judiciário de um determinado país.

à proeminência de determinadas instituições.¹¹ Como um *status* pessoal, a dignidade representava a posição política ou social derivada primariamente da titularidade de determinadas funções públicas, assim como do reconhecimento geral de realizações pessoais ou de integridade moral.¹² O termo também foi utilizado para qualificar certas instituições, como a pessoa do soberano, a coroa ou o Estado, em referência à supremacia dos seus poderes.¹³ Em cada caso, da dignidade decorria um dever geral de respeito, honra e deferência, devido àqueles indivíduos e instituições merecedores de tais distinções, uma obrigação cujo desrespeito poderia ser sancionado com medidas civis e penais.¹⁴ Assim sendo, na cultura ocidental, o primeiro sentido atribuído à dignidade – uma categorização dos indivíduos – pressupunha uma sociedade hierarquizada e estava associado a um *status* superior, uma classificação ou posição mais alta. De modo geral, a dignidade era equivalente à nobreza, implicando em tratamento especial, direitos exclusivos e privilégios. Tendo essas premissas como base, não parece correto entender a ideia contemporânea de dignidade humana como um desenvolvimento histórico do conceito romano de *dignitas hominis*. A noção atual de dignidade humana não substitui a antiga, pois é produto de uma história diferente, que correu paralelamente à narrativa apresentada acima.

A dignidade humana, como atualmente compreendida, se assenta sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco. Diversas religiões, teorias e concepções filosóficas buscam justificar essa visão metafísica. O longo desenvolvimento da compreensão contemporânea de dignidade humana se iniciou com o pensamento clássico¹⁵ e tem como marcos a tradição judaico-cristã, o Iluminismo e o período imediatamente posterior ao fim da Segunda Guerra Mundial. Sob uma perspectiva religiosa, a ideia central que está no âmago da dignidade humana pode ser encontrada no Velho Tes-

11. Christopher McCrudden, Human dignity and judicial interpretation of human rights, 19 *European Journal of International Law*, n. 19, p. 655-657, 2008.
12. Izhak England, Human dignity: from antiquity to modern Israel's constitutional framework, *Cardozo Law Review*, n. 21, p. 1903-1904, 1999-2000.
13. V. Jean Bodin, *Les six livres de la République*, 1593, p. 144.
14. Charlotte Girard e Stéphanie Hennette-Vauchez, *La dignité de la personne humaine: recherche sur un processus de juridicisation*, 2005, p. 24.
15. V. Marco Túlio Cícero no seu tratado *De officiis*, de 44 A.C. P. 1, 30 e 105-107. V. tradução para o inglês (Walter Miller, 1913). Disponível em: [www.constitution.org/rom/de_officiis.htm].

tamento, a Bíblia Judaica: Deus criou o ser humano à sua própria imagem e semelhança¹⁶ e impôs sobre cada pessoa o dever de amar seu próximo como a si mesmo.¹⁷ Essas máximas são repetidas no Novo Testamento cristão.¹⁸ Em relação às origens filosóficas da dignidade humana, o estadista romano Marco Túlio Cícero foi o primeiro autor a empregar a expressão “dignidade do homem”, associando-a com a razão e com a capacidade de tomar livremente decisões morais.¹⁹ Com Pico della Mirandola, em 1486, a *ratio philosophica* começou a se afastar de sua subordinação à *ratio theologica*.²⁰ O teólogo espanhol Francisco de Vitoria²¹ e o filósofo alemão Samuel Pufendorf²² aportaram importantes contribuições ao tema. Foi com o Iluminismo, contudo, que emergiu a ideia da centralidade do homem, ao lado do individualismo, do liberalismo, do desenvolvimento da ciência, da tolerância religiosa e do advento da cultura dos direitos individuais. Somente então a busca pela razão, pelo conhecimento e pela liberdade foi capaz de romper a muralha do

16. Gênesis 1:26 e 1:27.

17. Levítico 19:18.

18. Efésios 4:24 e Mateus 22:39. Devido a sua grande influência sobre a civilização ocidental, muitos autores enfatizam o papel do cristianismo no delineamento daquilo que veio a ser conhecido como dignidade humana. V. Christian Starck, The religious and philosophical background of human dignity and its place in modern Constitutions. In: David Kretzmer and Eckart Klein. *The concept of human dignity in human rights discourse*. 2002. p. 181.

19. V. nota 14, supra, e Hubert Cancik, “Dignity of man” and “persona” in stoic anthropology: some remarks on Cicero, *De officiis I*, p. 105-107. In: David Kretzmer and Eckart Klein, *The concept of human dignity in human rights discourse*, 2002, p. 20-21 e 27.

20. Seu famoso discurso *Oratio de hominis dignitate* (“Oração sobre a dignidade do homem”) é considerado o manifesto fundador do humanismo renascentista. V. Pico della Mirandola, *Oratio de hominis dignitate*, disponível em inglês em: [www.panarchy.org/pico/oration.html].

21. Francisco de Vitoria (1492-1546) ficou conhecido pela defesa firme dos direitos dos indígenas contra a ação dos colonizadores no novo mundo. V. Edwin Williamson, *The penguin history of Latin America*, 2009, p. 64-65.

22. Samuel von Pufendorf (1632-1694) foi um precursor do Iluminismo e um pioneiro no projeto de formular uma concepção secular da dignidade humana, a qual ele fundamentava na liberdade moral. V. *De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo*. Uma versão em inglês – *On the duty of man and citizen according to the natural law* (1673) – pode ser encontrada em: [www.lonang.com/exlibris/pufendorf/index.html].

autoritarismo, da superstição e da ignorância, que a manipulação da fé e da religião havia construído em torno das sociedades medievais.²³ Um dos principais representantes do Iluminismo foi Immanuel Kant, que o definiu como a saída do ser humano da sua autoimposta imaturidade.²⁴

Ao lado dos marcos religiosos e filosóficos já identificados, existe um marco *histórico* significativo, que foi decisivo para o delineamento da noção atual de dignidade humana: os horrores do nacional-socialismo e do fascismo, e a reação que eles provocaram após o fim da Segunda Guerra Mundial. Na reconstrução de um mundo moralmente devastado pelo totalitarismo e pelo genocídio, a dignidade humana foi incorporada ao discurso *político* dos vitoriosos como uma das bases para uma era longamente aguardada de paz, democracia e proteção dos direitos humanos. A dignidade humana foi então importada para o discurso *jurídico* devido a dois fatores principais. O primeiro deles foi a inclusão em diferentes tratados e documentos internacionais, bem como em diversas constituições nacionais, de referências textuais à dignidade humana. O segundo fator corresponde a um fenômeno mais sutil, que se tornou mais visível com o passar do tempo: a ascensão de uma cultura jurídica pós-positivista, que reaproximou o direito da moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo pré-Segunda Guerra.²⁵ Nessa teoria jurídica renovada, na qual a interpretação das normas

23. Sobre o Iluminismo, v. Peter Gay, *The enlightenment: an interpretation* (1977); Paul Hazard, *European thought in the eighteenth century* (trad. J. Lewis May, Yale University Press); e Ernst Cassirer, *The philosophy of the enlightenment*, Trad. Fritz C.A. Koelln e James P. Pettegrove, The University Press, 1960.

24. Immanuel Kant, An answer to the question: what is enlightenment? In: James Schmidt (ed.), *What is enlightenment?* 1996, p. 58, 62-63.

25. Na Europa, e particularmente na Alemanha, a reação contra o positivismo começou com a obra de Gustav Radbruch, *Fünf minuten rechtsphilosophie* (Cinco minutos de filosofia do direito) de 1945, que influenciou muito o delineamento da *jurisprudência dos valores* que, por sua vez, gozou de bastante prestígio no período pós-Segunda Guerra. Na tradição anglo-americana, a obra *A theory of justice*, de John Rawls, publicada em 1971, tem sido considerada um marco no processo de aproximação de elementos da ética e da filosofia política com a Teoria do Direito. O ataque geral de Ronald Dworkin contra o positivismo por meio do seu artigo *The model of rules* (*University of Chicago Law Review*, n. 35, p. 14 e 17, 1967) é outro poderoso exemplo dessa tendência. Na América Latina, o livro *Ética y Derechos Humanos*, de Carlos Santiago Nino, publicado em 1984 (a versão em inglês, intitulada *The ethics and human rights*, é de 1991), é igualmente representativo da cultura pós-positivista.

legais é fortemente influenciada por fatos sociais e valores éticos, a dignidade humana desempenha um papel proeminente. Conclui-se aqui, então, o breve esboço da trajetória religiosa, filosófica, política e jurídica da dignidade humana em direção ao seu sentido contemporâneo.

2.2 Direito comparado, direito internacional e discurso transnacional

2.2.1 A dignidade humana nas Constituições e na jurisprudência de diferentes países

A dignidade humana é um conceito encontrado na maioria das constituições redigidas após a Segunda Guerra Mundial.²⁶ É geralmente reconhecido que a ascensão da dignidade como um conceito jurídico tem suas origens mais diretas no direito constitucional alemão. De fato, baseado nas disposições da Lei Fundamental de 1949, que declara que a dignidade humana deve ser “inviolável” (art. 1.1) e estabelece o direito ao “livre desenvolvimento da personalidade” (art. 2.1), o Tribunal Constitucional Federal alemão desenvolveu uma jurisprudência que influencia decisões judiciais e escritos doutrinários por todo o mundo.²⁷ De acordo com o Tribunal, a dignidade humana se situa no ápice do sistema constitucional, representando um valor supremo, um bem absoluto, à luz do qual cada um dos outros dispositivos deve ser interpretado.²⁸ Considerada como o fundamento de todos os direitos mais básicos,²⁹ a cláusula da dignidade possui dimensão subjetiva e objetiva, investindo os indivíduos em certos direitos e impondo determinadas prestações positivas para o Estado.³⁰ Em várias ocasiões o Tribunal enfatizou que

26. Isso inclui, entre outras, as constituições da Alemanha, Itália, Japão, Portugal, Espanha, África do Sul, Brasil, Israel, Hungria e Suécia. Alguns países, como Irlanda, Índia e Canadá, fazem referência à dignidade humana no preâmbulo das suas constituições.

27. V. Dieter Grimm, *Die Würde des Menschen ist unantastbar*, 24 *Kleine Reihe*, 2010.

28. Bundesverfassungsgericht [BVerfG], [Tribunal Constitucional Federal] 1969, 27 *Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht* [BVerfGE] 1 (Caso Microsen-sus); e 30 BVerfGE 173 (1971) (Caso Mefisto). Esse caráter “absoluto” da dignidade humana tem sido objeto de crescente disputa, mas essa ainda é a visão dominante no Tribunal. V. Dieter Grimm, op. cit., p. 5.

29. 30 BVerfGE 173 (1971) (Caso Mefisto).

30. Donald P. Kommers, *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 1997, p. 312.

o conceito de homem, na Lei Fundamental, envolve um equilíbrio entre o indivíduo e a comunidade.³¹ Baseado nesse entendimento da dignidade humana, o Tribunal Constitucional Federal alemão tem proferido um conjunto amplo e variado de decisões que incluem: a definição do alcance do direito à privacidade tanto no que se refere à proteção contra o Estado³² quanto contra a interferência privada,³³ proibição da negação do Holocausto,³⁴ proibição do abate de aeronaves sequestradas por terroristas,³⁵ e a declaração de que é inconstitucional para o Estado descriminalizar o aborto (“caso Aborto I”),³⁶ decisão que foi posteriormente revista para permitir maior flexibilidade na regulação da matéria (“caso Aborto II”).³⁷

Na França, foi apenas em 1994 que o Conselho Constitucional (*Conseil Constitutionnel*), combinando diferentes passagens do Preâmbulo da Constituição de 1946, proclamou que a dignidade era um princípio com *status* constitucional.³⁸ Os autores franceses, com maior ou menor entusiasmo, têm se referido à dignidade humana como um elemento necessariamente subjacente a todo o direito positivo francês,³⁹ como um conceito ao mesmo tempo fun-

31. 4 BVerfGE 7, 15-16 (1954).

32. 27 BVerfGE 1 (1969) (Caso Microsensus).

33. 30 BVerfGE 173 (1971) (Caso Mefisto).

34. 90 BVerfGE 241 (1994). V. Winfried Brugger, Ban on or protection of hate speech? some observations based on German and american law, *Tulane European & Civil Law Forum*, n. 17, p. 1, 2002.

35. BVerfG, 1 BvR 357/05.

36. 39 BVerfGE 1 (1975). Nessa decisão o Tribunal considerou que o direito à vida e o dever do Estado de proteger esse direito exigiam a criminalização do aborto. Como consequência, o tribunal declarou inconstitucional lei que descriminalizava o aborto durante o primeiro trimestre da gestação.

37. 88 BVerfGE 203 (1993). Nessa decisão, o Tribunal reiterou o dever do Estado de proteger os fetos, mas admitiu que algumas restrições sobre o aborto poderiam violar a dignidade da mulher. Depois da decisão, o governo aprovou uma nova lei que declarava que o aborto durante o primeiro trimestre de gravidez poderia não ser passível de punição, desde que a mulher passasse por um aconselhamento compulsório de viés pró-vida. Trechos extraídos de Donald P. Kommers, op. cit., p. 353.

38. CC decisão 94-343/344 DC, 27.07.1994.

39. Jacques Robert, The principle of human dignity, *The principle of respect for human dignity: seminar proceedings*, p. 43 (Council of Europe, 1999).

dante fundamental e normativo,⁴⁰ e como a pedra filosofal de todos os direitos fundamentais.⁴¹ Desde então, o princípio da dignidade humana foi invocado em diferentes contextos, da declaração de que a moradia decente para todas as pessoas é um valor constitucional⁴² até a validação de leis permitindo o aborto durante as primeiras 12 semanas de gravidez.⁴³ No ano de 2010, o Conselho Constitucional reconheceu a constitucionalidade de duas leis controversas votadas pelo Parlamento: uma delas torna ilegal o uso, em público, de véu que cubra integralmente o rosto, o que inclui a burca islâmica,⁴⁴ a outra proíbe o casamento entre pessoas do mesmo sexo.⁴⁵ Embora a dignidade humana não tenha sido explicitamente mencionada em nenhuma dessas decisões, ela estava claramente em questão, na medida em que ambas as matérias diziam respeito à liberdade religiosa, igualdade e escolhas existenciais. O Conselho de Estado (*Conseil d'État*), por sua vez, considerou que a atividade de entretenimento praticada em certas casas noturnas, conhecida como *arremesso de anão*, deveria ser proibida, decisão esta que será discutida na seção III do presente artigo. Em 2000, no caso *Perruche*, a Corte de Cassação (*Cour de Cassation*) proferiu uma decisão extremamente polêmica, reconhecendo o “direito de não nascer” e assegurando a uma criança, representada pelos pais, uma indenização pelo fato de ter nascido parcialmente cega, surda e com transtorno mental severo.⁴⁶ Em outro caso que ganhou notoriedade, o Tribunal de Grande Instância de Créteil reconheceu à Corinne Parpalaix o direito de realizar uma inseminação artificial com o esperma de seu falecido marido, que o havia depositado em um banco de sêmen antes de se submeter a uma cirurgia de alto risco.⁴⁷

40. Charlotte Girard e Stéphanie Hennette-Vauchez, op. cit., p. 17.

41. Dominique Rousseau, *Les libertés individuelles et la dignité de la personne humaine*, 1998, p. 69.

42. CC decisão 94-359 DC, 19.01.1995.

43. CC decisão 74-54 DC, 15.01.1975, sobre a constitucionalidade da Lei de Interrupção Voluntária da Gravidez; e CC decisão 2001-446 DC, 27.06.2001.

44. CC decisão 2010 - 613 DC, 07.10.2010.

45. V.: [www.lesoir.be/actualite/france/2011-01-28/le-conseil-constitutionnel-dit-non-au-mariage-homosexuel-818228.php].

46. O réu foi um laboratório que falhou em detectar que a mãe tinha contraído rubéola. Decisão de 17.11.2000. V.: [www.courdecassation.fr/publications_cour_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2000_1245/no_526_1362/].

47. *Affaire Parpalaix*, Tribunal de Grande Instance de Créteil, 01.08.1984. Para um comentário sobre essa decisão, v. Gail A. Katz, Parpalaix c. Cecos: protecting

No Canadá, a jurisprudência da Suprema Corte tem reconhecido a dignidade humana como um valor fundamental, subjacente tanto ao *common law* quanto à Carta de Direitos e Liberdades de 1982.⁴⁸ De acordo com a Corte, trata-se de valor que possui uma dimensão comunitária, sendo acompanhado por uma série de responsabilidades.⁴⁹ O significado e o alcance da dignidade humana estiveram direta ou indiretamente envolvidos na discussão de casos que resultaram na derrubada da legislação impeditiva do aborto,⁵⁰ na negação ao suicídio assistido,⁵¹ na declaração da validade do casamento entre pessoas do mesmo sexo⁵² e na descriminalização do consumo de maconha.⁵³ Em Israel, a dignidade humana se tornou um conceito constitucional expresso em 1992.⁵⁴ Ao longo dos anos, o respeito pela dignidade humana tem estado no centro de várias questões moralmente complexas decididas pela Suprema Corte daquele país, tais como o caso no qual ela considerou como inaceitável a utilização de detenções prolongadas de prisioneiros libaneses como moeda de troca para obter o retorno de soldados israelenses,⁵⁵ e a decisão que reafirmou a absoluta proibição da tortura, sem exceções e sem espaço para ponderações, mesmo no caso de suspeitos de terrorismo.⁵⁶ Na África do Sul, a Corte Constitucional fez uso da dignidade humana para declarar a pena de

morte inconstitucional,⁵⁷ para permitir o aborto durante o primeiro trimestre de gravidez⁵⁸ e para proteger as relações homoafetivas.⁵⁹ Divergindo de cortes constitucionais de outros países, a Corte Constitucional da Colômbia considerou a prostituição voluntária como uma profissão legítima.⁶⁰ Não há necessidade de seguir em frente citando outros exemplos, pois o ponto já está claro: a dignidade humana tornou-se um conceito central e recorrente na fundamentação de decisões de cortes constitucionais e tribunais superiores de todo o mundo. O caso dos Estados Unidos será tratado separadamente.

2.2.2 A dignidade humana nos documentos e na jurisprudência internacionais

A dignidade humana tornou-se uma ideia onipresente também no direito internacional. De fato, o termo tem sido inserido em uma grande quantidade de declarações e tratados,⁶¹ muitos dos quais são aplicáveis por cortes inter-

intent in reproductive technology, *Harvard Journal of Law and Technology*, n. 11, p. 683, 1998.

48. *R. vs. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451-605. Disponível em: [http://scc.lexum.org/en/1995/1995scr1-451/1995scr1-451.html].
49. *R. vs. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654-676. Disponível em: [http://scc.lexum.org/en/1991/1991scr3-654/1991scr3-654.html].
50. *R. vs. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30. Disponível em: [http://scc.lexum.org/en/1988/1988scr1-30/1988scr1-30.html].
51. *Rodriguez vs. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519.
52. *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698.
53. *R. vs. Malmo-Levine; R. vs. Caine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571. Disponível em: [http://scc.lexum.org/en/2003/2003scc74/2003scc74.html].
54. Em 1992 foi promulgada a *Lei Fundamental: dignidade humana e liberdade*. Disponível em: [www.knesset.gov.il/description/eng/eng_mimshal_yesod.htm].
55. *Plonim vs. Minister of Defense, Dinim Elyon* (1997), vol. LVII, n. 755.
56. *Public Committee Against Torture in Israel vs. The State of Israel & The General Security Service*. HCJ 5100/94 (1999). Disponível em: [http://elyon1.court.gov.il/files_eng/94/000/051/a09/94051000.a09.pdf].

57. *S vs. Makwanyane and Another* (CCT3/94) [1995] ZACC 3. Disponível em: [www.constitutionalcourt.org.za/Archimages/2353.PDF].
58. *Christian Lawyers Association of South Africa & others vs. Minister of Health & others* 1998 (4) SA 113 (T), 1998 (11) BCLR 1434 (T). Disponível em: [http://ssl.webkreator.com.mx/4_2/000/000/00b/ae7/8.%20Christian%20Lawyers%20Association%20v.%20Minister%20of%20Health.%201998.pdf].
59. *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another vs. Minister of Justice and Others* (CCT11/98) [1998] ZACC 15; 1999 (1) SA 6; 1998 (1) BCLR 1517 (9 October 1998). Disponível em: [www.constitutionalcourt.org.za/Archimages/2076.PDF].
60. Corte Constitucional da Colômbia. *Sentencia T-62910. Lais vs. Bar Discoteca Pandemo*. Disponível em: [www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-629-10.htm].
61. Entre os quais se incluem a Carta da ONU (1945), a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1978), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979), a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (1981), a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), a Convenção de Direitos da Criança (1989), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000), e a Carta Árabe de Direitos Humanos (2004).

nacionais. Com efeito, a *Corte Europeia de Justiça* (CEJ) utilizou o conceito de dignidade humana para fundamentar suas decisões em uma variada seleção de casos, sustentando, por exemplo, que nem o corpo humano nem qualquer de seus elementos podem constituir invenções patenteáveis,⁶² e que o empregador viola o dever de respeitar a dignidade ao demitir um empregado devido a uma cirurgia de mudança de sexo.⁶³ Uma discussão complexa sobre a dignidade se deu no *caso Omega*, no qual a Corte decidiu que a dignidade humana pode ter diferentes significados e alcances dentro das jurisdições domésticas da União Europeia.⁶⁴ Do mesmo modo, a *Corte Europeia de Direitos Humanos* (CEDH) tem frequentemente empregado a dignidade humana como um importante elemento na sua interpretação da Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950).⁶⁵ No *caso Tyrer*, a Corte decidiu que submeter alguém de 15 anos de idade a castigos corporais (“três açoites com vara”) era uma afronta a sua dignidade e constituía um tratamento inadmissível dos jovens como objetos em poder das autoridades.⁶⁶ A CEDH também considerou que a dignidade produzia efeitos em casos envolvendo a rejeição da imunidade conjugal para a acusação de estupro,⁶⁷ na persecução penal da conduta homossexual privada e consentida entre adultos,⁶⁸ e na recusa em permitir a mudança legal de sexo.⁶⁹ A *Corte Interamericana de Direitos Humanos* também tem citado a dignidade em muitas ocasiões, como por exemplo, em relação à violência psicológica, sexual e física contra detentos em prisões,⁷⁰ confinamento solitário e outras formas de encarceramento em condições

62. *Case C-377/98, Kingdom of the Netherlands vs. European Parliament and Council of the European Union*, 2001 E.C.R. I-07079.

63. *Case 13/94, P. vs. S and Cornwall CC*, 1996 E.C.R. I-2143.

64. *Case C-36/02, Omega Spielhallen-und Automatenaufstellungs-GmbH vs. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, 2004 E.C.R. I-09609. O litígio envolvia a proibição de um jogo fornecido por empresa britânica, o “Laserdrome”, usado para simular atos de homicídio. Um tribunal alemão confirmou a decisão alegando que o “jogo da morte” era uma afronta à dignidade humana.

65. A convenção, contudo, não incorporou expressamente o conceito de dignidade humana ao seu texto.

66. *Tyrer vs. the United Kingdom*, 26 Eur. Ct. H.R. (1978).

67. *S.W. vs. United Kingdom, C.R. vs. United Kingdom*, 21 Eur. Ct. H.R. (1995).

68. *Dudgeon vs. United Kingdom* 45 Eur. Ct. H.R. (1981).

69. *Goodwin vs. United Kingdom*, 35 Eur. Ct. H.R. (2002).

70. *Miguel Castro-Castro Prison vs. Peru*, Inter-Am. C.H.R. Series C 160 (2006).

desumanas,⁷¹ desaparecimentos forçados⁷² e execuções extrajudiciais.⁷³ No fim de 2010, a Corte pronunciou-se contra a concessão de anistia para crimes perpetrados por agentes do Estado (assassinato, tortura e desaparecimento forçado de pessoas) durante a ditadura militar no Brasil.⁷⁴

2.2.3 A dignidade humana no discurso transnacional

Nos últimos anos, cortes e tribunais constitucionais de todo o mundo começaram a se engajar em um crescente diálogo constitucional⁷⁵ envolvendo interação mútua, intercâmbio acadêmico⁷⁶ e organização de fóruns públicos como a Comissão de Veneza.⁷⁷ Dois fatores têm contribuído para o aprofundamento desse processo. Em primeiro lugar, os países onde o Estado de direito foi instaurado mais recentemente se espelham, com frequência, na experiência de democracias mais sedimentadas. Nas últimas décadas, ondas de democratização alcançaram diversas partes do mundo, incluindo a Europa nos anos 1970 (Grécia, Portugal e Espanha), a América Latina na década de 1980 (Bra-

71. *V. Bámaca Velásquez Case*, Inter-Am. C.H.R. Series C 70 (2000); *Boyce et al. vs. Barbados*, Inter-Am. C.H.R. Series C 169 (2007); *Juvenile Reeducation Institute vs. Paraguay*, Inter-Am. C.H.R. (2004); e *Caesar vs. Trinidad and Tobago*, Inter-Am. C.H.R. (2005).

72. *V. Velásquez Rodríguez Case*, Inter-Am. C.H.R. Series C 4 (1988).

73. *V. Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, Inter-Am. C.H.R. (2006).

74. *Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil*, julgamento em 24.11.2010. V. página oficial da Corte Interamericana de Direitos Humanos em: [http://search.oas.org/default.aspx?k=Brasil,%20caso%20araguaia&s=All+Sites].

75. V. Anne-Marie Slaughter, *A new world order*, 2004, p. 70.

76. Antigos membros de cortes constitucionais, como Aaron Barak, da Suprema Corte de Israel, e Dieter Grimm, do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, são visitantes frequentes de faculdades de direito americanas, como Yale e Harvard. Na Yale Law School, o Seminário *Constitucionalismo Global*, dirigido por Robert Post, reúne um grupo de cerca de 15 membros de cortes e tribunais constitucionais de todo o mundo. V.: [www.law.yale.edu/academics/global-constitutionalismseminar.htm]. V. também Mark Tushnet, *A Court Divided: the rehnquist Court and the future of constitutional law*, 2005, p. 176.

77. De acordo com o seu sítio eletrônico, a Comissão Europeia para Democracia Através do Direito, mais conhecida como Comissão de Veneza, é um órgão consultivo do Conselho da Europa e um grupo de reflexão sobre o direito constitucional. Disponível em: [www.venice.coe.int/site/main/Presentation_E.asp]. Acesso em: 13.04.2011.

sil, Chile, Argentina) e a Europa Central e Oriental nos anos 1990. Órgãos como a Suprema Corte dos Estados Unidos e o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha têm desempenhado um significativo papel de modelo para essas novas democracias. Embora o fluxo de ideias seja mais intenso em um sentido do que em outro, também é verdade que, como em qualquer outra forma de intercâmbio, esta é uma avenida de mão dupla. O segundo fator envolve o compartilhamento de experiências entre as democracias mais maduras e tradicionais. Sociedades plurais e altamente complexas se deparam com desafios em áreas que vão da segurança nacional até questões religiosas, raciais e sexuais. Decisões judiciais estrangeiras podem oferecer novas informações e perspectivas, e também ajudar na construção de consensos.⁷⁸ Parece ser esse o caso em relação à pena de morte (com exceção dos Estados Unidos) e, em alguma medida, também ao aborto (Estados Unidos, Alemanha, França e Canadá, entre outros, possuem legislação similar nessa matéria). Como intuitivo e fora de qualquer dúvida, as decisões judiciais estrangeiras têm apenas uma autoridade persuasiva, não sendo vinculantes. Somente esse fato já seria suficiente para afastar qualquer espécie de temor provinciano.

Não é difícil encontrar exemplos desse diálogo entre as cortes de diferentes países. A Suprema Corte do Canadá, por exemplo, frequentemente cita concepções de dignidade de cortes estrangeiras ou de tribunais internacionais. Em *Kindler vs. Canada*, os votos divergentes mencionaram a abolição da pena de morte no Reino Unido, na França, na Austrália, na Nova Zelândia, na antiga Tchecoslováquia, na Hungria e na Romênia.⁷⁹ Em *R. vs. Morgentaler*,⁸⁰ a Corte fez referência a precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos e do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha sobre o aborto. Em *R. vs. Smith*,⁸¹ o voto divergente citou muitos casos da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre penas cruéis e iníquas. Em *R. vs. Keegstra*, um caso acolhendo a proibição do *hate speech*, a Corte citou diversos pronunciamentos da Comissão Europeia de Direitos Humanos sobre a matéria.⁸² A decisão da

78. Anne-Marie Slaughter, op. cit., p. 77-78.

79. [1991] 2 S.C.R. 779 (permitindo a extradição de um réu americano acusado de homicídio).

80. *R. vs. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30 (derrubando dispositivos do Código Penal que autorizavam o aborto).

81. *R. vs. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045 (afirmando que a pena mínima de prisão obrigatória prevista pela Lei de Controle dos Narcóticos não passava no teste de proporcionalidade e constituía uma punição cruel e iníqua).

82. *R. vs. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697.

Suprema Corte do Canadá no caso *Rodriguez*,⁸³ no qual ela se recusou a reconhecer o direito ao suicídio assistido, foi mencionada pela Corte Europeia de Direitos Humanos em *Pretty vs. United Kingdom*, quando essa última Corte abordou a mesma questão.⁸⁴ Na Índia, a Suprema Corte frequentemente cita precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos, em uma variedade de diferentes contextos. Em um dos casos, a doutrina americana de que a mudança de orientação jurisprudencial consolidada somente se aplica para frente (“prospective overruling”) foi objeto de intenso debate.⁸⁵ Em outro julgamento a Corte aplicou o parâmetro americano de um escrutínio mais estrito para discriminação de gênero, acompanhado de uma longa citação a um voto da *Justice Ginsburg*.⁸⁶ Na África do Sul, a Corte Constitucional tem citado diversas decisões da Suprema Corte do Canadá, em casos envolvendo o direito das mulheres à igualdade, e em casos que tratam da pena de morte. Em uma decisão sobre o aborto proferida pela Suprema Corte da Polônia, o juiz Lech Garlicki, ao votar em oposição à maioria, citou precedentes dos Tribunais Constitucionais da Espanha e da Alemanha.⁸⁷

Nos Estados Unidos, referências a leis e precedentes estrangeiros são relativamente escassas.⁸⁸ Por volta do final do último século, alguns observadores diagnosticaram certo isolacionismo e paroquialismo por parte dos juristas

83. V. supra, nota 51.

84. Application no. 2346/02 (2002). Disponível em: [http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=698325&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649].

85. *I. C. Golaknath & Ors vs. State of Punjab & Anrs* [1967] INSC 45; AIR 1967 SC 1643; 1967 (2) SCR 762 (27 de Fevereiro de 1967). Disponível em: [www.liiofindia.org/in/cases/cen/INSC/1967/45.html].

86. *Anuj Garg & Ors vs. Hotel Association of India & Ors* [2007] INSC 1226 (06.12.2007). Disponível em: [www.liiofindia.org/in/cases/cen/INSC/2007/1226.html].

87. Decisão polonesa sobre o aborto (1997), K 26/96 OTK ZU 2 (Tribunal Constitucional).

88. Sobre esse tema, v. Anne-Marie Slaughter, op. cit., e Diane Marie Amann, “raise the flag and let it talk”: on the use of external norms in Constitutional decision making, 2 *International Journal of Constitutional Law*, n. 2, p. 597, 2004. Para alguns precedentes v. *Jacobson vs. Massachusetts*, 197 U.S. 11, 31 a 32 e n.1 (1905); *Wickard vs. Filburn*, 317 U.S. 111 (1942); *Yountstown Sheet & Tube Co. V. Sawyer*, 343 U.S. 579, 651-52 (1952) (Justice Jackson’s concurrence); e *Miranda vs. Arizona*, 384 U.S. 436, 486 a 490 (1966).

e das cortes americanas.⁸⁹ Mas com a virada do século, novos ventos passaram a soprar, com precedentes estrangeiros sendo citados na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos em casos como *Knight vs. Florida*,⁹⁰ *Atkins vs. Virginia*⁹¹ e *Grutter vs. Bollinger*.⁹² A decisão paradigmática, porém, veio em 2003 com *Lawrence vs. Texas*,⁹³ quando o *Justice Kennedy*, escrevendo pela maioria, citou uma decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos.⁹⁴ Essa referência provocou uma divergência dura do *Justice Scalia*, acompanhado pelo *Justice Thomas* e pelo então *Chief Justice Rehnquist*.⁹⁵ Em 2005, no caso *Roper vs. Simmons*,⁹⁶ o *Justice Kennedy* fez novas menções ao direito estrangeiro e internacional, dessa vez no que dizia respeito à “contrariedade da opinião pública internacional no que se refere à condenação de jovens à morte”, acrescentando que “a opinião da comunidade internacional, embora não vincule nosso resultado, oferece apoio significativo para as nossas próprias conclusões”.⁹⁷ Em suas sabatinas no Senado Federal americano,

89. Bruce Ackerman, *The Rise of world constitutionalism*, *Virginia Law Review*, n. 83, p. 771-772 (“A transformação global ainda não teve o menor impacto sobre o pensamento constitucional norte-americano. O juiz americano típico não pensaria em aprender com uma decisão da Corte Constitucional alemã ou francesa. Nem o jurista típico – presumindo, em contrariedade aos fatos, que ele poderia seguir o raciocínio dos nativos em suas línguas estrangeiras. De todo o modo, a teoria e prática norte-americanas se moveram na direção de um provincianismo enfático”).

90. 528 U.S. 990 (1999) (*Breyer, J., dissenting*). Ao discordar da rejeição do *certiorari*, o *Justice Stephen Breyer* citou casos da Índia, Zimbábue, Canadá, África do Sul e da Corte Europeia de Direitos Humanos.

91. 536 U.S. 304 (2002). O *Justice Stevenson*, escrevendo pela maioria, afirmou que “no âmbito da comunidade mundial, a imposição da pena de morte para crimes cometidos por pessoas com deficiência mental é amplamente reprovada” (p. 316, n. 21).

92. 539 U.S. 306 (2003). Votando separadamente, a *Justice Ginsburg* citou duas convenções internacionais sobre discriminação (p. 344).

93. 539 U.S. 558 (2003).

94. Idem, citando a decisão da CEDH em *Drudgeon v. United Kingdom* (p. 576).

95. 539 U.S. 558 (2003) (*Scalia, J., acompanhado por Rehnquist, C. J., e Thomas, dissentindo*), afirmando que visões estrangeiras são “dados sem sentido” e que a Corte “não deve impor aos americanos, humores, manias ou modas estrangeiras”.

96. 543 U.S. 551 (2005).

97. Idem.

tanto o atual *Chief Justice* John Roberts, quanto o *Justice* Samuel Alito, expressaram contrariedade ao uso dessas referências. Apesar disso, as ameaças legislativas de proibir a utilização de direito estrangeiro pelo Poder Judiciário e de tornar essa prática uma infração passível de *impeachment* acabaram não ganhando impulso.⁹⁸ Fica claro, portanto, que duas diferentes abordagens “desconfortavelmente coexistem”⁹⁹ no interior da Suprema Corte: a “jurisprudência nacionalista”, que rejeita qualquer referência a precedentes estrangeiros e internacionais; e a “jurisprudência transnacional”, que permite tais referências. Deveria prevalecer a segunda abordagem, que é mais cosmopolita, progressista e “venerável”.¹⁰⁰

2.3 A dignidade humana nos Estados Unidos da América

Embora não haja referência expressa à dignidade humana no texto da Constituição dos Estados Unidos,¹⁰¹ a Suprema Corte daquele país há muito tempo já vem empregando essa ideia.¹⁰² Apesar disso, foi somente durante os anos 1940¹⁰³ e, particularmente, depois da década de 1950,¹⁰⁴ que esse con-

98. V. Charles Lane, *Scalia Tells Congress to Mind Its Own Business*, *Washington Post* 19.05.2006. Disponível em: [www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/05/18/AR2006051801961.html].

99. Harold Hongju Koh, *International Law as Part of Our Law*, *Faculty Scholarship Series. Paper 1782*. 2004, p. 52. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1782/].

100. Idem, ibidem.

101. No caso dos estados, a Constituição de Montana possui uma cláusula explícita sobre a dignidade humana. Trata-se do Artigo III, Seção 4, que dispõe: “Dignidade individual. A dignidade do homem é inviolável (...)”. V. Vicki C. Jackson, op. cit., p. 28, ressaltando que a cláusula tem desempenhado um papel secundário.

102. *V. Chisholm vs. Georgia*, 2 U.S. (2 Dall.) 419 (1793), p. 455; *Brown vs. Walker*, 161 U.S. 591 (1896) (*Field, J., dissentindo*), p. 632; e *Adamson vs. California*, 332 U.S. 46 (1947), p. 62 (*Frankfurter J., concorrendo*).

103. O *Justice* Murphy usou o termo “dignidade” nos seus votos divergentes em *Screws vs. United States*, 325 U.S. 91 (1945) (*Murphy, J., dissentindo*, p. 135); *In re Yamashita*, 327 U.S. 1 (1946) (*Murphy, J., dissentindo*, p. 29) e *Korematsu vs. United States*, 323 U.S. 214 (*Murphy, J., dissentindo*).

104. A primeira aparição da expressão “dignidade humana” em um voto majoritário foi em *Rochin vs. California*, 342 U.S. 165, 174 (1952). V. Vicki C. Jackson, op. cit., p. 16.

ceito começou a ganhar maior influência na jurisdição constitucional americana. Alguns autores relacionam esse fato com a presença do *Justice* William Brennan na Corte e com sua visão da dignidade humana como um valor básico, um princípio constitucional e uma fonte de direitos e liberdades individuais.¹⁰⁵ Como será visto nos precedentes discutidos abaixo, a dignidade humana nunca foi considerada, na argumentação dos membros da Suprema Corte, como um direito fundamental particular ou autônomo, mas sim como um valor subjacente tanto a direitos expressos quanto aos não enumerados, como os direitos à privacidade e à igualdade, à assistência econômica do governo e a um final de vida digno, à proteção contra a autoincriminação, contra penas cruéis e iníquas e contra buscas e apreensões arbitrárias. Preocupações com a dignidade humana também estão presentes quando a liberdade de expressão colide com questões pertinentes à intimidade e à reputação.¹⁰⁶ Nesse cenário, o papel da dignidade humana tem sido, principalmente, o de informar a interpretação de direitos constitucionais específicos.¹⁰⁷

É no contexto do *direito à privacidade* que a dignidade humana tem exercido uma função de maior destaque. É verdade que a dignidade não foi expressamente invocada nos primeiros casos paradigmáticos, como *Griswold vs. Connecticut*¹⁰⁸ e *Roe vs. Wade*.¹⁰⁹ Mesmo assim, as ideias centrais que sub-

105. V. Stephen J., *Law and human dignity: the judicial soul of justice brennan*, 7 *William & Mary Bill of Rights Journal*, p. 223, 228, 233 e 235, 1998-1999; e também Seth Stern e Stephen Wermiel, *Justice Brennan: Liberal Champion*, 2010, p. 409-433.

106. Maxime D. Goodman, *Human dignity in supreme Court Constitutional jurisprudence*, *Nebraska Law Review*, n. 84, p. 740 e 757, 2005-2006, identificou essas oito categorias de casos como aqueles nos quais a Suprema Corte tem expressamente relacionado a dignidade humana com reivindicações constitucionais específicas, às vezes fundamentando as suas decisões na necessidade de promover a dignidade humana, e outras vezes rejeitando a prevalência desse argumento.

107. Gerald L. Neuman, *op. cit.*, p. 271.

108. 381 U.S. 479 (1965) (invalidando uma lei que proibia o uso de contraceptivos por pessoas casadas). Essa decisão criou um novo direito fundamental – o direito à privacidade – emanado das penumbras do *Bill of Rights*, e que protege as relações matrimoniais da intrusão do Estado. De acordo com a visão expressa no presente artigo, a dignidade humana é a verdadeira fonte dos direitos fundamentais não enumerados.

109. 410 U.S. 113 (1973) (assegurando o direito de a mulher realizar um aborto nos dois primeiros trimestres da gravidez).

jazem à dignidade – autonomia e liberdade para realizar escolhas pessoais – foram essenciais para essas decisões.¹¹⁰ Em um caso posterior sobre o aborto, *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs. Casey*,¹¹¹ a dignidade humana foi expressamente mencionada pelo voto majoritário¹¹² e pelo voto divergente.¹¹³ O mesmo ocorreu em *Stenberg vs. Carhart*,¹¹⁴ outro caso sobre o aborto. Contudo, foi em *Lawrence vs. Texas*,¹¹⁵ quando ficou definido que o direito à privacidade impede a criminalização de relações íntimas consensuais entre parceiros do mesmo sexo, que a dignidade humana teve seu papel de maior relevo em um caso julgado pela Corte.¹¹⁶

110. Alguns autores defendem que a privacidade é um “termo impróprio” e que a expressão “dignidade” se aplica melhor ao direito em questão. V. Jeremy M. Miller, *Dignity as a new framework, replacing the right to privacy*, *Thomas Jefferson Law Review*, n. 30, p. 1 e 4, 2007-2008.

111. 505 U.S. 833 (1992), no qual a Suprema Corte parcialmente anulou e revisou o enfoque constitucional que rege o direito ao aborto.

112. *Idem*, p. 851: “Essas matérias, envolvendo as escolhas mais íntimas e pessoais que a pessoa pode tomar durante a sua vida, escolhas centrais para a dignidade pessoal e para a autonomia, são centrais também para a liberdade protegida pela Décima Quarta Emenda” (ênfase acrescida). A dignidade humana também foi mencionada pelo voto separado do *Justice* Stevens (*Stevens J., concurring in part and dissenting in part*, p. 916). Em outra decisão sobre o aborto – *Stenberg vs. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000) – o *Justice* Breyer, escrevendo pela Corte, também citou o conceito de dignidade.

113. O *Justice* Scalia cita diversos casos nos quais a palavra dignidade foi mencionada pelos seus colegas, ao lado de outras (como autonomia e integridade corporal), para concluir que “o melhor que a Corte pode fazer para explicar como a palavra ‘liberdade’ deve ser interpretada para incluir o direito de destruir fetos humanos é brandir uma coleção de adjetivos que simplesmente ornamentam um juízo de valor e camuflam um julgamento político”.

114. 530 U.S. 914 (2000). É interessante notar que, embora nesse caso a Corte tenha derrubado uma restrição sobre determinadas formas de aborto, em um caso posterior, *Gonzales vs. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007), ela manteve uma restrição similar, mesmo sem rejeitar explicitamente o precedente de *Stenberg*.

115. 539 U.S. 558 (2003) (assegurando o direito de intimidade sexual para casais homoafetivos).

116. 539 U.S. 558, 567, 574, 577 (2003). Ao redigir o voto majoritário, o *Justice* Anthony M. Kennedy invocou a dignidade humana em diferentes passagens do texto.

No contexto da *igualdade*, no que se refere aos direitos das mulheres, casos paradigmáticos como *Reed vs. Reed*¹¹⁷ e *Frontiero vs. Richardson*¹¹⁸ não mencionaram a dignidade humana na sua fundamentação mas, por outro lado, alguns outros precedentes que lidaram diretamente com discriminação sexual se referiram expressamente a esse conceito.¹¹⁹ A ideia de dignidade humana, todavia, se tornou mais importante no contexto da discriminação racial. Em relação à *Brown vs. Board of Education*,¹²⁰ mesmo na ausência de uma referência expressa à dignidade humana por parte da Corte naquela ocasião, já foi devidamente reconhecido que esse conceito claramente esteve subjacente àquela decisão unânime que proibiu a segregação nas escolas públicas.¹²¹ Em casos posteriores relacionados com a discriminação racial, diversos votos majoritários fizeram referência expressa à dignidade.¹²²

No que tange aos precedentes envolvendo a *proteção contra a autoincriminação*, a Suprema Corte afirmou, em *Miranda vs. Arizona*,¹²³ que o ambiente do interrogatório, mesmo na ausência de intimidação física, é “destrutivo da dignidade humana”.¹²⁴ Apesar desse posicionamento, com o passar dos

117. 404 U.S. 71 (1971) (declarando a inconstitucionalidade de uma lei estadual que estabelecia que os homens tivessem prioridade sobre as mulheres nas nomeações dos administradores estaduais).

118. 411 U.S. 677 (1973) (declarando a inconstitucionalidade de regras que permitiam aos membros masculinos das forças armadas declarar as suas esposas como dependentes, enquanto as militares mulheres não podiam fazer o mesmo em relação aos seus maridos).

119. *V. J. E. B. vs. Alabama ex rel.*, 511 U.S. 127, 141 (sustentando que rejeitar um jurado somente com base no gênero “viola a dignidade do jurado excluído”) e *Robert vs. United States Jaycees*, 469 U.S. 609, 625 (mantendo uma lei estadual que obrigava algumas associações a aceitarem mulheres como membros regulares).

120. 347 U.S. 483 (1954).

121. V. William A. Parent, Constitutional values and human dignity. In: Michal J. Meyer & William A. Parent (eds.), *The Constitution of Rights, human dignity and american values*, 1992, p. 59.

122. *V. Heart of Atlanta Motel, Inc. vs. United States*, 379 U.S. 241 (1964); e, particularmente, *Rice vs. Cayetano*, 528 U.S. 495, 517 (2000).

123. 384 U.S. 436 (1966).

124. *Idem*, p. 457. A maioria acrescentou que “o fundamento constitucional subjacente ao direito é o respeito que o governo – estadual ou federal – deve ter para com a dignidade e a integridade dos seus cidadãos”. 384 U.S. 436 (1966), p. 460.

anos a dignidade perdeu parte do seu vigor nos casos relativos à aplicação da Quinta Emenda.¹²⁵ Quanto à *proibição de buscas e apreensões arbitrárias*, o caso *Rochin vs. California*¹²⁶ estabeleceu uma conexão direta entre as formas pelas quais as provas são obtidas e a dignidade humana. No entanto, o destino da dignidade humana na linha de casos relacionados com a aplicação da Quarta Emenda se tornou mais sombrio a partir da segunda metade da década de 1980, depois da deflagração da “guerra contra as drogas”.¹²⁷ No que se refere ao direito à *proteção contra penas cruéis e incomuns* e na questão específica da pena de morte, a Corte declarou em *Furman vs. Georgia*¹²⁸ que essa espécie de punição era inadmissível da maneira como aplicada em alguns Estados¹²⁹ – sem o cuidado necessário, com os jûris utilizando critérios incoerentes e, como observado em um voto do Justice Douglas acompanhando a maioria,¹³⁰ com impacto desproporcional sobre minorias. Quatro anos mais tarde, porém, em *Gregg vs. Georgia*,¹³¹ a Corte manteve a validade de uma nova versão da legislação penal do estado da Georgia, que continuava a prever a pena de morte. Ainda nessa matéria, a dignidade foi expressamente invocada em *Atkins vs. Virginia*¹³² e em *Roper vs. Simmons*,¹³³ quando, respectivamente, a Corte rejeitou como inconstitucionais a execução de indivíduos com deficiência mental, assim como a de condenados com menos de 18 anos.

No contexto da *morte com dignidade*, o então Chief Justice Earl Warren, fez referência expressa à dignidade humana no seu voto divergente em *Cruzan vs. Director Missouri Department of Health*,¹³⁴ um caso no qual a Supre-

125. *V. Allen vs. Illinois*, 478 U.S. 364 (1986); *Schmerber vs. California*, 384 U.S. 757 (1966); e *United States vs. Balsys*, 524 U.S. 666 (1998).

126. 342 U.S. 165 (1952) (sustentando que o bombeamento compulsório do esôfago do recorrente para extrair cápsulas de drogas “choca a consciência” e viola a cláusula do devido processo da Décima Quarta Emenda).

127. *V. Skinner vs. Railway Labor Executives’ Ass’n*, 489 U.S. 602 (1988); *National Treasury Employees Union vs. Von Raab*, 489 U.S. 656 (1989) e *United States vs. Montoya de Hernandez*, 473 U.S. 531 (1985).

128. 408 U.S. 238 (1972).

129. *Idem*.

130. *Furman*, 408 U.S. P. 240 (Douglas, J., concorrendo).

131. 428 U.S. 153 (1976).

132. 536 U.S. 304 (2002).

133. 543 U.S. 551 (2005).

134. 497 U.S. 261 (1990).

ma Corte recusou autorização para o término de um tratamento médico que mantinha viva uma mulher já há muitos anos em estado de coma vegetativo. Nos anos seguintes, a Corte negou a existência de um direito ao suicídio com auxílio médico nos casos *Washington vs. Glucksberg*¹³⁵ e *Vacco vs. Quill*.¹³⁶ Em relação às demandas por direitos sociais e econômicos, o mais próximo que a Suprema Corte chegou de uma concepção da Constituição americana capaz de conferir direitos a prestações estatais positivas, foi provavelmente no julgamento do caso *Goldberg vs. Kelly*,¹³⁷ no qual ela sustentou que os beneficiários da assistência social não poderiam ter os seus benefícios revogados sem um contraditório justo. Finalmente, na jurisprudência da Suprema Corte, os interesses na proteção da honra são tradicionalmente suplantados pelas defesas conferidas pela Primeira Emenda nos conflitos envolvendo de um lado a liberdade de expressão e do outro o direito de um indivíduo resguardar sua própria imagem, sendo que esse último direito nem mesmo é reconhecido pela Corte como um interesse constitucionalmente protegido.¹³⁸

2.4 Argumentos contrários ao uso da dignidade humana como um conceito jurídico

Inúmeros autores têm se oposto ao uso da dignidade humana no Direito – quando não em qualquer outra área –, com a invocação de três linhas básicas de argumentos. O primeiro argumento é de natureza formal: na hipótese de a dignidade humana não estar presente no texto da constituição de um Estado – como nos casos dos Estados Unidos e da França –, ela não pode fazer parte da argumentação jurídica. Esse é o ponto de vista sustentado pelo Justice Scalia,¹³⁹ fiel ao *textualismo*¹⁴⁰ como sua filosofia de interpretação constitucional. O segundo argumento é mais ideológico: a dignidade humana não deve-

135. 421 U.S. 702 (1997).

136. 521 U.S. 793 (1997).

137. 397 U.S. 254 (1970).

138. *V. Rosenblatt vs. Baer*, 383 U.S. 75 (1966), e *Paul vs. Davis*, 424 U.S. 693 (1976).

139. Em um debate com o autor do presente artigo na Universidade de Brasília em 2009, o Justice Antonin Scalia afirmou que não há uma cláusula da dignidade humana na Constituição dos Estados Unidos e que, por essa razão, ela não poderia ser invocada pelos juízes e pelas cortes.

140. Anthony Scalia, *A matter of Interpretation: Federal Courts and the law*, 1997, p. 23.

ria fazer parte do discurso jurídico naqueles países onde ela não está enraizada na tradição legal. Essa é a visão, por exemplo, de Neomi Rao, para quem a dignidade humana está ligada a valores comunitários europeus que poderiam enfraquecer o constitucionalismo americano que, por sua vez, se baseia em direitos individuais.¹⁴¹ Da mesma maneira, James Q. Whitman defende que as leis que protegem a privacidade nos Estados Unidos estão vinculadas ao valor da liberdade, enquanto na Europa elas são orientadas pela dignidade, entendida como honra pessoal.¹⁴² Em conexão com esse argumento, Whitman faz duas afirmações altamente controversas. Em primeiro lugar, ele associa a ideia de dignidade na Europa com “a marca do fascismo”¹⁴³ e com a “história nazista”.¹⁴⁴ Mais à frente, na conclusão de sua análise, ele declara que “as perspectivas para a proteção, em nome da dignidade, do direito ao casamento de pessoas do mesmo sexo são, pode-se afirmar, remotas” e que “a proteção da dignidade das pessoas é completamente estranha à tradição americana”.¹⁴⁵ A terceira objeção ao uso da dignidade como um conceito jurídico sustenta que a dignidade humana não tem um significado suficientemente específico e substantivo. Em um editorial bastante citado, Ruth Macklin escreveu que a dignidade é um “conceito inútil” e uma “repetição vaga” de noções existentes.¹⁴⁶ Da mesma maneira, Steven Pinker afirmou que o conceito de dignidade “permanece uma bagunça” e favorece um ativismo católico que faz uso de um “obstrucionismo ético”.¹⁴⁷

Embora nenhum dos argumentos acima seja irrelevante, todos eles podem ser confrontados e superados. Quanto à objeção textualista, é suficiente lembrar que todas as constituições trazem valores e ideias que subjazem e inspiram as suas disposições, mesmo sem nenhuma inclusão textual expressa. Na Constituição dos Estados Unidos, por exemplo, não há menção à democracia, ao Estado de direito e ao controle judicial de constitucionalidade e, apesar disso, todos esses conceitos são onipresentes na teoria jurídica e na jurisprudência americanas. O mesmo vale para a dignidade humana, um valor fundamental

141. Neomi Rao, op. cit., p. 204.

142. Idem, p. 1220.

143. Idem, p. 1166.

144. Idem, p. 1187.

145. Idem, p. 1221.

146. Ruth Macklin, Dignity is a useless concept, *British Medical Journal*, n. 327, p. 1419, 2003

147. Idem, ibidem.

que informa o conteúdo de diversas normas escritas, ao mesmo tempo em que condiciona a interpretação constitucional como um todo, principalmente quando os direitos fundamentais estão envolvidos.¹⁴⁸ Uma demonstração cabal desse argumento pode ser encontrada na Convenção Europeia de Direitos Humanos, o primeiro tratado internacional vinculante aprovado depois da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Mesmo sem qualquer menção à “dignidade humana” no texto da Convenção, as instituições criadas por ela e, notoriamente, a Corte Europeia de Direitos Humanos, têm feito uso desse conceito em muitas das suas decisões, como já ilustrado acima.

As objeções políticas e filosóficas ao uso da dignidade humana também são refutáveis. Em todos os lugares, as democracias constitucionais se esforçam para alcançar um equilíbrio entre direitos individuais e valores comunitários. E muito embora caiba ao processo político definir as fronteiras entre essas esferas (algumas vezes) concorrentes – no sentido de que o peso dado a uma e a outra pode variar em alguma medida – preocupações a respeito da dignidade humana podem ser encontradas nos dois lados dessa balança. A dignidade humana tem muito a ver, por exemplo, tanto com a liberdade de expressão quanto com a vacinação compulsória. Quanto às posições de Whitman, existe nelas um problema fundamental. Ele não realiza uma distinção clara e precisa entre o significado antigo de dignidade – hierarquia social, *status*, honra pessoal – e o seu sentido contemporâneo, baseado no valor intrínseco objetivo do indivíduo, assim como em alguns elementos subjetivos, como a autonomia pessoal. Isso pode explicar porque ele associa a dignidade ao fascismo e ao nacional-socialismo – e às suas noções de honra pessoal – e não à ampla e generosa concepção de direitos humanos que foi desenvolvida após o final da Segunda Guerra Mundial, como uma reação aos abusos perpetrados pelas potências do eixo. Outra consequência da ausência de uma necessária diferenciação entre o significado antigo e o contemporâneo da dignidade humana pode ser encontrada na oposição enxergada por Whitman entre privacidade como liberdade e privacidade como dignidade (ou seja, como “honra pessoal”). Como pretendo demonstrar, a dignidade é parte do núcleo essencial tanto da liberdade quanto da privacidade, e não um conceito (e muito menos um direito) incompatível com cada um deles. Por último, as perspectivas para o casamento gay parecem, nesse momento, menos sombrias do que Whitman havia antecipado.

Finalmente, ainda resta a imputação de que a dignidade é um *slogan* vago, que pode ser manipulado pelo autoritarismo e pelo paternalismo. Assim

148. Gerald L. Neuman, op. cit., p. 251.

como acontece com qualquer outro conceito marcadamente abstrato – tal como o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do direito constitucional alemão ou o devido processo legal e a cláusula da igualdade da Constituição americana –, existem riscos envolvidos na construção do significado da dignidade humana. Qualquer ideia complexa, de fato, está sujeita ao abuso e a má utilização: a democracia pode ser manipulada por populistas, o federalismo pode se degenerar em hegemonia do governo central e o controle judicial de constitucionalidade pode ser contaminado pela política. Como disse Ronald Dworkin, “seria lamentável abandonar uma ideia relevante ou mesmo um nome conhecido pelo risco de malversação”.¹⁴⁹ Assim sendo, a dignidade humana, não menos do que inúmeros outros conceitos cruciais, precisa de boa teoria, debate público, consenso sobreposto e juízes prudentes. O trabalho a ser feito consiste em encontrar um conteúdo mínimo para a dignidade humana, que possa garantir a sua utilização como um conceito significativo e consequente, compatível com o livre arbítrio, com a democracia e com os valores seculares (laicos).

3. A NATUREZA JURÍDICA E O CONTEÚDO MÍNIMO DA DIGNIDADE HUMANA

3.1 A dignidade humana como um princípio jurídico

De tudo aquilo que já foi dito, fica claro que a dignidade humana é um conceito multifacetado, que está presente na religião, na filosofia, na política e no direito. Há um razoável consenso de que ela constitui um valor fundamental subjacente às democracias constitucionais de modo geral, mesmo quando não expressamente prevista nas suas constituições. Na Alemanha, a visão dominante concebe a dignidade como um valor *absoluto*, que prevalece em qualquer circunstância.¹⁵⁰ Essa posição tem sido pertinentemente questionada ao longo dos anos.¹⁵¹ Como regra geral, no direito não há espaço para absolutos. Embora seja razoável afirmar que a dignidade humana normalmente deve prevalecer, existem situações inevitáveis em que ela terá de ceder, ao menos parcialmente. Um exemplo evidente de uma dessas situações ocorre quando alguém é condenado à prisão após um procedimento condi-

149. Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, 2011, p. 204.

150. V. 27 BVerfGE 1 (caso Microcensus) e 30 BVerfGE 173 (1971) (caso Mefisto).

151. V. Dieter Grimm, op. cit., p. 5.

zente com o devido processo legal: nesse caso, um componente importante da dignidade dessa pessoa – representado por sua liberdade de ir e vir – é restringido. Esta hipótese ilustra, de maneira clara, que um aspecto da dignidade de uma pessoa pode ser sacrificado em benefício de algum outro valor. A dignidade humana, portanto, é um valor fundamental, mas não deve ser tomada como absoluta. Valores, sejam políticos ou morais, adentram o mundo do direito usualmente assumindo a forma de princípios.¹⁵² E embora direitos constitucionais e princípios constitucionais frequentemente se justaponham, esse não é exatamente o caso aqui. A melhor maneira de classificar a dignidade humana é como um princípio jurídico com *status* constitucional, e não como um direito autônomo, como será demonstrado abaixo.

Como um valor fundamental que é também um princípio constitucional, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais. Não é necessário elaborar de modo mais profundo e detalhado a distinção qualitativa existente entre princípios e regras. A concepção adotada aqui é a mesma que se tornou dominante na Teoria do Direito, baseada no trabalho seminal de Ronald Dworkin sobre o assunto,¹⁵³ acrescida dos desenvolvimentos posteriores realizados pelo filósofo do Direito alemão Robert Alexy.¹⁵⁴ De acordo com Dworkin, princípios são normas que contêm “exigências de justiça ou equidade ou alguma outra exigência de moralidade”.¹⁵⁵ Ao contrário das regras, eles não se aplicam na “modalidade tudo ou nada”,¹⁵⁶ e em certas circunstâncias podem não prevalecer devido à existência de outras razões ou princípios que apontem para uma direção diferente. Os princípios têm uma “dimensão de peso”¹⁵⁷ e quando eles colidem é necessário considerar a importância espe-

152. Os valores, é claro, também subjazem às regras. Mas, nesse caso, o julgamento valorativo já foi feito pelo legislador quando criou a regra, considerada como uma norma objetiva que prescreve um determinado comportamento. Os princípios, por outro lado, são normas mais abstratas, que oferecem razões, deixando mais espaço às cortes para determinar o seu significado nos casos concretos.

153. V. Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1997, p. 14-45. O livro republicou o artigo *The model of rules*, de 1967, originalmente publicado em *University of Chicago Law Review*, n. 35, p. 14, 1967.

154. V. Robert Alexy, *A theory of constitutional rights*, Trad. Julian Rivers, Oxford University Press, 2004, p. 44-69.

155. Ronald Dworkin, *Taking rights seriously* cit., p. 22.

156. Idem, p. 24.

157. Idem, p. 26.

cífica de cada um deles naquela situação concreta.¹⁵⁸ Para Alexy, os princípios são “mandados de otimização”,¹⁵⁹ cuja aplicação varia em diferentes graus, de acordo com o que é fática e juridicamente possível.¹⁶⁰ Portanto, de acordo com a teoria de Alexy, os princípios estão sujeitos à ponderação e à proporcionalidade, e sua pretensão normativa pode ceder, conforme as circunstâncias, a elementos contrapostos.¹⁶¹ Essas visões não são imunes a controvérsias.¹⁶² Mas não é possível aprofundar esse debate no presente estudo. Para os fins aqui visados, princípios jurídicos são normas que possuem maior ou menor peso de acordo com as circunstâncias. Mas, em qualquer caso, eles fornecem argumentos que devem ser considerados pelos juízes, e todo princípio exige um compromisso de boa-fé para com a sua realização, na medida em que essa realização seja possível.¹⁶³

Os princípios constitucionais desempenham diferentes papéis no sistema jurídico, e no momento da sua aplicação concreta eles sempre geram regras que regem situações específicas. Como forma de distinguir dois dos seus papéis principais, pode-se visualizar um princípio como dois círculos concêntricos.¹⁶⁴ O círculo interno, próximo do centro, contém o conteúdo essencial do princípio e é uma fonte direta de direitos e deveres. Por exemplo, o conteúdo essencial da dignidade humana implica na proibição da tortura, mesmo em um ordenamento jurídico no qual não exista nenhuma regra específica impedindo tal conduta. É claro que quando já existem re-

158. Idem, *ibidem*.

159. Robert Alexy, *op. cit.*, p. 47.

160. Idem, p. 48.

161. Idem, *ibidem*. V. também Robert Alexy, *Balancing, Constitutional review, and representation*, *International Journal of Constitutional Law*, n. 3, p. 572-581, 2005.

162. V. Jürgen Habermas, *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*, 1996, p. 310; e Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Grundrechte als Grundatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik. Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, p. 185, citado e transcrito em Robert Alexy, *op. cit.*, p. 577. V. também Humberto Ávila, *Theory of legal principles*, 2007.

163. Patricia Birnie, Alan Boyle e Catherine Redgwell, *International Law & the Environment*, 2009, p. 34.

164. A imagem dos dois círculos concêntricos foi usada em Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 122-123.

gras mais específicas – indicando que os constituintes ou os legisladores detalharam o princípio de modo mais concreto – não há necessidade de se recorrer ao princípio mais abstrato da dignidade humana. Porém, em outro exemplo, nos países onde o direito à privacidade não está expresso na constituição – como nos Estados Unidos – ou o direito geral contra a autoincriminação não está explicitado – como no Brasil – eles podem ser extraídos do significado essencial da dignidade. Esse é o primeiro papel de um princípio como a dignidade humana: funcionar como uma fonte de direitos – e consequentemente, de deveres –, incluindo os direitos não expressamente enumerados, que são reconhecidos como parte das sociedades democráticas maduras.

O outro papel principal da dignidade humana é interpretativo. A dignidade humana é parte do núcleo essencial dos direitos fundamentais, como a igualdade, a liberdade ou a privacidade. Sendo assim, ela vai necessariamente informar a interpretação de tais direitos constitucionais, ajudando a definir o seu sentido nos casos concretos. Além disso, nos casos envolvendo lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades no direito, colisões entre direitos fundamentais e tensões entre direitos e metas coletivas, a dignidade humana pode ser uma boa bússola na busca da melhor solução. Mais ainda, qualquer lei que viole a dignidade, seja em abstrato ou em concreto, será nula.¹⁶⁵ Coerente com a posição aqui sustentada de que a dignidade humana não é um valor absoluto é a afirmação de que ela tampouco é um princípio absoluto. De fato, se um princípio constitucional pode estar por trás tanto de um direito fundamental quanto de uma meta coletiva,¹⁶⁶ e se os direitos colidem entre si e com as metas coletivas, um impasse lógico ocorreria. Um choque de absolutos não tem solução. O que pode ser dito é que a dignidade humana, como um princípio e valor fundamental, deve ter precedência na maior parte dos casos, mas não necessariamente em todos. Mais ainda: quando aspectos reais (e não apenas retóricos) da dignidade estão presentes na argumentação dos dois lados em conflito, a discussão se torna mais complexa. Em circunstâncias como essa, o pano de fundo cultural e político pode influenciar o modo de raciocínio do juiz ou da corte, o que, de fato, acontece com frequência, por

165. Uma lei é inconstitucional em abstrato quando é contrária à constituição em tese, isto é, em qualquer circunstância, e por isso é nula. Uma lei é inconstitucional em concreto quando em tese é compatível com a constituição, mas produz uma consequência inaceitável em uma circunstância particular.

166. V. Robert Alexy, op. cit., p. 65 (“Os princípios podem se relacionar tanto com direitos individuais como com interesses coletivos”).

exemplo, nos casos que envolvem conflitos entre a privacidade (no sentido de defesa da reputação) e a liberdade de imprensa.

Por fim, algumas poucas palavras sobre as razões pelas quais a caracterização da dignidade humana como um direito constitucional autônomo não corresponde à melhor abordagem. É verdade que princípios e direitos são categorias intimamente ligadas.¹⁶⁷ Tanto os direitos fundamentais quanto os princípios constitucionais representam uma abertura do sistema jurídico ao sistema da filosofia moral.¹⁶⁸ No entanto, uma vez que a dignidade é tida como o alicerce último de todos os direitos verdadeiramente fundamentais e como fonte de parte do seu conteúdo essencial, seria contraditório considerá-la como um direito em si. Além disso, se a dignidade humana fosse considerada um direito fundamental específico ela necessariamente iria ter que ser ponderada com outros direitos fundamentais, o que a colocaria em uma posição mais fraca do que ela teria caso fosse utilizada como um parâmetro externo para aferir soluções possíveis nos casos de colisões de direitos. Como um princípio constitucional, contudo, a dignidade humana pode precisar ser ponderada com outros princípios ou metas coletivas.¹⁶⁹ Vale lembrar que ela normalmente deve prevalecer, mas nem sempre será esse o caso. É melhor reconhecer esse fato do que tentar negá-lo através de argumentos circulares.¹⁷⁰

167. Ronald Dworkin, *Taking rights seriously* cit., p. 90 (“Os argumentos de princípio são aqueles destinados a consagrar um direito individual; os argumentos de política são aqueles destinados a consagrar uma meta coletiva. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem metas”).

168. V. Robert Alexy, op. cit., p. 4.

169. Sobre essa tensão entre direitos individuais e metas coletivas, Ronald Dworkin cunhou uma frase que se tornou emblemática no contexto do eterno conflito entre o indivíduo e as razões de Estado: “Os direitos individuais são trunfos guardados pelos indivíduos”. E acrescentou: “a consequência de se definir algo como um direito é que ele não pode ser (...) sobrepujado pelo apelo a qualquer meta rotineira da administração pública, mas apenas por uma meta de especial urgência”. V. Ronald Dworkin, *Taking rights seriously* cit., p. XI e 92.

170. Esse parece ser o caso com a teoria de Alexy, segundo a qual o princípio da dignidade humana pode ser ponderado e não prevalecer em uma dada circunstância, ao mesmo tempo em que afirma, todavia, a existência de uma regra da dignidade humana que é o produto de tal ponderação e que sempre prevalece. V. Robert Alexy, op. cit., p. 64.

3.2 A influência do pensamento kantiano

Immanuel Kant (1724-1804), um dos filósofos mais influentes do Iluminismo, é uma referência central na moderna filosofia moral e jurídica ocidental. Muitas das suas reflexões estão diretamente associadas à ideia de dignidade humana e, consequentemente, não é surpresa que ele seja o autor mais frequentemente citado nos trabalhos sobre essa matéria.¹⁷¹ Apesar de questionamentos ocasionais ao seu sistema de moralidade,¹⁷² a ética kantiana se tornou parte crucial da gramática e da semântica dos estudos sobre a dignidade humana.¹⁷³ Por essa razão, correndo o risco da simplificação excessiva, apresenta-se a seguir uma síntese de três dos conceitos centrais do seu pensamento: o imperativo categórico, a autonomia e a dignidade.¹⁷⁴

De acordo com Kant, a ética é o domínio da lei moral, composta por comandos que regem a vontade que está em conformidade com a razão. Tais comandos expressam um dever-ser, um imperativo, que pode ser hipotético ou categórico. O imperativo *hipotético* identifica uma ação que é boa como um meio para se alcançar algum fim. O imperativo *categórico*, por sua vez, corresponde a uma ação que é boa em si mesma, independentemente do fato de servir a determinado fim. Ele é um padrão de racionalidade e representa o que é objetivamente necessário em uma vontade que esteja em conformidade com a razão.¹⁷⁵ Esse imperativo categórico, ou imperativo de moralidade, foi enunciado por Kant em uma famosa proposição sintética: *Age de tal modo que a máxima da tua vontade (i.e., o princípio que a inspira e move) possa se transformar em uma lei universal*.¹⁷⁶ Note-se que em lugar de apresentar um catá-

logo de virtudes específicas, uma lista do que fazer e do que não fazer, Kant concebeu uma fórmula capaz de determinar a ação ética.¹⁷⁷ Outra enunciação do imperativo categórico é a seguinte: “Age de modo a utilizar a humanidade, seja em relação à tua própria pessoa ou a qualquer outra, sempre e todo o tempo como um fim, e nunca meramente como um meio”.¹⁷⁸

Quanto à *autonomia*, trata-se da qualidade de uma vontade que é livre. Ela identifica a capacidade do indivíduo de se autodeterminar em conformidade com a representação de certas leis. Uma razão que se autogoverna. A ideia central é que os indivíduos estão sujeitos apenas às leis que dão a si mesmos.¹⁷⁹ Um indivíduo autônomo é alguém vinculado apenas à sua própria vontade e não àquela de alguma outra pessoa. Para Kant, o indivíduo é governado pela razão, e a razão é a representação correta das leis morais.¹⁸⁰ A *dignidade*, na visão kantiana, tem por fundamento a autonomia.¹⁸¹ Em um mundo no qual todos pautem a sua conduta pelo imperativo categórico – no “reino dos fins”, como escreveu –, tudo tem um *preço* ou uma *dignidade*.¹⁸² As coisas que têm preço podem ser substituídas por outras equivalentes. Mas quando uma coisa está acima de todo preço e não pode ser substituída por outra equivalente, ela tem *dignidade*. Assim é a natureza singular do ser humano. Condensada em uma única proposição, essa é a essência do pensamento kantiano em relação ao nosso tema: a conduta moral consiste em agir inspirado

177. V. Marilena Chauí, *Convite à filosofia*, São Paulo: Ática, 1999, p. 346.

178. Immanuel Kant, *Groundwork of the metaphysics of morals* cit., p. 38. Embora Kant afirme que há um único imperativo categórico, ele apresenta três diferentes formulações dele (Immanuel Kant, *Groundwork of the metaphysics of morals* cit., p. 43). O primeiro, reproduzido acima, se refere à *fórmula da natureza*, o segundo, à *fórmula da humanidade*. O terceiro, conhecido como *fórmula da autonomia*, dispõe: “E isso é feito na presente terceira fórmula do princípio, a saber, a ideia da vontade de cada ser racional como a vontade formuladora da lei universal”.

179. Immanuel Kant, *Groundwork of the metaphysics of morals* cit., p. 47.

180. Essas ideias se tornam mais complexas e um tanto contraditórias quando nós adicionamos outros elementos da teoria moral kantiana. Para ele, o princípio supremo da moralidade consiste em cada indivíduo dar a si mesmo uma lei que poderia se tornar universal, uma lei objetiva da razão, sem nenhuma concessão a motivações subjetivas. Immanuel Kant, *Groundwork of the metaphysics of morals* cit., p. 24.

181. Immanuel Kant, *Groundwork of the metaphysics of morals* cit., p. 43.

182. Idem, p. 42.

171. V. Christopher McCrudden, op. cit., p. 659.

172. V. David Hume, *A treatise of human nature*, 1738, Book II, III e IV; e G.W.F. Hegel, *Philosophy of right*, p. 159, Par. 150 (trad. S.W. Dyde, 1996).

173. Alguns autores têm utilizado a expressão *kantische Wende* (“virada kantiana”) para se referir à renovada influência de Kant no debate jurídico contemporâneo. V. Otfried Hoffe, *Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne*, 1990, p. 135.

174. Os conceitos discutidos aqui foram extraídos principalmente de Immanuel Kant, *Groundwork of the metaphysics of morals*, Trad. Mary Gregor, Cambridge University Press, 1998, que concentra a maior parte do pensamento kantiano sobre ética. V. Jens Timmermann, *Kant's Groundwork of the metaphysics of morals: a commentary*, 2007; Roger Scruton, *Kant: a very short introduction*, 2001, p. 73-95; e Frederick Copleston, *A history of philosophy*, 1960, p. 308-348.

175. Immanuel Kant, *Groundwork of the metaphysics of morals* cit., p. 25.

176. Idem, p. 31.

por uma máxima que possa ser convertida em lei universal; todo homem é um fim em si mesmo, e não deve ser instrumentalizado por projetos alheios; os seres humanos não têm preço nem podem ser substituídos, pois eles são dotados de um valor intrínseco absoluto, ao qual se dá o nome de dignidade.

3.3 O conteúdo mínimo da ideia de dignidade humana

Não é fácil elaborar um conceito transnacional de dignidade humana, capaz de levar em conta da maneira adequada toda a variedade de circunstâncias religiosas, históricas e políticas que estão presentes nos diferentes países. Para levar a bom termo esse propósito, deve-se aceitar uma noção de dignidade humana aberta, plástica e plural. *Grosso modo*, esta é a minha concepção minimalista: a dignidade humana identifica (1) o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como (2) a autonomia de cada indivíduo, (3) limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário). Esses três elementos serão analisados na próxima seção, com base em uma perspectiva filosófica que é laica, neutra e universalista. A *laicidade*¹⁸³ indica que Igreja e Estado devem ser separados, que a religião é uma questão privada de cada indivíduo e que, na política e nos assuntos públicos, uma visão racional e humanista deve prevalecer sobre concepções religiosas.¹⁸⁴ A *neutralidade* é um ponto central do pensamento liberal contemporâneo e significa que o Estado não deve escolher lados quando diferentes concepções razoáveis de vida boa estão em conflito.¹⁸⁵ Essas noções de laicidade e neutralidade representam um esforço

183. A laicidade também é referida como *secularismo*, sendo que esse último termo foi utilizado pela primeira vez em George Jacob Holyoake, *The origin and nature of secularism*, 1896, p. 50.

184. Essa visão, é claro, não deprecia a liberdade de religião, e a crença religiosa é, de fato, uma opção legítima para milhões de pessoas. V. Charles Taylor, *A secular age*, 2007, p. 3. Em relação à desejável situação de equilíbrio e tolerância mútua, v. Noah Feldman, *Divided by God: America's Church-State problem – And what we should do about it*, 2005, p. 251.

185. V. John Rawls, *Collected Papers*, 1999, p. 457. Esse argumento, contudo, está longe de ser universalmente aceito. V. Joseph Raz, *The morality of freedom*, 1986, p. 117-121, alegando que a neutralidade é “impossível” e “fantasiosa”. Para uma defesa da neutralidade liberal como uma ideia válida, v. Wojciech Sadurski, Joseph Raz, *Liberal neutrality and the harm principle*, *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 10, p. 125, 1990; e Will Kymlicka, *Liberal individualism and liberal neutrality*, *Ethics*, n. 99, p. 883.

para libertar a dignidade humana de qualquer doutrina religiosa ou política abrangente, associando-a com a ideia de razão pública, desenvolvida com maestria por John Rawls.¹⁸⁶

Por fim, algumas poucas palavras sobre o *universalismo* e sua ideia correlata – o multiculturalismo. O multiculturalismo implica em respeito e apreço pela diversidade étnica, religiosa e cultural. Desde o final do século XX, tem se tornado amplamente aceito que o multiculturalismo é baseado em valores não apenas coerentes com as democracias liberais, mas também exigidos por elas.¹⁸⁷ As minorias têm direito às suas identidades e diferenças, bem como o direito de serem reconhecidas. Não há dúvida de que a dignidade humana corrobora tal entendimento. Contudo, a dignidade humana, no seu significado essencial, tem também uma pretensão universalista, simbolizando o tecido que mantém a família humana unida. Nesse domínio, algum grau de idealismo iluminista se faz necessário, para que se possam confrontar práticas e costumes arraigados de violência, opressão sexual e tirania. É claro que essa é uma batalha de ideias, a ser vencida com paciência e perseverança. Tropas não conseguirão fazê-lo.¹⁸⁸

Antes de seguir em frente, cumpre retomar um argumento anterior de modo ligeiramente mais analítico. A dignidade humana e os direitos humanos (ou fundamentais) são intimamente relacionados, como as duas faces

186. “Razão pública” é uma expressão utilizada pela primeira vez por Kant em *What is enlightenment* (1784), e que foi desenvolvida por John Rawls, especialmente nos livros *A theory of justice* (1971) e *Political liberalism* (1993). A razão pública é uma noção essencial na democracia liberal pluralista, onde as pessoas são livres para aderir a diversas e conflitantes doutrinas abrangentes e razoáveis. Nesse cenário, as discussões e deliberações realizadas na esfera pública política por juízes, membros do governo e até mesmo candidatos a cargos públicos devem ser baseadas em concepções políticas que possam ser compartilhadas pelo conjunto dos cidadãos livres e iguais. V. John Rawls, *The law of peoples*, 1999, p. 131-180. Deve-se acrescentar que Rawls diferencia a razão pública da razão secular, por entender esta última como uma doutrina abrangente não religiosa. V. John Rawls, *The law of peoples*, 1999, p. 143.

187. V. Will Kymlicka, *Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights*, 1995.

188. Em uma inspirada passagem na qual cita Holmes, Louis Menand escreveu: “É claro que as civilizações são agressivas, diz Holmes, mas quando elas pegam em armas com a finalidade de impor sua concepção de civilidade sobre outros, elas sacrificam a sua vantagem moral” (*The metaphysical club: a story of ideas in America*, 2002, p. 45).

de uma mesma moeda ou, para usar uma imagem comum, as duas faces de Jano.¹⁸⁹ Uma, voltada para a filosofia, expressa os valores morais que singularizam todas as pessoas, tornando-as merecedoras de igual respeito e consideração; a outra é voltada para o Direito; contemplando os direitos fundamentais. Esses últimos representam a moral sob a forma de Direito ou, como assinalado por Jürgen Habermas, “uma fusão do conteúdo moral com o poder de coerção do Direito”.¹⁹⁰ Nessa linha, os tópicos seguintes são dedicados a identificar o conteúdo moral de cada um dos elementos apontados como parte do núcleo essencial da dignidade humana, assim como determinar quais são as suas implicações jurídicas no que se refere aos direitos fundamentais.

3.3.1 Valor intrínseco

O valor intrínseco é, no plano filosófico, o elemento ontológico da dignidade humana, ligado à natureza do ser.¹⁹¹ A singularidade da natureza humana é uma combinação de características e traços inerentes – que incluem inteligência, sensibilidade e a capacidade de se comunicar – que dão aos seres humanos um *status* especial no mundo, distinto do de outras espécies.¹⁹² Valor intrínseco é o oposto de valor atribuído ou instrumental,¹⁹³ por ser um valor bom em si mesmo e que não tem preço.¹⁹⁴ Há uma consciência crescente, todavia, de que a posição especial da condição humana não autoriza arrogância e indiferença em relação à natureza em geral, incluindo os

189. V. Jürgen Habermas, The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights, *Metaphilosophy*, n. 41, 2010, p. 464 e 470.

190. Idem, p. 479.

191. A ontologia é um ramo da metafísica que estuda as características fundamentais de todas as coisas e sujeitos, incluindo aquilo que cada ser humano tem e não pode deixar de ter. Isso inclui questões como a natureza da existência e a estrutura da realidade. V. Nicola Abbagnano, *Dicionário de filosofia*, São Paulo: Martins Fontes, 1988, p. 662; e Ted Honderich, *The Oxford companion to philosophy*, 1995, p. 634.

192. George Kateb, *Human dignity*, 2011, p. 5 (“Nós podemos distinguir entre a dignidade de cada ser humano em particular e a dignidade da espécie humana como um todo”).

193. V. Daniel P. Sulmasy, Human dignity and human worth. In: Jeff Malpas and Norelle Lickiss (eds.), *Perspectives on human dignity: a conversation*, 2007, p. 15.

194. Immanuel Kant, *Groundwork of the metaphysics of morals* cit., p. 42.

animais irracionais, que possuem a sua própria espécie de dignidade.¹⁹⁵ Do valor intrínseco do ser humano decorre um postulado antiutilitarista e outro antiautoritário. O primeiro se manifesta no imperativo categórico kantiano do homem como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas coletivas ou de projetos pessoais de outros; o segundo, na ideia de que é o Estado que existe para o indivíduo, e não o contrário.¹⁹⁶ É por ter o valor intrínseco de cada pessoa como conteúdo essencial que a dignidade humana é, em primeiro lugar, um valor objetivo¹⁹⁷ que não depende de qualquer evento ou experiência e que, portanto, não pode ser concedido ou perdido, mesmo diante do comportamento mais reprovável. Ela independe até mesmo da própria razão, estando presente em bebês recém-nascidos e em pessoas senis ou com qualquer grau de deficiência mental.¹⁹⁸

No plano jurídico, o valor intrínseco está na origem de um conjunto de direitos fundamentais. O primeiro deles é o *direito à vida*, uma pré-condição básica para o desfrute de qualquer outro direito. A dignidade humana preenche quase inteiramente o conteúdo do direito à vida, deixando espaço apenas para algumas poucas situações específicas e controversas, como o aborto, o

195. V. Martha Nussbaum, Human dignity and political entitlements, *Human dignity and bioethics (essays commissioned by the President's Council on bioethics)*, p. 365. V. também Martha Nussbaum, *Frontiers of Justice*, 2006; Philipp Balzer, Klaus Peter Rippe e Peter Schaber, Two concepts of dignity for humans and non-human organisms in the context of genetic engineering, *Journal of Agricultural & Environmental Ethics*, n. 13, p. 7, 2000.

196. A *dignidade do Estado* foi parte da propaganda nacional-socialista para desacreditar as instituições democráticas na Alemanha. V. Jochen Abr. Frowein, Human dignity in international law. In: David Kretzmer and Eckart Klein, *The concept of human dignity in human rights discourse*, 2002, p. 123. A Constituição de 1977 da antiga União Soviética fazia referência à “dignidade da cidadania soviética” (art. 59) e à “dignidade nacional” (art. 64). A Constituição da República Popular da China dispõe que o Estado deve defender a “dignidade do sistema legal socialista” (art. 5.º).

197. V. Ronald Dworkin, *Is democracy possible here: principles for a new political debate*, 2006, p. 9-10 (“Cada vida humana tem um tipo especial de valor objetivo (...) O sucesso ou fracasso de qualquer vida humana é importante em si mesmo (...) (e) todos nós deveríamos lamentar uma vida desperdiçada como algo ruim em si, seja a vida em questão a nossa ou a de qualquer outra pessoa”).

198. Esse ponto de vista se afasta da afirmação kantiana segundo a qual a dignidade está baseada na razão. V. Immanuel Kant, *Groundwork of the metaphysics of morals* cit., p. 43.

suicídio assistido e a pena de morte. Um segundo direito diretamente relacionado com o valor intrínseco de cada indivíduo é a *igualdade perante a lei e na lei*.¹⁹⁹ Todos os indivíduos têm igual valor e por isso merecem o mesmo respeito e consideração.²⁰⁰ Isso implica na proibição de discriminações ilegítimas devido à raça, cor, etnia ou nacionalidade, sexo, idade ou capacidade mental (o direito à não discriminação) e no respeito pela diversidade cultural, linguística ou religiosa (o direito ao reconhecimento).²⁰¹ A dignidade humana ocupa apenas uma parte do conteúdo da ideia de igualdade, e em muitas situações pode ser aceitável que se realizem diferenciações entre as pessoas. No mundo contemporâneo isso está particularmente em discussão nos casos envolvendo ações afirmativas e direitos de minorias religiosas. O valor intrínseco também leva a outro direito fundamental, o *direito à integridade física e psíquica*. O *direito à integridade física*²⁰² abrange a proibição da tortura, do trabalho escravo e das penas cruéis ou degradantes.²⁰³ É no âmbito desse direito que se desenvolvem discussões sobre prisão perpétua, técnicas de interrogatório e condições nas prisões. Por fim, o *direito à integridade psíquica ou mental*,²⁰⁴ na Europa e em muitos países da tradição do *civil law*, compreende o direito à honra pessoal e à imagem, bem como à privacidade. A noção de privacidade nos Estados Unidos, porém, é bastante peculiar.²⁰⁵

199. V. Declaração Universal de Direitos Humanos, arts. II e VII; Carta da ONU, arts. 26 e 27; Convenção Americana, art. 24; Carta Europeia, arts. 20 a 23; e Carta Africana, art. 3.º. Na Constituição dos Estados Unidos, o direito à igualdade corresponde à Cláusula da Igual Proteção, expressa na Décima Quarta Emenda.

200. Ronald Dworkin, *The sovereign virtue: the theory and practice of equality*, 2002, p. 1-7.

201. Sobre direitos das minorias, multiculturalismo e identidade, v., para diferentes perspectivas, Nancy Fraser, *Redistribution or recognition? A Political-philosophical exchange*, 2003 e Axel Honneth, *The struggle for recognition: the moral grammar of social conflicts*, 1996.

202. V. Declaração Universal de Direitos Humanos, arts. IV e V; Carta da ONU, arts. 7.º e 8.º; Convenção Americana, arts. 5.º e 6.º; Carta Europeia, arts. 3.º a 5.º e Carta Africana, arts. 4.º e 5.º.

203. Na Constituição dos Estados Unidos, a maioria dessas matérias é tratada com base na proibição de “penas cruéis e incomuns” prevista na Oitava Emenda.

204. V. Declaração Universal de Direitos Humanos, arts. VI e XII; Carta da ONU, arts. 16 e 17; Convenção Americana, arts. 11 e 18; Carta Europeia, art. 3.º e Carta Africana, art. 4.º.

205. Na Constituição dos Estados Unidos não há referência expressa à privacidade. De um lado, aspectos da privacidade são protegidos pela proibição de buscas e

Existe, pelo mundo todo, uma quantidade razoável de precedentes envolvendo direitos fundamentais derivados da dignidade humana como valor intrínseco. No que se refere ao *direito à vida*, o aborto é permitido nos primeiros estágios da gravidez na maioria das democracias do Atlântico Norte, incluindo Estados Unidos, Canadá, França, Reino Unido e Alemanha. A dignidade humana, nesses países, não tem sido interpretada como um reforço do direito à vida do feto em contraposição à vontade da gestante.²⁰⁶ Esse ponto será retomado na última seção do presente artigo. O suicídio assistido é ilegal na maioria dos países do mundo, embora haja um número crescente de exceções, que incluem Holanda, Bélgica, Colômbia e Luxemburgo, entre outros.²⁰⁷ Nos Estados Unidos, ele é permitido nos estados do Oregon, Washington e Montana. A principal preocupação aqui não é com a cessação da vida dos pacientes que são doentes terminais, em estágio vegetativo ou sofrendo de modo insuportável e permanente, mas com a possibilidade de pessoas vulneráveis sofrerem abusos.²⁰⁸ Quanto à pena de morte, ela foi banida da Europa e da maioria dos países do mundo, sendo que os Estados Unidos continuam como uma exceção marcante entre as democracias ocidentais.²⁰⁹ Embora possua alicerces na tradição histórica americana, é difícil defender que a pena de morte seja compatível com a dignidade humana, já que implica na objetificação completa do indivíduo cuja vida e humanidade sucumbem

apreensões não razoáveis, contida na Quarta Emenda. De outro lado, a honra pessoal e o direito à imagem não têm *status* de direitos constitucionais, diferentemente do que se passa em muitos outros países e do que consta da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais. Por fim, a jurisprudência norte-americana trata sob o rótulo de direitos de privacidade situações que em outros países se enquadram na categoria de liberdade e igualdade perante a lei, como o direito ao uso de anticoncepcionais e o direito de praticar atos íntimos entre adultos.

206. Giovanni Boggetti, The concept of human dignity in European and U.S. Constitutionalism. In: George Nolte (ed.), *European and U.S. Constitutionalism*, 2005, p. 99.

207. Para uma pesquisa da legislação sobre o assunto em diferentes países, v.: [www.finalexit.org/assisted_suicide_world_laws.html].

208. V. Martha Nussbaum, Human dignity and political entitlements. *Human dignity and bioethics (essays commissioned by the President's Council on bioethics)*, p. 373.

209. De acordo com a Anistia Internacional, mais de dois terços dos países do mundo (96 ao final de 2010) aboliram a pena de morte, legalmente ou na prática. Disponível em: [www.amnesty.org/en/death-penalty/death-sentences-and-executions-in-2011]. Acesso em: 30.05.2011.

diante de um suposto interesse público – altamente questionável – que seria realizado por essa forma de retribuição.

Em relação à *igualdade*, a prática de ações afirmativas foi acolhida em países como Estados Unidos,²¹⁰ Canadá²¹¹ e Brasil,²¹² e é expressamente autorizada pela Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.²¹³ Por outro lado, os direitos das minorias religiosas têm sofrido derrotas, especialmente na Europa, onde o uso do véu islâmico integral em público ou foi proibido²¹⁴ ou é objeto de discussão em vários Estados membros.²¹⁵ Nesses países, o Judiciário e o Legislativo têm deixado de conferir proteção plena à dignidade de grupos minoritários, considerando que o direito à identidade desses grupos é sobrepujado por um alegado interesse público relativo à segurança, preservação cultural e proteção dos direitos das mulheres. No que se refere à integridade física – ou, de acordo com a terminologia americana, penas cruéis e iníquas – juízes e juristas têm repetidamente afirmado que a tortura é uma prática completamente inadmissível.²¹⁶ Mais recentemente, nos Estados Unidos, a Suprema Corte declarou que a superlotação das prisões na Califórnia violava a Oitava Emenda.²¹⁷ O voto majoritário, redigido pelo Justice Kennedy, fez referências à “dignidade”, à “dignidade do homem” e à “dignidade humana”.²¹⁸ Finalmente, tratando-se da integridade psíquica,

210. Em *Grutter vs. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

211. *R. vs. Kapp*, [2008] 2 S.C.R. 483, 2008 SCC 41.

212. No Brasil, algumas universidades públicas criaram sistemas de cotas para minorias raciais no seu processo de admissão. Embora o STF não tenha proferido uma decisão final, foi rejeitado o pedido liminar contra as normas que permitem essa prática. O caso ainda está pendente de julgamento. V. STF, ADPF 186. Disponível em: [www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/ADPF186.pdf].

213. V. art. 2.2. A Convenção entrou em vigor em 04.01.1969.

214. Esse é o caso da França. O Conselho Constitucional validou a lei que estabeleceu a proibição. V. Decisão 2010 – 613 DC, de 07.10.2010.

215. V. EU Leaders Dodge Islamic Veil Ban Issue, *E.U. Observer*, 19.07.2010. Disponível em: [http://euobserver.com/9/30502].

216. V. nota 57, supra. V. também Dieter Grimm, op. cit., p. 10-11 (“Uma sociedade comprometida com a dignidade humana nunca poderia defender a si mesma através da negação da dignidade das outras pessoas”).

217. *Brown vs. Plata*, 563 U.S.

218. Idem, p. 12 (ainda não publicado).

o típico desafio no mundo contemporâneo diz respeito ao conflito entre o direito à privacidade (entendido como honra pessoal ou imagem) e a liberdade de expressão, particularmente a de imprensa. Aspectos da dignidade humana estão presentes em ambos os lados – dignidade como valor intrínseco vs. dignidade como autonomia – e os resultados desses casos são influenciados por contextos culturais distintos. Um exemplo recente desse conflito entre culturas jurídicas se deu quando a polícia de Nova York efetuou a prisão de uma figura pública francesa, que foi então exposta algemada à imprensa e obrigada a caminhar diante das câmeras por ocasião da apresentação ao juiz. Embora essa seja uma prática policial comum nos Estados Unidos, onde é chamada de “perp walk”, o episódio foi considerado por muitos como uma violação de privacidade desnecessária e abusiva.²¹⁹

3.3.2 Autonomia

A autonomia²²⁰ é o elemento ético da dignidade humana. É o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. A noção central aqui é a de autodeterminação: uma pessoa autônoma define as regras que vão reger a sua vida.²²¹ Em seção anterior, foi apresentada a concepção kantiana de autonomia, entendida como a vontade orientada pela lei moral (*autonomia moral*). Nesse tópico, o foco volta-se para a *autonomia pessoal*, que é valorativamente neutra e significa o livre exercício da vontade por cada pessoa, segundo seus próprios

219. V. Sam Roberts, An american rite: suspects on parade (bring a raincoat), *New York Times*, 20.05.2011, p. A17, mencionando que um “ex-Ministro da Justiça francês” teria dito que o comportamento da polícia foi “de uma brutalidade, violência e crueldade inacreditáveis”.

220. V. Robert Post, *Constitutional domains: democracy, community, management*, 1995, p. 1-10; Joseph Raz, op. cit., p. 155-156, 204 e 205, 369-381 e 400-415; Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs* cit., p. 4-19; John Christman e Joel Anderson (eds.), *Autonomy and the challenges to liberalism*, p. 1-19; Richard H. Fallon, Jr., Two senses of autonomy, *Stanford Law Review*, n. 46, p. 875, 1994; Beate Rossler, Problems with autonomy, *Hypatia*, n. 17, p. 143, 2002; Jack Crittenden, The social nature of autonomy, *The Review of Politics*, n. 55, p. 35, 1993; Robert Post, *Dignity, autonomy, and democracy*, working paper 2000-2011, publicado pelo Institute of Governmental Studies. Disponível em: [http://escholarship.org/uc/item/8h98x8h9#page-3].

221. Robert Post, *Dignity, autonomy, and democracy* cit., p. 3.

valores, interesses e desejos.²²² A autonomia pressupõe o preenchimento de determinadas condições, como a *razão* (a capacidade mental de tomar decisões informadas), a *independência* (a ausência de coerção, de manipulação e de privações essenciais) e a *escolha* (a existência real de alternativas). Note-se que no sistema moral kantiano a autonomia é a vontade que não sofre influências heterônomas e corresponde à ideia de liberdade.²²³ Contudo, na prática política e na vida social, a vontade individual é restringida pelo direito e pelos costumes e normas sociais.²²⁴ Desse modo, ao contrário da autonomia moral, a autonomia pessoal, embora esteja na origem da liberdade, corresponde apenas ao seu núcleo essencial. A liberdade tem um alcance mais amplo, que pode ser limitado por forças externas legítimas. Mas a autonomia é a parte da liberdade que não pode ser suprimida por interferências sociais ou estatais por abranger as decisões pessoais básicas, como as escolhas relacionadas com religião, relacionamentos pessoais e concepções políticas.

A autonomia, portanto, corresponde à capacidade de alguém tomar decisões e de fazer escolhas pessoais ao longo da vida, baseadas na sua própria concepção de bem, sem influências externas indevidas. Quanto às suas implicações jurídicas, a autonomia está subjacente a um conjunto de direitos fundamentais associados com o constitucionalismo democrático, incluindo as liberdades básicas (autonomia privada) e o direito à participação política (autonomia pública).²²⁵ Com a ascensão do Estado de bem-estar social, muitos países ao redor do mundo passaram a incluir, na equação que resulta em verdadeira e efetiva autonomia, o direito fundamental social a condições mí-

222. A distinção é explorada em Jeremy Waldron, *Moral Autonomy and Personal Autonomy*. In: John Christman and Joel Anderson (eds.), *Autonomy and the challenges to liberalism*, p. 307-29. Fallon divide a autonomia em autonomia descritiva (considerando o efeito de fatores causais externos sobre a liberdade individual) e autonomia adscritiva (representando a soberania de cada pessoa sobre as suas próprias escolhas morais particulares). V. Richard H. Fallon, Jr., *Two senses of autonomy*, *Stanford Law Review*, n. 46, p. 875, 1994.

223. Immanuel Kant, *Groundwork of the metaphysics of morals* cit., p. 52 (“O que, então, pode ser a liberdade da vontade que não a autonomia?”).

224. Robert Post, *Constitutional domains: democracy, community, management*, 1995, p. 1.

225. Essa distinção entre autonomia privada e pública é a pedra de toque da “abordagem reconstrutivista do direito” de Jürgen Habermas, o mais proeminente filósofo alemão contemporâneo. V. Jürgen Habermas, *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy* cit., p. 84-104.

nimas de vida (o mínimo existencial). Analisa-se brevemente, a seguir, cada uma dessas três categorias: autonomia privada, autonomia pública e mínimo existencial. A autonomia privada é o conceito-chave por trás das liberdades individuais, incluindo aquelas que nos Estados Unidos são normalmente protegidas sob o guarda-chuva da privacidade. Dessa forma, as liberdades de religião, expressão e associação, assim como os direitos sexuais e reprodutivos, são importantes manifestações da autonomia privada. É claro que da autonomia privada não derivam direitos absolutos.²²⁶ É importante relembrar que a autonomia está apenas no núcleo essencial das diferentes liberdades e direitos, não ocupando toda a sua extensão. Por exemplo: como resultado da sua liberdade de ir e vir, um indivíduo pode decidir onde fixar residência, uma escolha estritamente pessoal; do mesmo modo, ele pode decidir onde passar suas próximas férias. Mas se uma legislação ou regulação válida o proibir de visitar um determinado país – digamos, a Coreia do Norte ou o Afeganistão – não se poderia pensar, ao menos em princípio, que essa restrição represente uma violação à sua dignidade humana. Finalmente, podem existir colisões entre a autonomia de indivíduos diferentes,²²⁷ assim como entre a autonomia, de um lado, e a dignidade como valor intrínseco ou como valor comunitário, do outro.²²⁸ Assim, a autonomia privada, como um elemento essencial da dignidade humana, oferece um relevante parâmetro para a definição do conteúdo e do alcance dos direitos e liberdades, mas não dispensa o raciocínio jurídico da necessidade de sopesar fatos complexos e de levar em consideração normas aparentemente contraditórias, com a finalidade de atingir um equilíbrio adequado diante das circunstâncias.

A autonomia privada, como visto, significa autogoverno do indivíduo.²²⁹ Isso corresponde ao que Benjamin Constant chamou de “liberdade dos modernos”, baseada nas liberdades civis, no Estado de direito e na proteção

226. De fato, a liberdade de religião pode ser limitada na esfera pública; a liberdade de expressão pode sofrer restrições quando se trate, por exemplo, de publicidade comercial, e a liberdade de interromper a gravidez pode não prevalecer após certo ponto de desenvolvimento do feto.

227. Um exemplo: o direito de consumir um produto lícito, como um cigarro, vs. o direito de alguma outra pessoa de não se tornar um fumante passivo involuntário.

228. Como quando, por exemplo, a vontade do paciente de dar fim à sua própria vida é frustrada pelo dever do médico de proteger a vida ou pela percepção jurídico-social de que essa é uma decisão inaceitável.

229. John Christman e Joel Anderson (eds.), *Autonomy and the challenges to liberalism*, p. 14 (comparando as abordagens liberais e republicanas como uma di-

contra a interferência estatal abusiva.²³⁰ A autonomia pública, por sua vez, está ligada à “liberdade dos antigos”, uma liberdade *republicana*, associada com a cidadania e com a participação na vida política. Os gregos antigos viam a cidadania como uma obrigação moral e dedicavam uma parte substancial do seu tempo e da sua energia nos assuntos públicos, o que era facilitado pelo fato de os escravos realizarem a maior parte do trabalho.²³¹ Como a democracia é uma associação para o autogoverno,²³² ela exige uma relação mútua entre o cidadão individual e a vontade coletiva.²³³ Isso significa que cada cidadão tem o direito de participar do governo direta ou indiretamente. Nesse sentido, a autonomia pública implica nos direitos de votar, concorrer aos cargos públicos, ser membro de associações políticas, fazer parte de movimentos sociais e, particularmente, o direito às condições necessárias para participar do debate público. Idealmente, portanto, todas as leis que os indivíduos são obrigados a respeitar foram criadas com a sua participação, o que lhes assegura o *status* de indivíduos autônomos, e não o de meros súditos heterônomos.²³⁴ No que se refere à autonomia pública, uma importante decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos considerou que uma legislação do Reino Unido que negava aos presos o direito ao voto violava a Convenção Europeia de Direitos Humanos.²³⁵ Embora essa decisão tenha sido duramente questionada pelos membros do Parlamento Inglês,²³⁶ a Corte corretamente declarou que “os prisioneiros em geral continuam a gozar dos direitos funda-

visão “entre autonomia como autogoverno individualizado e autonomia como uma autolegislação coletiva instituída socialmente”).

230. Benjamin Constant, *The liberty of ancients compared with that of moderns*, 1816. Disponível em: [www.uark.edu/depts/comminfo/cambridge/ancients.html].

231. Idem.

232. Ronald Dworkin, *Is democracy possible here: principles for a new political debate*, 2006, p. XII.

233. Robert Post, *Dignity, autonomy, and democracy* cit., p. 8.

234. Idem, p. 9.

235. *V. Hirst vs. The United Kingdom*, 74025/01 [2005] ECHR 681, 42 EHRR 41, (2006) 42 EHRR 41. Também disponível em: [www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2005/681.html].

236. V. Molly M. Hofsomme, *The UK defies European Court of human rights by denying all prisoners the right to vote*, *The Human Rights Brief*, 23.04.2011. Disponível em: [http://hrbrief.org/2011/04/the-uk-defies-european-court-of-human-rights-by-denying-all-prisoners-the-right-to-vote/]. Acesso em: 14.12.2011.

mentais garantidos pela convenção [incluindo o direito ao voto], com exceção do direito à liberdade”.²³⁷

Por fim, insito à ideia de dignidade humana está o conceito de mínimo existencial,²³⁸ também chamado de mínimo social,²³⁹ ou o direito básico às provisões necessárias para que se viva dignamente.²⁴⁰ A igualdade, em sentido material ou substantivo, e especialmente a autonomia (pública e privada) são ideias dependentes do fato de os indivíduos serem “livres da necessidade” (*free from want*),²⁴¹ no sentido de que suas necessidades vitais essenciais sejam satisfeitas. Para serem livres, iguais e capazes de exercer uma cidadania responsável, os indivíduos precisam estar além de limiares mínimos de bem-estar, sob pena de a autonomia se tornar uma mera ficção. Isso exige o acesso a algumas prestações essenciais – como educação básica e serviços de saúde –, assim como a satisfação de algumas necessidades elementares, como alimentação, água, vestuário e abrigo. O mínimo existencial, portanto, está no núcleo essencial dos direitos sociais e econômicos, cuja existência como direitos realmente fundamentais – e não como meros privilégios dependentes do processo político – é bastante controversa em alguns países. A sindicabilidade judicial desses direitos é complexa e produz uma série de impasses em todos os lugares. Apesar dessas dificuldades, a ideia de direitos sociais

237. *V. Hirst vs. The United Kingdom*, 74025/01 [2005] ECHR 681, 42 EHRR 41, (2006) 42 EHRR 41. Também disponível em: [www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2005/681.html].

238. Essa é a tradução literal da expressão utilizada por autores e cortes alemãs (*Existenzminimum*). V. Robert Alexy, op. cit., p. 290 (“Difícilmente pode haver alguma dúvida de que o Tribunal Constitucional Federal a pressupõe existência de um direito constitucional ao mínimo existencial”).

239. John Rawls, *Political liberalism*, 2005, p. 228 e 229 (“(...) [U]m mínimo social para as necessidades básicas de todos os cidadãos é também essencial (...).”).

240. Jürgen Habermas, *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy* cit., p. 123 (“Direitos básicos para prover as condições de vida que são socialmente, tecnologicamente e ecologicamente garantidas”).

241. No seu discurso sobre o Estado da União, de 14.01.1941, o presidente Franklin D. Roosevelt propôs quatro liberdades que as pessoas “de todos os lugares do mundo” deveriam desfrutar, o que incluía a liberdade de expressão (*freedom of speech*), liberdade de culto (*freedom of worship*), liberdade das necessidades (*freedom from want*) e liberdade do medo (*freedom from fear*). V. o texto integral do discurso em: [http://americanrhetoric.com/speeches/PDFFiles/FDR%20-%20Four%20Freedoms.pdf]. Acesso em: 15.06.2011.

mínimos que podem ser efetivados pelo Judiciário, não sendo inteiramente dependentes da ação legislativa, foi aceita pela jurisprudência de diversos países, incluindo Alemanha,²⁴² África do Sul²⁴³ e Brasil.²⁴⁴

Nos Estados Unidos, a questão foi levantada pela primeira vez em um famoso discurso do presidente Franklin Delano Roosevelt²⁴⁵ e na sua proposta subsequente de uma “segunda *Bill of Rights*”, apresentada em 11.01.1944, que contém menção expressa aos direitos à alimentação adequada, vestuário, moradia decente, educação e cuidados médicos.²⁴⁶ Embora Roosevelt acreditasse que a implementação dessa segunda geração de direitos fosse um dever do Congresso e não do Judiciário, Cass Sunstein defendeu convincentemente que, em casos julgados entre o início da década de 1940 e os primeiros anos da década de 1970,²⁴⁷ uma série de decisões da Suprema Corte chegou muito

242. V. 1 BVerfGE 97, 104 et seq. (1951); 1 BVerwGE 159, 161 (1954); 25 BVerwGE 23, 27 (1966); 40 BVerfGE 121, 134 (1975); e 45 BVerfGE 187 (229) (1977).

243. O caso *Grootboom* envolvia o acesso a condições adequadas de moradia (*The Government of the Republic of South Africa and others vs. Irene Grootboom and others*) (CCT38/00) [2000] ZACC 14; 2011 (7) BCLR 651 (CC) (21.09.2000); O caso *Mazibuko* dizia respeito ao acesso a quantidades suficientes de água (*Mazibuko and Others vs. City of Johannesburg and Others*) (CCT 39/09) [2009] ZACC 28; 2010 (3) BCLR 239 (CC); 2010 (4) SA 1 (CC); 2011 (7) BCLR 651 (CC) (08.10.2009).

244. No Brasil, existem precedentes relacionados com o acesso à educação (STF, RE 410.715/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJ 03.02.2006); a serviços de saúde e medicamentos (STF, Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE, rel. Min. Gilmar Mendes (presidente), DJ 29.04.2010; e com ações afirmativas em favor de pessoas portadoras de deficiências (STF, ADIn 2.649/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 17.10.2008).

245. V. nota 241, supra.

246. A proposta foi também apresentada em um Discurso sobre o Estado da União, quando ele anunciou um plano para uma declaração de direitos (*Bill of Rights*) sociais e econômicos.

247. Cass Sunstein, *The second bill of rights: FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever*, 2004, p. 154 e ss., citando casos como *Griffin vs. Illinois*, 351 U.S. 12 (1956) (sustentando que a cláusula da igual proteção exige que o Estado forneça as transcrições dos julgamentos sem nenhum custo para as pessoas pobres que desejem recorrer de suas condenações criminais), *Gideon vs. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963) (estabelecendo que cabe aos estados fornecer advogados para os réus de processos penais que não tenham condições de pagar por um), *Douglas vs. California*, 372 U.S. 353 (1963) (sustentando que aos

perto de reconhecer alguns direitos sociais e econômicos como verdadeiros direitos constitucionais. Segundo Sunstein, uma contrarrevolução ocorreu após Richard Nixon ter sido eleito presidente em 1968, notadamente por causa de suas indicações para a Suprema Corte.²⁴⁸ Como consequência, a jurisprudência da Corte ficou mais alinhada com a visão tradicional dominante no Direito americano, segundo a qual os direitos fundamentais não conferem aos seus titulares direitos a prestações estatais positivas. Mais recentemente, a Reforma da Saúde de 2010 reacendeu esse debate. O ponto de vista defendido nesse trabalho é que o mínimo existencial está no cerne da dignidade humana, e que a autonomia não pode existir onde as escolhas são ditadas apenas por necessidades pessoais.²⁴⁹ Desse modo, portanto, aos muito pobres deve ser conferida proteção constitucional.²⁵⁰

3.3.3 Valor comunitário

O terceiro e último elemento, a dignidade humana como *valor comunitário*, também chamada de dignidade como restrição ou dignidade como heteronomia, representa o elemento social da dignidade. Os contornos da dignidade humana são moldados pelas relações do indivíduo com os outros, assim como com o mundo ao seu redor. A autonomia protege a pessoa de se tornar apenas mais uma engrenagem do maquinário social. Contudo, como na famosa passagem de John Donne, “nenhum homem é uma ilha, completa em si mesma”.²⁵¹ A expressão valor comunitário, que é bastante ambígua,

indigentes deve ser assegurado aconselhamento jurídico sobre as possibilidades de recurso de uma condenação criminal), *Shapiro vs. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969) (no qual a Corte invalidou uma lei estadual que impôs um período de espera de um ano para que recém-chegados ao estado pudessem requerer benefícios sociais) e *Goldberg vs. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970) (estabelecendo que o encerramento da prestação de benefícios sociais sem uma audiência prévia violou a cláusula do devido processo legal).

248. Cass Sunstein, op. cit., p. 154 e 163.

249. Joseph Raz, op. cit., p. 155 (“Suas escolhas [dos agentes] não devem ser ditadas por necessidades pessoais”).

250. Dworkin, *Is democracy possible here: principles for a new political debate*, 2006, p. 8 (“Os muito pobres deveriam ser considerados, do mesmo modo como uma minoria e uma raça vítima de discriminação, como uma classe com direito a especial proteção constitucional”).

251. V. John Donne, *Devotions upon emergent occasions*, 1624. Disponível em: [www.ccel.org/ccel/donne/devotions.iv.iii.xvii.i.html]. (Meditação XVII: “Nenhum

é usada aqui, por convenção, para identificar duas diferentes forças exógenas que agem sobre o indivíduo: (1) os compromissos, valores e “crenças compartilhadas”²⁵² de um grupo social e (2) as normas impostas pelo Estado. O indivíduo, portanto, vive dentro de si mesmo, de uma comunidade e de um Estado. Sua autonomia pessoal é restringida por valores, costumes e direitos de outras pessoas tão livres e iguais quanto ele, assim como pela regulação estatal coercitiva. Autonomia, comunidade e Estado. Em um interessante livro, Robert Post identificou, de modo similar, três formas distintas de ordem social: comunidade (“um mundo compartilhado de fé e destino comuns”), administração (a organização instrumental da vida social através do direito para alcançar objetivos específicos) e democracia (um arranjo que incorpora o objetivo da autodeterminação individual e coletiva).²⁵³ Essas três formas de ordem social pressupõem e dependem umas das outras, mas estão também em constante tensão.²⁵⁴

A dignidade como valor comunitário enfatiza, portanto, o papel do Estado e da comunidade no estabelecimento de metas coletivas e de restrições sobre direitos e liberdades individuais em nome de certa concepção de vida boa. A questão relevante aqui é saber em quais circunstâncias e em que grau essas ações devem ser consideradas legítimas em uma democracia constitucional. A máxima liberal de que o Estado deve ser neutro em relação às diversas concepções de bem em uma sociedade pluralista²⁵⁵ não é incompatível, obviamente, com restrições resultantes da necessária coexistência entre diferentes pontos de vista e de direitos potencialmente conflitantes. Tais interferências, porém, devem ser justificadas sobre as bases

homem é uma ilha, completa em si mesma; cada homem é um pedaço do continente, uma parte do todo (...) a morte de cada homem me diminui, porque eu estou envolvido pela humanidade e, portanto, nunca perguntes por quem os sinos doam; eles doam por ti”). Ou, em versão nacional, inspirada por Vinicius de Moraes, *bastar-se a si mesmo é a maior solidão*. V. Vinicius de Moraes, “A maior solidão é a do ser que não ama”. Disponível em: [www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/vinicius_de_moraes_a_maior_solidao_e_a_do_ser_que_nao_ama.pdf].

252. Philip Selznick, *The moral commonwealth: social theory and the promise of community*, 1992, p. 358.

253. Robert Post, *Constitutional domains: democracy, community, management* cit., p. 2-3 e 15.

254. Idem, p. 2.

255. V. Ronald Dworkin, *A matter of principle*, 1985, p. 183 e 191.

de uma ideia legítima de justiça, de um *consenso sobreposto*,²⁵⁶ que possa ser compartilhado pela maioria dos indivíduos e grupos. O valor comunitário, como uma restrição sobre a autonomia pessoal, busca sua legitimidade na realização de três objetivos: (1) a proteção dos direitos e da dignidade de terceiros; (2) a proteção dos direitos e da dignidade do próprio indivíduo; e (3) a proteção dos valores sociais compartilhados. Nos seus estudos sobre bioética e biodireito, Beylvelde e Brownsword exploraram em profundidade essa concepção de “dignidade humana como restrição”, centrada nas noções de deveres e responsabilidades, em oposição à “dignidade humana como empoderamento”, que essencialmente se refere a direitos.²⁵⁷

Não é difícil compreender e justificar a existência de um conceito como a dignidade como valor comunitário, que faz parte do conteúdo e delinea os contornos da dignidade humana, ao lado do valor intrínseco e da autonomia. Os objetivos que ele busca alcançar são legítimos e desejáveis, caso as suas linhas sejam corretamente traçadas. O problema crítico aqui são os riscos envolvidos. Quanto ao seu primeiro objetivo – proteção dos direitos e da dignidade de terceiros –, qualquer sociedade civilizada impõe sanções cíveis e criminais para salvaguardar valores e interesses relativos à vida, integridade física e psíquica, propriedade e costumes, entre outros. Não há dúvida, portanto, que a autonomia pessoal pode ser restringida para impedir comportamentos nocivos, seja em nome da noção de *princípio do dano*, desenvolvida por John Stuart Mill,²⁵⁸ ou então do conceito mais amplo de *princípio da ofensa*, defendido por Joel Feinberg.²⁵⁹ É verdade que o poder de punir pode

256. “Consenso sobreposto” é uma expressão cunhada por John Rawls que identifica as ideias básicas de justiça capazes de ser compartilhadas por defensores de diferentes doutrinas abrangentes, sejam religiosas, políticas ou morais. V. John Rawls, *The idea of overlapping consensus*, *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 7, p. 1, 1987.

257. Deryck Beylvelde e Roger Brownsword, *Human dignity in bioethics and biolaw*, 2001, p. 29-46 e 65; Deryck Beylvelde e Roger Brownsword, *Human dignity, human rights, and human genetics*, *The Modern Law Review*, n. 61, 1998. “Empoderamento”, tradução literal de *empowerment*, não se encontra dicionarizada nem no Aurélio (1999) nem em Houaiss (2001). Seu significado é o de atribuição de poderes, investidura em direitos.

258. John Stuart Mill, *On liberty*, 1874, p. 21-22, expressa a visão liberal clássica de que o limite legítimo da autoridade do Estado encontra-se na noção de dano e na sua prevenção.

259. Joel Feinberg, *Offense to others*, 1985, p. 1. Feinberg argumenta que o princípio do dano não é suficiente para proteger os indivíduos contra os comportamentos

ser empregado de uma forma abusiva ou desproporcional, o que frequentemente acontece. Mas a sua necessidade, mesmo nas sociedades mais liberais, não é contestada. Os outros objetivos – proteção do próprio indivíduo e dos valores sociais compartilhados –, contudo, implicam em graves riscos de paternalismo²⁶⁰ e moralismo.²⁶¹ É amplamente reconhecido que algum grau de paternalismo é aceitável,²⁶² mas os limites de tal interferência devem ser definidos com bastante cuidado para que ela seja considerada legítima. Quanto ao moralismo, também é aceitável que uma sociedade democrática possa empregar seu poder coercitivo para fazer valer alguns valores morais e metas coletivas.²⁶³ Mas também nesse caso, e por razões ainda mais fortes, os limites devem ser adequadamente ajustados para evitar o grave risco do majoritarismo moral, que é uma manifestação de tirania da maioria.²⁶⁴ A legitimidade e os limites relacionados com a proteção da “moralidade compartilhada” foram objeto de um importante debate entre Patrick Devlin e H. L. A. Hart.²⁶⁵

A dignidade como valor comunitário, frequentemente inspirada por motivações paternalistas e moralistas, tem servido de fundamento para diver-

nocivos dos outros e desenvolveu um conceito mais abrangente de “princípio da ofensa”, sustentando que impedir o choque, a repugnância, o constrangimento e outros estados mentais desagradáveis também são uma razão relevante para justificar a proibição legal.

260. Gerald Dworkin define o paternalismo como “a interferência de um Estado ou indivíduo sobre outra pessoa contra a sua vontade, defendida ou motivada com a justificativa de que a pessoa cuja vontade foi restringida ficará em melhor situação ou será mais bem protegida de algum dano”. V. Gerald Dworkin, *Paternalism*. In: Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2010 Edition). Disponível em: [http://plato.stanford.edu/archives/sum2010/entries/paternalism/].
261. A defesa mais conhecida do moralismo jurídico se encontra em Patrick Devlin, *The enforcement of morals*, 1965, p. 10.
262. Os exemplos frequentemente citados são a educação compulsória para as crianças e o uso de cintos de segurança para motoristas e de capacetes para motociclistas. V. Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs* cit., p. 336.
263. Para mencionar alguns exemplos que contam com grau razoável de consenso, considere-se a proibição de drogas pesadas, um grau justo de proteção ambiental e a proibição de crueldade contra animais. Sobre o tema v. Michael Sandel, *Justice*, 2009, especialmente p. 244-269.
264. John Stuart Mill, op. cit., p. 13.
265. H. L. A. Hart, *Law, liberty and morality*, 1963, p. 5 e 50; e Patrick Devlin, op. cit., p. 10.

sas decisões judiciais mundo afora. Uma das mais famosas dessas decisões ocorreu no *caso do arremesso de anão*. O prefeito de uma cidade próxima de Paris proibiu uma atração de casas noturnas conhecida como *lancer de nain*, na qual um anão, equipado com aparelhos de proteção, era lançado a curtas distancias pelos fregueses do estabelecimento. O caso chegou até o *Conseil d'État* (Conselho de Estado), que considerou a proibição legítima, com base na defesa da ordem pública e da dignidade humana.²⁶⁶ O anão se opôs à proibição em todas as instâncias e levou o caso até a Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, que não considerou a proibição como abusiva.²⁶⁷ Uma outra decisão bastante conhecida foi a do *caso do peep show*, julgado pelo Tribunal Administrativo Federal da Alemanha.²⁶⁸ O Tribunal manteve uma negação de licença para a realização de uma atração na qual uma mulher faz *strip-tease* diante de um cliente situado em uma cabine individual. Com o pagamento, o palco fica visível para o cliente, mas a mulher permanece sem poder vê-lo. A licença foi recusada com a justificativa de que a atração afrontava valores morais, uma vez que violaria a dignidade das mulheres ao reduzi-las à condição de mero objeto.²⁶⁹ Um terceiro caso envolveu a perseguição penal de um grupo de pessoas no Reino Unido, acusadas de estupro e lesão corporal durante *encontros sadomasoquistas*. Embora essas atividades tenham sido consensuais e ocorridas em locais privados, a Câmara dos Lordes considerou que a existência de consenso não era uma defesa satisfatória diante da ocorrência de danos físicos concretos.²⁷⁰ A Corte

266. *Conseil d'État*, Decisão 136727, 27.10.1985. Ver também Long et al, *Le grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 1996, p. 790 e ss.
267. Comissão de Direitos Humanos, *Wackenheim vs. France*, CCPR/C/75/D/854/1999, 15.07.2002. A decisão tem sido mundialmente criticada com base no argumento de que a dignidade como autonomia deveria ter prevalecido. V. Dominique Rousseau, op. cit., p. 66-68; e Stéphanie Hennette-Vauchez, When ambivalent principles prevail: leads for explaining western legal orders' infatuation with the human dignity principle, *Legal Ethics*, n. 10, p. 193, 206-208, 2007.
268. 4 BVerwGE 274 (1981).
269. Idem. Em uma rejeição completa do argumento da autonomia, o Tribunal declarou que o fato de a mulher ter agido voluntariamente não excluía a violação.
270. *Laskey, Jaggard, and Brown vs. The United Kingdom*. [1997] Caso 109/1995/615/703-705. Disponível em: [http://worldlii.org/eu/cases/ECHR/1997/4.html]. A decisão foi tomada por maioria. A posição vencida sustentou, contrariamente, que “os adultos eram capazes de consentir com atos

Europeia de Direitos Humanos, por sua vez, declarou que não houve violação à Convenção.

Existem diversas questões moral e juridicamente controvertidas no que se refere ao valor comunitário. Uma delas diz respeito à prostituição. Na África do Sul, uma Corte Constitucional dividida declarou a constitucionalidade de uma lei que criminalizava a “conjunção carnal mediante pagamento”.²⁷¹ No Canadá, a Suprema Corte confirmou um dispositivo do Código Penal que proibia as comunicações em público para fins de prostituição, um tema distinto, mas estreitamente relacionado.²⁷² Ambas as Cortes mantiveram proibições contra bordéis e casas libidinosas. Adotando uma perspectiva diversa, a Corte Constitucional da Colômbia considerou a prostituição como um fenômeno social tolerado, as prostitutas como um grupo historicamente estigmatizado merecedor de proteção especial, e também que o trabalho sexual voluntário, subordinado e remunerado por um dono de bar, constitui um contrato de trabalho *de facto*.²⁷³ Outro assunto polêmico, que problematiza os limites adequados entre a dignidade como autonomia e a dignidade modelada por forças heterônomas, corresponde à descriminalização das drogas. Essa questão foi amplamente discutida em decisão proferida por uma dividida Suprema Corte do Canadá, que acabou por declarar que o Parlamento poderia validamente criminalizar e punir com a prisão a posse de maconha.²⁷⁴ Alguns

realizados em caráter privado que não resultassem em lesão corporal grave” e criticou o “paternalismo” da Corte.

271. *Jordan and Others vs. State* (CCT 31/01) [2002] ZACC. Disponível em: [www.saflii.org/za/cases/ZACC/2002/22.html]. A minoria ressaltou, no entanto, que a lei constituía uma discriminação injusta contra as mulheres, ao fazer da prostituta o infrator primário e considerar o cliente, no máximo, como um cúmplice.
272. Reference re ss. 193 and 195.1(1)(C) of the criminal code (Man.), [1990] 1 S.C.R. 1123. Disponível em: [http://scc.lexum.org/en/1990/1990scr1-1123/1990scr1-1123.html].
273. Corte Constitucional da Colômbia. *Sentencia T-62910. Lais vs. Bar Discoteca Pandemo*. Disponível em: [www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-629-10.htm]. Ao fim e ao cabo, a discussão principal é saber se a prostituição é uma questão de autonomia pessoal e, portanto, deve ser constitucionalmente protegida ou se, diversamente, é uma questão que deve ser primariamente tratada pelo legislador ordinário.
274. *R. vs. Malmo-Levine; R. vs. Caine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74. Três juízes discordaram, ressaltando que o dano causado aos outros pelo consumo de maconha não é significativo e não justifica a pena de prisão, que o dano a si mesmo

países adotaram uma política de descriminalização,²⁷⁵ que tem sido defendida por diversos líderes mundiais, particularmente no que diz respeito às chamadas drogas “leves”.²⁷⁶ O *hate speech* representa outra questão sensível e complexa. Na maioria dos países democráticos o discurso que visa à depreciação de indivíduos ou grupos vulneráveis por motivos de raça, etnia, cor, religião, gênero e orientação sexual, entre outros, não é aceitável e não está dentro do âmbito de proteção da liberdade de expressão. Os Estados Unidos, nesse caso em particular, constituem uma exceção solitária.²⁷⁷

A imposição coercitiva de valores externos, excepcionando o pleno exercício da autonomia em nome de uma dimensão comunitária da dignidade humana, nunca é trivial. Ela exige fundamentação adequada, que deve levar em conta três elementos: (a) a existência ou não de um direito fundamental sendo atingido; (b) o dano potencial para outros e para a própria pessoa; e (c) o grau de consenso social sobre a matéria. No caso da verificação da presença de um direito fundamental, é pertinente fazer uma distinção entre duas diferentes visões e as suas respectivas terminologias. Alguns autores reconhecem a existência de um *direito geral à liberdade*, ao lado das liberdades expressas e específicas, como a liberdade de religião e de expressão, entre outras.²⁷⁸

não deveria ser punido criminalmente e que os danos causados pela proibição da maconha superam amplamente os benefícios.

275. Por exemplo, Holanda, Portugal e Austrália. V. Brian Vastag, 5 years after: Portugal's Drug Decriminalization Policy Shows Positive Results, *Scientific American*, 07.04.2009. Disponível em: [www.scientificamerican.com/article.cfm?id=portugal-drug-decriminalization]. Para uma pesquisa sobre outros países, v. Drug Liberalization, Wikipedia. Disponível em: [http://en.wikipedia.org/wiki/Drug_liberalization].
276. Como ex-Presidentes do Brasil, Colômbia, México e Suíça, o ex-Primeiro-Ministro da Grécia, o ex-Secretário Geral da ONU Kofi Annan, George Shultz e Paul Volcker, entre outros. V. *Global Commission on Drug Policy* em: [www.globalcommissionondrugs.org].
277. Para uma reflexão sobre o conflito entre liberdade de expressão e igualdade, v. Martha Minow, Equality under the bill of rights. In: Michal J. Meyer & William A. Parent (eds.), *The constitution of rights, human dignity and american values*, 1992, p. 125. V. também Frederick Schauer, *The Exceptional First Amendment* (fevereiro de 2005). KSG Working Paper RWP05-021. Disponível em: [http://ssrn.com/abstract=668543] ou [doi:10.2139/ssrn.668543].
278. Robert Alexy, op. cit., p. 224. Alexy baseia-se na ideia de *legalidade*, que é dominante na maioria dos países da tradição do *civil law*, significando que todas as pessoas podem fazer qualquer coisa que não é proibida por normas válidas.

O direito geral à liberdade significa uma liberdade de ação geral que pode, contudo, ser limitada por qualquer norma legal que seja compatível com a Constituição. As restrições sobre esse direito geral exigem apenas uma base racional, um interesse legítimo do Estado ou uma meta coletiva. Alguns outros autores, particularmente Ronald Dworkin, empregam um conceito mais restrito de *liberdade básica* – e não geral – que corresponde aos “direitos morais”; estes são os direitos substantivos verdadeiramente fundamentais. As liberdades básicas devem ser tratadas como *trunfos*²⁷⁹ contra decisões majoritárias, e as restrições sobre elas devem passar por um escrutínio mais estrito. Desse modo, a liberdade geral pode ser amplamente limitada, enquanto as liberdades básicas normalmente devem prevalecer sobre as metas coletivas em todas as situações que não as excepcionais.²⁸⁰

O risco de causar dano aos outros normalmente constitui uma base razoável para a limitação da autonomia pessoal. É amplamente reconhecido, nos dias de hoje, que o uso da formulação de Mill sobre do princípio do dano como a única justificativa para a interferência estatal na liberdade do indivíduo “pode ser excessivamente simplista”²⁸¹ e que “uma variedade de critérios”²⁸² vai determinar quando a liberdade pode ser restringida. Mas a ideia de dano aos outros confere à restrição uma justa presunção legitimidade. O dano a si mesmo pode também constituir uma base aceitável para a limitação da autonomia pessoal, como anteriormente mencionado, mas nesse caso o ônus de comprovar a sua legitimidade vai usualmente recair sobre o Estado, uma vez que o paternalismo deve normalmente levantar suspeitas. Finalmente, a limitação da autonomia pessoal fundamentada na moral pública exige um consenso social forte. A proibição da pornografia infantil – mesmo no caso de representações gráficas, sem uma criança real envolvida – e a interdição do incesto são sérios candidatos a esse consenso. Porém, em uma sociedade democrática e pluralista, sempre existirão desacordos morais. Questões como pena de morte, aborto e uniões homoafetivas serão, invari-

279. Ronald Dworkin, Rights as trumps. In: Jeremy Waldron (ed.), *Theories of rights*, 1984, p. 153.

280. Ronald Dworkin, *Taking rights seriously* cit., p. 92. Para uma discussão esclarecedora sobre as visões do direito geral à liberdade e das liberdades fundamentais, v. Letícia de Campos Velho Martel, *Direitos fundamentais indisponíveis*, 2011, p. 94 e ss.

281. H. L. A. Hart, *Morality and the law*, 1971, p. 51.

282. Idem, *ibidem*

velmente, controvertidas. Uma breve reflexão sobre esse tema se faz necessária antes de encerrar a presente seção.²⁸³

Nem mesmo os adeptos do realismo moral, que acreditam que as proposições morais podem ser verdadeiras ou falsas – uma questão altamente controvertida no debate filosófico – defendem que sua crença seja aplicável para todas as verdades morais.²⁸⁴ Portanto, sempre existirão desacordos morais, no sentido de que em muitas situações não há uma verdade moral objetiva. Apesar das suas diferentes visões, os cidadãos devem coexistir e cooperar, unidos por uma estrutura básica de direitos e liberdades. O papel do Estado ao interpretar os valores comunitários é acolher aqueles que são mais genuinamente compartilhados pelas pessoas e evitar, sempre que possível, escolher lados em disputas moralmente divisivas.²⁸⁵ Uma boa razão para essa abstenção é que permitir que um grupo imponha suas concepções morais sobre outros representa uma afronta ao ideal segundo o qual todos os indivíduos são livres e iguais. Certamente existem questões políticas controversas que deverão ser definidas pela maioria, como as escolhas envolvendo proteção ambiental e desenvolvimento econômico, a utilização de energia nuclear ou os limites para a ação afirmativa. Mas as questões *verdadeiramente morais* não deveriam ser decididas pela maioria. A maioria, por exemplo, não tem o direito de definir a relação sexual entre pessoas do mesmo sexo como crime, ao contrário do que admitiu a Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Bowers vs. Hardwick*.²⁸⁶ É claro que haverá hipóteses em que não será fácil traçar uma linha entre o que é político e o que é verdadeiramente moral e, de fato, muitas vezes os dois domínios vão se sobrepor. Mas sempre que uma questão moral significativa estiver presente, a melhor atitude que o Estado pode tomar é estabelecer um regime jurídico que permita aos indivíduos dos dois lados em

283. Sobre realismo moral e desacordo moral, v. Folke Tersman, *Moral disagreement*, 2006; Arthur Kuflik, Liberalism, legal moralism and moral disagreement, *Journal of Applied Philosophy*, n. 22, p. 185, 2005; e David Enoch, How is moral disagreement a problem for realism, *Journal of Ethics*, n. 13, p. 15, 2009.

284. David Enoch, op. cit., p. 16.

285. Robert Post, *Constitutional domains: democracy, community, management* cit., p. 4.

286. 478 U.S. 186 (1986). A crítica a essa decisão foi o ponto de partida para um esclarecedor artigo de Frank Michelman, considerado um texto canônico sobre “a segunda onda de estudos jurídicos republicana” (David Kennedy e William Fisher III, 14 *The Canon of American Legal Thought*, 2006, p. 781). V. Frank Michelman, Law’s Republic, *Yale Law Journal*, n. 97, p. 1493, 1988.

disputa exercerem a sua autonomia pessoal. Em tais situações o campo de batalha deve permanecer dentro do domínio das ideias e do convencimento racional. Na próxima seção, algumas dessas ideias serão aplicadas a um conjunto de casos controvertidos.

4. UTILIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA PARA A ESTRUTURAÇÃO DO RACIOCÍNIO JURÍDICO NOS CASOS DIFÍCEIS

4.1 Aborto

A interrupção voluntária da gravidez é uma questão moral altamente controvertida em todo o mundo. As legislações dos diferentes países vão da criminalização e da proibição completa até o acesso praticamente irrestrito ao aborto. É notório que as taxas de aborto nos países onde esse procedimento é permitido são muito semelhantes àquelas encontradas nos países em que ele é ilegal. Na verdade, a principal diferença entre os países que escolheram criminalizar essa prática e aqueles que a permitem é a taxa de incidência de abortos arriscados ou com pouca segurança.²⁸⁷ A criminalização também tem sido vista como uma discriminação *de facto* contra mulheres pobres, que precisam recorrer a métodos primitivos de interrupção da gestação devido à falta de acesso à assistência médica, pública ou privada. O aborto, principalmente durante o primeiro trimestre, tem sido amplamente eliminado dos códigos penais, começando com o Canadá em 1969, Estados Unidos em 1973²⁸⁸ e França em 1975. Diversos outros países seguiram essa tendência, incluindo Austrália (1975), Nova Zelândia (1977), Itália (1978), Holanda (1980) e Bélgica (1990). Na Alemanha, uma decisão judicial de 1993, a despeito de sua ambiguidade, levou à descriminalização do aborto durante o primeiro trimestre, desde que certas condições sejam satisfeitas. A verdade é que a maioria dos países desenvolvidos do Atlântico Norte descriminalizou o aborto durante os primeiros estágios da gestação, tornando a proibição total uma medida que prevalece apenas nos países em desenvolvimento. A Igreja Ca-

287. V. Susan A. Cohen, New data on abortion incidence, safety illuminate key aspects of worldwide abortion debate, *Guttmacher Policy Review*, n. 10. Disponível em: [www.guttmacher.org/pubs/gpr/10/4/gpr100402.html].

288. Nos Estados Unidos, o voto majoritário em *Casey* (1992) reviu a regra de *Roe* que conferia prioridade para o interesse da mulher durante o primeiro trimestre e substituiu o teste do escrutínio estrito, que é o teste padrão em temas de direitos fundamentais, pelo teste menos rigoroso do “ônus indevido”.

tólica e muitas Igrejas Evangélicas fortemente se opõem ao aborto, baseadas na crença de que a vida se inicia na concepção e deve permanecer inviolável desde esse momento. Todavia, muitas pessoas que acreditam que o aborto é moralmente condenável são a favor da sua descriminalização por razões filosóficas ou pragmáticas. Os próximos parágrafos discutem a relação entre o aborto e a dignidade humana, levando em consideração o valor intrínseco, a autonomia e o valor comunitário, além dos direitos e deveres associados com cada um desses elementos.

No plano do valor intrínseco, o debate sobre o aborto representa uma colisão entre valores e direitos fundamentais. Para aqueles que acreditam que o feto deve ser tratado como uma vida humana que se inicia com a fecundação – premissa admitida apenas para fins de argumentação – o aborto claramente configura uma violação do direito à vida do feto. Esse é o principal argumento subjacente ao movimento pró-vida, servindo de fundamento para a conclusão de que o aborto é moralmente errado. Por outro lado, a gravidez e o direito de interrompê-la possuem implicações sobre a integridade física e psíquica da mulher, sobre o poder de controlar o seu próprio corpo. Além disso, o aborto também deve ser considerado como uma questão de igualdade,²⁸⁹ pois como apenas as mulheres carregam o ônus integral da gravidez, o direito de interrompê-la coloca-as em uma posição equivalente ao dos homens. Portanto, no que se refere à dignidade humana entendida como valor intrínseco, há apenas um direito fundamental favorecendo a posição antiaborto – o direito à vida – contraposto por dois direitos fundamentais favorecendo o direito de escolha da mulher – a integridade física e psíquica e a igualdade.²⁹⁰

289. Como Robin West escreveu, o “fundamento moral preferencial do direito ao aborto” mudou da “privacidade médica e conjugal, para a igualdade das mulheres, para a liberdade individual ou dignidade, seguindo um ciclo”. V. Robin West, From choice to reproductive justice: de-constitutionalizing abortion rights, *Yale Law Journal*, n. 118, p. 1394 e 1396, 2009.

290. Para uma análise cuidadosa do uso da dignidade no contexto do aborto v. Reva Siegel, Dignity and politics of protection: abortion restriction under *Casey/Carhart*, *Yale Law Journal*, n. 117, p. 1694 e 1736-1745, 2008. A autora compara a decisão de *Casey*, na qual a dignidade foi invocada como uma razão para a proteção do direito da mulher optar pelo aborto, com a decisão de *Carhart*, em que a dignidade foi invocada como uma razão para restrições ao aborto com base na proteção da mulher. O artigo critica a última decisão e a considera um exemplo de “paternalismo de gênero” e de “estereótipos inconstitucionais sobre o papel e a capacidade das mulheres” (p. 1773 e 1796).

No que diz respeito à *autonomia*, é importante refletir sobre o papel que a autodeterminação desempenha no contexto do aborto. Os indivíduos devem ser livres para tomarem decisões e fazerem escolhas pessoais básicas a respeito das suas próprias vidas. O *direito à privacidade*, conforme definido pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos nas decisões sobre aborto, tem sido descrito como “o princípio que exige tolerância pública para uma escolha autônoma e autorreferencial”.²⁹¹ Está dentro dos limites da autonomia da mulher e, portanto, da essência da sua liberdade básica, decidir por si mesma quanto à realização ou não de um aborto. A vontade da mãe de interromper sua gravidez poderia ser contraposta por uma hipotética vontade de nascer do feto. Duas objeções podem ser feitas a essa linha de pensamento. A primeira objeção é que, embora o valor intrínseco do feto tenha sido presumido no parágrafo anterior, pode ser mais difícil reconhecer sua autonomia, devido ao fato de ele não possuir nenhum grau de autoconsciência. Mas mesmo que esse argumento pudesse ser suplantado, ainda haveria outro. Como o feto depende da mãe, mas não o contrário, se a “vontade de nascer” do feto prevalecesse, a mãe seria totalmente instrumentalizada por esse projeto. Em outras palavras, se a mulher fosse forçada a manter o feto, ela se transformaria em um meio para a satisfação de outra vontade e não seria tratada como um fim em si mesma.

Finalmente, no plano do valor comunitário, é necessário determinar se a autonomia, nesse caso, pode ser restringida em nome de (1) valores compartilhados pelo grupo social ou (2) interesses estatais impostos por normas jurídicas. O aborto é, inequivocamente, a questão moral mais controversa do debate público contemporâneo. Como mencionado acima, muitos países na Europa e na América do Norte têm descriminalizado o aborto durante os primeiros estágios da gestação. Por outro lado, a maioria dos países da África (com exceção da África do Sul) e da América Latina impõem severas restrições ao aborto, independentemente da fase da gravidez. O fato de importantes e respeitáveis grupos religiosos serem contrários ao aborto, com base nos seus dogmas e na sua fé, não supera a objeção de que esses são argumentos que não encontram espaço nos domínios da razão pública.²⁹² Sendo esse o caso, não se pode considerar que exista um consenso social significativo sobre essa matéria. De fato, a única conclusão claramente perceptível é

291. Anita L. Allen, *Autonomy's magic wand: abortion and constitutional interpretation*, *Boston University Law Review*, p. 683 e 690, 1992.

292. V. nota 186.

que o aborto representa um ponto de grande desacordo moral na sociedade contemporânea. Em circunstâncias como essa, o papel adequado do Estado não é tomar partido e impor uma visão, mas permitir que os indivíduos realizem escolhas autônomas. Em outras palavras, o Estado deve valorizar a autonomia individual e não o moralismo jurídico. Como a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou no caso *Roe vs. Wade*, o interesse do Estado na proteção da vida pré-natal e na saúde da mãe não supera o direito fundamental da mulher realizar um aborto. Existem outros dois fortes argumentos em favor da legalização. O primeiro é a dificuldade em efetivar a proibição, como mostram as estatísticas.²⁹³ O segundo é o impacto discriminatório que a criminalização do aborto tem sobre as mulheres pobres.²⁹⁴ A descriminalização não impede as forças sociais que se opõem ao aborto de defenderem as suas concepções e de procurarem convencer as pessoas a não realizá-lo. E, de fato, é comum, mesmo em países nos quais o aborto é legalizado, que grupos sociais se mobilizem para desencorajar mulheres que queiram interromper suas gestações.²⁹⁵

4.2 União homoafetiva

O reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas é outra questão moral altamente controversa em todo o mundo. Apesar disso, a evolução da opinião pública sobre essa matéria tem sido veloz e a resistência à mudança vem perdendo força, principalmente quando comparada com a persistente situação de impasse observada no caso do aborto. Na verdade, a discrimi-

293. De acordo com a Organização Mundial da Saúde, 21,6 milhões de abortos inseguros ocorreram em todo o mundo no ano de 2008, quase todos em países em desenvolvimento, onde essa prática é ilegal. V.: [www.who.int/reproductivehealth/topics/unsafe_abortion/en/index.html].

294. De fato, mesmo em países onde o aborto é legal, legisladores que se opõem a ele conseguiram promulgar leis que restringem o financiamento público para essa finalidade, como ocorreu nos Estados Unidos e no Canadá. V. Heather D. Boonstra, *The heart of the matter: public funding of abortion for poor women in the United States*, *Guttmacher Policy Review*, n. 10, 2007. Disponível em: [www.guttmacher.org/pubs/gpr/10/1/gpr100112.html]; e Joanna N. Erdman, *In the back alleys of health care: abortion, equality, and community in Canada*, *Emory Law Journal*, n. 56, p. 1093, 2007.

295. Dalia Sussman, *Conditional support poll: thirty years after Roe vs. Wade*, *American Support Is Conditional*, *ABC News*. Disponível em: [http://abcnews.go.com/sections/us/dailynews/abortion_poll030122.html].

nação contra a homossexualidade esteve presente de maneira intensa nas práticas jurídicas e sociais até o início do século XXI. Nos Estados Unidos, por exemplo, até a década de 1970, a Associação Americana de Psiquiatria classificava a homossexualidade como um transtorno mental.²⁹⁶ Em 1971 a sodomia homossexual era tida como crime em todos os estados americanos, com apenas duas exceções.²⁹⁷ Em 1986, a Suprema Corte considerou constitucionais leis estaduais que criminalizavam a conduta íntima entre pessoas do mesmo sexo,²⁹⁸ um precedente somente superado em 2003.²⁹⁹ Um importante avanço se deu em 1993, quando a Suprema Corte do Havaí decidiu que uma lei que restringia o casamento a pessoas de sexos opostos constituía uma discriminação sexual.³⁰⁰ Em reação contra essa decisão, de 1995 até 2005, 43 estados americanos aprovaram leis proibindo o casamento entre pessoas do mesmo sexo.³⁰¹ Ironicamente, essa reação teve como consequência a unificação da comunidade LGBT em torno da defesa do casamento entre pessoas do mesmo sexo, que era até então combatido por militantes radicais que o consideravam um exemplo de capitulação das minorias sexuais aos ritos convencionais.³⁰² Em 2004, o Estado de Massachusetts foi o primeiro a legalizar

296. V. Michael J. Rosenfeld, *The age of independence: interracial unions, same-sex unions, and the changing american family*, 2007, p. 176-177 (“Até a década de 1950, havia um consenso entre os psiquiatras e psicólogos, que caracterizava os homossexuais como pessoas com distúrbios mentais profundos”).

297. William N. Eskridge e Darren R. Spedale, *Gay marriage: for better and for worse: what we've learned from the evidence*, 2006, p. 23. Os Estados eram Illinois e Connecticut.

298. *Bowers vs. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

299. *Lawrence vs. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). Antes de *Lawrence*, em *Romer vs. Evans*, 517 U.S. 620 (1996), a Suprema Corte invalidou a Segunda Emenda à Constituição do Colorado, que proibia toda a ação legislativa, executiva ou judicial, em nível estadual ou local, concebida de modo a proteger o status das pessoas baseadas em suas “condutas, práticas, relacionamentos e orientações homossexuais, lésbicas ou bissexuais”.

300. *Baehr vs. Lewin*, 74 Haw. 530, 852 P.2d 44 (1993), reconsideração e esclarecimento concedidos em parte, 74 Haw. 645, 852 P.2d 74 (1993).

301. William N. Eskridge and Darren R. Spedale, op. cit., p. 20.

302. Idem, ibidem. V. também Man Yee Karen Lee, *Equality, dignity, and same-sex marriage: a rights disagreement in democratic societies*, 2010, p. 11, e Nancy D. Polikoff, *We will get what we ask for: why legalizing gay and lesbian marriage will not dismantle the legal structure of gender in every marriage*, *Virginia Law Review*, n. 79, p. 1535 e 1549, 1993.

o casamento homossexual, seguindo uma decisão da Suprema Corte daquele Estado.³⁰³ Nos últimos anos, a homossexualidade tornou-se um modo de vida cada vez mais aceito e existe uma crença crescente de que as suas causas são predominantemente biológicas. Sendo esse o caso, discriminar alguém somente com base na orientação sexual seria o mesmo que discriminar os asiáticos devido aos seus olhos, os africanos pela sua cor e os latino-americanos pela sua miscigenação étnica.

Nesse contexto evolutivo, não surpreende que alguns países já tenham legalizado as uniões homoafetivas, como África do Sul, Argentina, Bélgica, Brasil, Canadá, Holanda, Islândia, Portugal e Suécia. Em diversos outros Estados, medidas legais que apontam para a mesma direção têm sido propostas e a discussão tem avançado. É verdade que outros países aprovaram leis proibindo o casamento entre pessoas do mesmo sexo, como (surpreendentemente) fez a França.³⁰⁴ Nos Estados Unidos, do mesmo modo, uma lei federal de 1996, conhecida como Lei de Defesa do Casamento (*Defense of Marriage Act – Doma*) define o casamento como “uma união legal entre um homem e uma mulher como marido e esposa”. O Governo Obama, todavia, anunciou que não vai mais defender a constitucionalidade dessa lei, que tem sido questionada por diversas ações judiciais.³⁰⁵ Aliás, diversos estados adotaram leis reconhecendo o casamento entre pessoas do mesmo sexo, incluindo Connecticut, Iowa, Massachusetts, New Hampshire, Vermont e Nova York, assim como o Distrito de Columbia.³⁰⁶ Do mesmo modo como ocorre com o aborto, existe uma oposição religiosa vigorosa contra a conduta homossexual e contra o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Baseados em passagens bíblicas interpretadas como condenações da homossexualidade,³⁰⁷ muitos grupos evangélicos expressam forte reprovção a essa orientação sexual. No caso da

303. *Goodridge vs. Dept. of Public Health*, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003).

304. V.: [www.lesoir.be/actualite/france/2011-01-28/le-conseil-constitutionnel-dit-non-au-mariage-homosexuel-818228.php].

305. V. Charlie Savage and Sheryl Gay Stolberg, *In shift, U.S. says marriage act blocks gays rights*, *N.Y. Times*, 23.02.2011. Disponível em: [www.nytimes.com/2011/02/24/us/24marriage.html].

306. Em 04.02.2012, a *U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit*, confirmando decisão da District Court, declarou a inconstitucionalidade da Proposição n. 8 e da emenda que ela introduzira na Constituição da Califórnia, proibindo o casamento de pessoas do mesmo sexo.

307. Levítico 18:22; Romanos 1:26; e Romanos 1:27.

Igreja Católica, os Papas João Paulo II³⁰⁸ e Bento XVI³⁰⁹ criticaram países que aprovaram leis reconhecendo direitos aos homossexuais.

A análise da união homoafetiva à luz da ideia de dignidade humana apresentada nesse artigo é muito menos complexa do que a realizada no caso do aborto. De fato, no plano do *valor intrínseco*, existe um direito fundamental em favor da legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo: a *igualdade perante a lei*. Negar o acesso de casais homoafetivos ao casamento – e a todas as consequências sociais e jurídicas que ele implica – representa uma forma de discriminação baseada em orientação sexual. Não há outro argumento derivado do valor intrínseco que poderia ser razoavelmente empregado para se contrapor aos direitos de igualdade e respeito de que os homossexuais são titulares. Em relação à *autonomia*, o casamento entre pessoas do mesmo sexo envolve dois adultos que escolhem, sem manipulação ou coerção, como exercer seu afeto e sua sexualidade. Não há qualquer violação à autonomia de qualquer outra pessoa nem dano a terceiros que possam justificar a proibição. Finalmente, no plano do *valor comunitário*, não se pode deixar de reconhecer que numerosos segmentos da sociedade civil, particularmente grupos religiosos, desaprovam a conduta homossexual e o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Mas negar o direito de casais homossexuais se casarem seria uma restrição injustificada sobre sua autonomia, em nome de um moralismo impróprio ou da tirania da maioria. Em primeiro lugar, há um direito fundamental envolvido, seja o direito à igualdade ou à privacidade (liberdade de escolha). Mesmo se assim não fosse, o fato inegável é que não há danos a terceiros ou à própria pessoa para serem levados em conta. E, por fim, não se pode encontrar um nível elevado de consenso social contra a união homoafetiva em um mundo onde, ao menos na maioria das sociedades ocidentais, a homossexualidade é amplamente aceita. Qualquer pessoa, é claro, tem o direito de se posicionar contrariamente à união homoafetiva e tentar convencer os outros de que a sua opinião é correta.³¹⁰ Mas isso é diferente de postular que o Estado não reconheça um exercício legítimo da autonomia pessoal de cidadãos livres e iguais.

308. U.S. Bishops Urge Constitutional Amendment to Protect Marriage, *AmericanCatholic.Org*. Disponível em: [www.americancatholic.org/News/Homosexuality/default.asp]. Acesso em: 30.06.2011.

309. Michael Paulson, Pope says gay unions are false, *The Boston Globe*, 07.06.2005.

310. O fato de não haver uma proibição ou um uso potencial da coerção estatal não obriga as pessoas que tenham uma divergência moral a permanecer em silêncio. V. H. L. A. Hart, *Law, liberty and morality* cit., p. 76.

4.3 Suicídio assistido

Suicídio assistido é o ato pelo qual um indivíduo provoca a sua própria morte com a ajuda de alguma outra pessoa. O debate sobre essa matéria envolve, como regra geral, o suicídio com assistência médica, que ocorre quando um médico fornece as informações e os meios necessários, como equipamentos ou drogas, mas o paciente pratica a ação. O debate sobre o suicídio assistido normalmente presume – e também é assim no presente artigo – que os sujeitos em questão estão doentes em fase terminal, passando por grande dor e sofrimento, ou em estado vegetativo permanente. Há forte oposição em relação ao suicídio assistido por parte da maioria das religiões, particularmente da Igreja Católica, que o considera moralmente condenável. Todavia, apesar do típico conflito entre humanistas seculares e crentes religiosos também estar presente aqui, existem algumas sutilezas que conferem nuances particulares a esse debate. Uma delas corresponde ao Juramento de Hipócrates, ainda proferido por médicos em muitos países, que aborda diretamente a questão ao declarar de forma inequívoca: “Não vou dar uma droga letal para ninguém caso me seja pedido, nem vou aconselhar uma ação desse tipo”.³¹¹ Além disso, existe sempre a preocupação de que pressões da família e de planos de saúde possam comprometer o consentimento livre e informado do paciente. Dessa forma, ao contrário do aborto e do casamento entre pessoas do mesmo sexo (ou alguma outra forma reconhecida de união homoafetiva), que são permitidas na maioria dos países desenvolvidos, o suicídio com assistência médica permanece ilegal de modo geral. Na Europa, como mencionado anteriormente, a Corte Europeia de Direitos Humanos afirmou, no caso *Pretty vs. United Kingdom*,³¹² que não há um direito fundamental ao suicídio assistido.

A Suprema Corte do Canadá chegou ao mesmo resultado ao declarar a constitucionalidade da Seção 241 (b) do Código Penal, que criminalizou a assistência ao suicídio.³¹³ Em uma decisão por cinco a quatro, a Corte considerou que: (1) o interesse do Estado na proteção da vida e dos vulneráveis deve prevalecer sobre as reivindicações de autonomia pessoal, de integridade física e psíquica e da dignidade humana; (2) a cláusula da proibição de pe-

311. The Hippocratic Oath, traduzido ao inglês por Michael North, National Library of Medicine, National Institutes of Health. Disponível em: [www.nlm.nih.gov/hmd/greek/greek_oath.html].

312. V. nota 83, supra.

313. *Rodriguez vs. British Columbia (Attorney General)*. V. nota 51, supra.

nas cruéis e incomuns não se aplica; e (3) a proibição do suicídio assistido, mesmo sendo uma violação do direito à igualdade, foi justificada por objetivos legislativos substanciais e passou no teste da proporcionalidade.³¹⁴ Além disso, a maioria afirmou ser papel do Parlamento – e não da Corte – lidar com a questão do suicídio assistido.³¹⁵ Os *Justices* vencidos argumentaram enfaticamente que forçar um paciente terminal e incapacitado a ter uma “morte terrível e dolorosa” configurava uma afronta à dignidade humana, que não havia diferença entre a recusa de tratamento e o suicídio assistido,³¹⁶ que impedir pessoas fisicamente incapazes de dar fim às suas vidas configurava uma violação do direito à igualdade,³¹⁷ e que o medo do abuso não era suficiente para sobrepujar o direito do recorrente de encerrar a sua vida.³¹⁸

Um pequeno conjunto de países tem legalizado o suicídio com assistência médica, incluindo Bélgica, Colômbia, Holanda, Luxemburgo e Suíça. Nos Estados Unidos, onde proibições ao suicídio assistido instituídas por alguns estados foram mantidas pela Suprema Corte,³¹⁹ três estados já legalizaram essa prática para pessoas com tempo restante de vida muito limitado. A Lei da Morte com Dignidade do Oregon (*Death with Dignity Act*) exige o diagnóstico de doença terminal que vai, “de acordo com um julgamento médico razoável, resultar em morte dentro de seis meses”.³²⁰ A Lei da Morte com Dignidade de Washington, aprovada em 2009, também possui um dispositivo que exige que os pacientes “tenham menos de seis meses de vida”, para que estejam dentro do âmbito de aplicação da Lei.³²¹ O último estado americano a adotar um regime de suicídio assistido foi Montana que, mediante decisão da sua Suprema Corte, considerou imunes à perseguição penal os médicos que auxiliam pacientes em estado terminal a morrer.³²² O Legislativo desse esta-

314. *Rodriguez vs. British Columbia (Attorney General)*.

315. *Idem*.

316. *Idem*, [1993] 3 S.C.R. 519. (Cory, J., dissenting).

317. *Idem*, (Lamer, C. J., dissenting).

318. *Idem*, (L'Heureux-Dubé e McLachlin, JJ., dissenting).

319. *V. Vacco vs. Quill*, 521 U.S. 793 (1997) e *Washington vs. Glucksberg*, 421 U.S. 702 (1997).

320. ORS 127.505. Disponível em: [http://public.health.oregon.gov/ProviderPartnerResources/EvaluationResearch/DeathwithDignityAct/Pages/ors.aspx].

321. RCW 70.245. Disponível em: [www.doh.wa.gov/dwda/].

322. Kirk Johnson, Montana ruling bolsters doctor-assisted suicide, *New York Times*, 31.12.2009. Disponível em: [www.nytimes.com/2010/01/01/us/01suicide.html].

do, contudo, tem hesitado em aprovar uma lei que descreva integralmente os limites do direito de morrer, deixando a questão em uma espécie de “limbo jurídico”.³²³ As normas desses estados americanos são mais rigorosas do que as de outros países. Na Holanda, por exemplo, o parâmetro é mais flexível e as pessoas diante da perspectiva de um “sofrimento insuportável sem expectativa de melhora” podem realizar o suicídio assistido, independentemente de um diagnóstico que preveja com exatidão o tempo remanescente de vida.³²⁴ Na Bélgica, de maneira similar, os pacientes que sofrem “dores físicas ou psicológicas constantes e insuportáveis, resultantes de um acidente ou de uma doença”, são legalmente autorizados a solicitar o suicídio assistido aos seus médicos.³²⁵

Por fim, é necessário examinar a relação entre o suicídio assistido e cada um dos três elementos do conceito de dignidade humana apresentado nesse artigo. No que diz respeito ao *valor intrínseco*, o *direito à vida* seria naturalmente um obstáculo para a legalização do suicídio assistido. É difícil encontrar um direito de morrer que pudesse ser invocado para se contrapor ao direito à vida. A morte é uma inevitabilidade e não uma escolha.³²⁶ Mas certamente há um *direito à integridade física e mental*³²⁷ que também está associado com o valor inerente de cada ser humano. O fato é que a tecnologia médica contemporânea tem a capacidade de transformar o processo da morte em uma jornada que pode ser mais duradoura e dolorosa do que o necessário. Cada indivíduo, portanto, deveria ter o direito de morrer com dignidade e de não ser obrigado a sofrer por um período prolongado de tempo, privado do domínio normal sobre o seu próprio corpo. De uma forma um tanto paradoxal, no plano do valor intrínseco, o direito à vida e o direito à integridade podem se contrapor um ao outro.

323. Montana lawmakers put physician-assisted suicide issue on hold, *Billings Gazette*, 20.02.2011. Disponível em: [http://billingsgazette.com/news/state-and-regional/montana/article_a35791fe-3d00-11e0-bff3-001cc4c002e0.html].

324. [www.assistedsuicide.org/suicide_laws.html].

325. Belgium legalizes euthanasia, *BBC News*, 16.05.2012. Disponível em: [http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/1992018.stm].

326. V. Luís Roberto Barroso e Letícia Martel, A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. In: Tânia da Silva Pereira (org.), *Vida, morte e dignidade humana*. 2009. Disponível em: [www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf].

327. A meu ver, a igualdade não desempenha qualquer papel nesse cenário.

No caso da *autonomia*, sua preservação é um dos pontos centrais do debate sobre suicídio assistido, ao lado do alívio do sofrimento e da preservação do valor comunitário.³²⁸ A autonomia normalmente reforça a ideia de que uma pessoa sã tem o direito, em certas circunstâncias, de escolher morrer se, após uma reflexão ponderada, ela constata que “o sofrimento incessante supera o valor de seguir vivendo”.³²⁹ E, desde que o médico concorde em realizar o procedimento, não há nenhuma outra autonomia em questão. O valor comunitário, contudo, provoca uma discussão mais complexa. Minha inequívoca convicção é que a comunidade e o Estado não devem ter o direito de impor suas concepções moralistas e paternalistas sobre alguém que é vítima de um sofrimento desesperançado e está próximo do fim da sua vida. Todavia, eles têm a autoridade e o dever de estabelecer algumas salvaguardas com o objetivo de garantir que a autonomia de cada paciente seja adequadamente exercida. De fato, existe um risco real de que a legalização do suicídio assistido possa colocar pressão sobre os mais velhos e sobre aqueles acometidos de doenças terminais, que os levem a optar pela morte com a finalidade reduzir o ônus sobre os seus familiares. Em tais cenários, embora a opção por morrer seja uma decorrência da autonomia, na verdade ela se torna o produto de uma coerção sobre indivíduos vulneráveis e marginalizados, o que reduz o valor das suas vidas e da sua dignidade.³³⁰ Por esses motivos, os indivíduos que são vítimas de doenças terminais e passam por grande sofrimento, assim como aqueles que se encontram em estado vegetativo permanente,³³¹ deve-

328. V. Joshua Hauser, *Beyond Jack Kevorkian*, *Harvard Medical Alumni Bulletin*, 2000.

329. Peter Rogatz, *The virtues of physician-assisted suicide*, *The humanist*, nov.-dec. 2001. Disponível em: [www.thehumanist.org/humanist/articles/rogatz.htm].

330. As mesmas preocupações estão presentes em Martha Nussbaum, *Human Dignity and Political Entitlements*, *human dignity and bioethics (essays commissioned by the President's Council on bioethics)*, p. 373, assim como na nota 373 e no texto que se segue. V. também Ronald Dworkin, *Life's dominion*, 1994, p. 190.

331. A questão do consentimento, quando há o envolvimento de uma pessoa que seja de algum modo incapaz, implica em uma grande complexidade no que se refere à prova da vontade real do paciente, à determinação do que ele desejaria e à identificação do que seria o seu melhor interesse. Algumas dessas questões foram abordadas em *Cruzan vs. Director, Missouri Dept. of Health*, 497 U.S. 261 (1990), em que não se permitiu aos pais de uma paciente recusar, em nome desta, o tratamento que a mantinha viva, na ausência de uma “clara e convincente” evidência do seu desejo. Para uma crítica dessa decisão, v. Ronald Dworkin, *Life's dominion* cit., p. 196-198. Para uma discussão mais profunda

riam ter direito ao suicídio assistido, mas a legislação deve ser cuidadosamente elaborada para garantir que a ideia moralmente aceitável da morte com dignidade não se torne uma “receita para o abuso de idosos”.³³² Essas pertinentes preocupações com a proteção das pessoas vulneráveis não abalam, todavia, a ideia central defendida nesse tópico: quando dois direitos individuais da mesma pessoa estão em conflito é razoável e desejável que o Estado resguarde a autonomia pessoal.³³³ Afinal de contas, o Estado deve respeitar as escolhas de uma pessoa quando é a sua própria tragédia que está em jogo.³³⁴

5. CONCLUSÃO

5.1 A unidade na pluralidade

A filosofia grega antiga esteve centrada na busca por um princípio último – um substrato comum para todas as coisas, um elemento integrador subjacente à diversidade³³⁵ – um problema conhecido como “o um e os muitos” (*the one and the many*),³³⁶ a unidade na pluralidade. Se tal conceito fosse aplicado às sociedades democráticas modernas, a dignidade humana seria um dos principais candidatos ao papel de maior de todos os princípios, aquele que está na essência de todas as coisas. É verdade que circunstâncias culturais e históricas de diferentes partes do mundo afetam decisivamente o significado e o alcance da dignidade humana. Porém, como intuitivo, aceitar que uma ideia possa estar integralmente à mercê de vicissitudes geopolíticas, sem conservar um núcleo essencial de sentido, inviabilizaria o seu uso como um conceito funcional em nível doméstico e transnacional. O ambicioso e arriscado propósito desse artigo foi identificar a natureza jurídica da ideia de dig-

sobre o consentimento, v. Deryck Beyleveld e Roger Brownsword, *Consent in the Law*, 2007.

332. Margaret K. Dore, *Physician-assisted suicide: a recipe for elder abuse and the illusion of personal choice*, *Vermont Bar Journal*, 2011.

333. Para a defesa de uma atitude de restrição do Estado e da comunidade, v. Ronald Dworkin, *Life's dominion* cit., p. 239.

334. Lorenzo Zucca, *Constitutional dilemmas*, 2008, p. 169, acesso através do *Oxford Scholarship Online*: [www.oxfordscholarship.com.ezp-prod1.hul.harvard.edu/oso/private/content/law/9780199552184/p045.html#acprof-9780199552184-chapter-7].

335. Frederick Copleston, op. cit., p. 13-80.

336. Idem, p. 76.

nidade humana e dar a ela um conteúdo mínimo do qual se possam extrair consequências jurídicas previsíveis e aplicáveis em todo o mundo. Trata-se de um esforço para encontrar pontos de identidade no seu uso ou, na pior das hipóteses, ao menos estabelecer uma terminologia comum. Tendo isso em mente, a dignidade humana foi aqui caracterizada como um valor fundamental que está na origem dos direitos humanos, assim como um princípio jurídico que (1) fornece parte do significado nuclear dos direitos fundamentais e (2) exerce a função de um princípio interpretativo, particularmente na presença de lacunas, ambiguidades e colisões entre os direitos – ou entre direitos e metas coletivas –, bem como no caso de desacordos morais. A bem da verdade, o princípio da dignidade humana, como aqui elaborado, tenta proporcionar um roteiro para a estruturação do raciocínio jurídico nos casos difíceis, sem a pretensão de ser capaz de suprimir ou resolver os desacordos morais, uma tarefa inatingível.

Após sustentar que a dignidade humana deve ser considerada um princípio jurídico – e não um direito fundamental autônomo –, o presente estudo propõe três elementos como seu conteúdo mínimo, extraindo de cada um deles um conjunto de direitos e consequências. Para finalidades jurídicas, a dignidade humana pode ser dividida em três componentes: *valor intrínseco*, que se refere ao *status* especial do ser humano no mundo; *autonomia*, que expressa o direito de cada pessoa, como um ser moral e como um indivíduo livre e igual, tomar decisões e perseguir o seu próprio ideal de vida boa; e *valor comunitário*, convencionalmente definido como a interferência social e estatal legítima na determinação dos limites da autonomia pessoal. Essa dimensão comunitária da dignidade humana deve estar sob escrutínio permanente e estrito, devido aos riscos de o moralismo e o paternalismo afetarem direitos e escolhas pessoais legítimas. Na estruturação do raciocínio jurídico nos casos mais complexos e divisivos, afigura-se bastante útil identificar e discutir as questões relevantes que emergem de cada um desses três níveis de análise, o que confere mais transparência e controlabilidade social (*accountability*) para a argumentação e escolhas realizadas por juízes, tribunais e intérpretes em geral.

5.2 Epílogo: iguais, nobres e deuses

Como visto, a dignidade, em uma linha de desenvolvimento semântico que remonta à Antiguidade, era um conceito associado à ideia de classe e hierarquia: o *status* de certas posições sociais e políticas. A dignidade, então, estava vinculada à honra e conferia a alguns indivíduos privilégios e trata-

mentos especiais. Nesse sentido, a dignidade pressupunha uma sociedade estratificada e denotava nobreza, aristocracia e a condição superior de algumas pessoas sobre outras. Ao longo dos séculos, contudo, com o impulso da religião, da filosofia e da Política, uma ideia diferente de dignidade foi sendo desenvolvida – a *dignidade humana* –, destinada a assegurar o mesmo valor intrínseco para todos os seres humanos e o lugar especial ocupado pela humanidade no universo. Esse é o conceito explorado neste artigo, que está na origem dos direitos humanos, particularmente dos direitos à liberdade e à igualdade. Essas ideias estão agora consolidadas nas democracias constitucionais e algumas aspirações mais altas têm sido cultivadas. Em algum lugar do futuro, com a dose adequada de idealismo e de determinação política, a dignidade humana se tornará a fonte do tratamento especial e elevado destinado a todos os indivíduos: cada um desfrutando o nível máximo atingível de direitos, respeito e realização pessoal. Todas as pessoas serão nobres.³³⁷ Ou melhor, como na lírica passagem de *Les Misérables*, “todo homem será rei”.³³⁸ E mais à frente ainda, como o desejo e a ambição são ilimitados, os homens vão querer ser deuses.³³⁹

337. Essa ideia é defendida em Jeremy Waldron, *Dignity, rank, and rights: the 2009 tanner lectures at UC Berkley. Public Law & Legal Theory Research Paper Series 2009 Working Paper 09-50*, p. 29. Waldron deu o crédito a Gregory Vlastos, *Justice and equality*. In: Jeremy Waldron (ed.), *Theories of rights*, 1984, p. 41.

338. V. Alain Boubilil e Herbert Kretzmer, *One day more*: “One day to a new beginning. Raise the flag of freedom high! Every man will be a king. Every man will be a king. There’s a new world for the winning. There’s a new world to be won. Do you hear the people sing?”.

339. Essa ideia está em Jean-Paul Sartre, *The being and the nothingness*, p. 735 e 764 (trad. Hazel E. Barnes, 1956); e também em Jean-Paul Sartre, *Existentialism as humanism*, 1973, p. 63 (“A melhor maneira de conceber o projeto fundamental da realidade humana é dizer que o homem é o ser cuja meta é ser Deus”). O tema voltou a ser abordado em Roberto Mangabeira Unger, *The self awakened: pragmatism unbound*, 2007, p. 256. Para Unger, o projeto de divinização é impossível, mas sempre há maneiras pelas quais “nós podemos nos tornar mais semelhantes a Deus”.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A dignidade humana e o sistema de justiça criminal nos EUA, de Eric Lotke – *RBCCrim* 24/39;
- A impossibilidade de relativização da dignidade da pessoa humana, de Hélio Rios Ferreira e Heliomar Rios Ferreira – *RDCI* 73/192;
- Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988, de Flávia Piovesan – *RT* 833/41; e
- Efetivação da dignidade da pessoa humana e as cláusulas gerais, de Vivien Racy – *RDPriv* 47/161.

Veja também Jurisprudência

- Inadmissibilidade da suspensão do serviço público de fornecimento de água a hospital. Inversão de valores consagrados em um sistema jurídico no qual a ordem econômica está condicionada ao valor da dignidade humana: *RT* 903/216; e
- Violação aos direitos fundamentais, em especial ao princípio da dignidade humana, pela mera instauração de inquérito quando evidente a atipicidade da conduta: *RT* 821/491.

Veja também Legislação

- A dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental: art. 1.º, III, da CF/1988; e
- Programa Nacional de Direitos Humanos: Dec. 7.037/2009.