

APONTAMENTOS SOBRE O CONTEÚDO MÍNIMO DA DIGNIDADE HUMANA

NOTES ON THE MINIMUM CONTENT OF HUMAN DIGNITY

Romário Edson da Silva Rebelo¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar, a partir da teoria de Barroso, que é desenvolvida sob a perspectiva dos postulados da ética kantiana, os elementos que constituem o conteúdo mínimo, também chamado de núcleo duro, da dignidade humana, a fim de dotar esse conceito de significação que impeça seu abuso retórico. Para tanto, o presente artigo, por meio do método hermenêutico associado à técnica da documentação indireta proveniente de fonte primária e secundária, analisará, num primeiro momento, a construção histórica e filosófica, e bem assim, a natureza jurídica desse conceito, de modo a permitir uma contextualizada interpretação da dignidade humana no discurso jurídico transnacional. Tudo isso, para se concluir que a dignidade humana representa, em seu conteúdo mínimo, a humanização da pessoa de acordo com sua autonomia em vista de um bem estar coletivo.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade humana. Conteúdo mínimo. Teoria de Barroso. Postulados da ética kantiana.

ABSTRACT

This article aims to analyze, from Barroso's theory, which is developed from the perspective of the postulates of Kantian ethics, the elements that constitute the minimum content, also called hard core of human dignity, in order to provide this concept of significance to prevent its rhetorical abuse. Therefore, this article through the hermeneutical method associated with the technique of indirect documentation from primary and secondary sources, analyze, at first, the historical and philosophical construction, and as well, the legal nature of this concept, in order to allow a contextualized interpretation of human dignity in transnational legal discourse. All this, to conclude that human dignity is at its minimum content, the person humanization according to their autonomy in view of a collective well-being.

KEYWORDS: Human dignity. Minimum content. Barroso's theory. Postulates of Kantian ethics.

1 - Bacharel em Direito pela Faculdade Integrada Brasil Amazônia (FIBRA-PA). Mestrando em Direitos Humanos e Inclusão Social pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará (PPGD/ICJ/UFPa). Advogado e membro da Comissão de Defesa dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB-PA). E-mail: romariorebelo@live.com

1 INTRODUÇÃO

Marx e Engels (2003, p. 29) já diziam que tudo o que já foi sólido, agora se evaporava no ar, e tudo que o já foi sagrado, agora era profano. Essa é a sensação que se tem ao perceber que o sistema jurídico ocidental, tanto o internacional quanto o interno, são sustentados por um alicerce aparentemente oco: a dignidade humana.

Recorrentemente, esse conceito é fundamento para qualquer decisão judicial, ao qual se recorre, muitas vezes, sem qualquer critério, de modo que o tornou vago, e que também pode torná-lo banal. Vez ou outra se tem visto isso, inclusive na Suprema Corte brasileira, a exemplo do que fez o Ministro Cesar Peluso por ocasião de seu voto no julgamento da ADI n. 1856/RJ de relatoria do Ministro Celso de Mello. Ao ter declarado inconstitucional uma lei fluminense que permitia a briga de galos, o Ministro Cesar Peluso fundamentou que a violência sofrida pelas aves seria uma afronta à dignidade humana.

Não é que se negue o direito dos animais, mas é no mínimo temerário conferir a eles a dignidade humana.

A dignidade humana, concebida a partir da racionalidade moderna, que mesmo sendo objeto de críticas contemporâneas², ainda é o paradigma presente nos mais celebrados tratados internacionais, Constituições e leis que versam a respeito do tema, constitui o conteúdo mínimo dos direitos humanos, no âmbito internacional, e dos direitos fundamentais, no âmbito interno.

Mas qual seria o seu?

Decerto, o consenso ético da maioria dos Estados não tem, em nenhum dos instrumentos normativos que o prevê, uma definição, deixando ao arbítrio do interprete seu alcance, seu significado, que segundo o Ministro Dias Toffoli, no julgamento do RE n. 363.889 RG/DF acerca da relativização da

coisa julgada, precisa se libertar do abuso retórico que passou a sofrer.

É na ambição de conferir massa à matéria, que Barroso (2013, p. 132, et seq), a partir da ética kantiana, busca definir o conteúdo mínimo da dignidade humana por meio de três elementos: (i) o ontológico; (ii) o ético; e (iii) o social. Não bastasse tal ambição, o raciocínio de Barroso (2013, p. 132 et seq) a respeito da dignidade humana se construiu com a cautela necessária de não inviabilizar a universalidade que passou a caracterizar esse conceito, conferindo aos seus elementos uma abordagem tal qual possa ser aceita por conservadores e progressistas.

Por isso, o necessário estudo do que seria a dignidade humana, ou melhor, do que constituiria seu conteúdo mínimo, o que depende, antes de tudo, da reflexão acerca da construção histórica e filosófica, e bem assim, acerca da natureza jurídica desse conceito, de modo a permitir uma contextualizada interpretação da dignidade humana no discurso jurídico transnacional.

Atribuir matéria às ideias nem sempre é um desafio simples. Portanto, o presente artigo utilizará os dados de documentação indireta, ou seja, aqueles já coletados e registrados, provenientes de fontes: (i) primárias, a exemplo de jurisprudências nacionais, estrangeiras e até mesmo internacionais, além de textos normativos e reportagens; e (ii) secundárias, a exemplo dos livros e artigos científicos. Tudo isso, para cumprir os objetivos do presente artigo e, assim, responder ao longo dele, pelo método hermenêutico, à problemática que aqui se propõe.

2 A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO

A modernidade, segundo Rohden (2008, p. 38-39), ao irromper as trevas da Idade Média, colocou o homem no centro de seu próprio raciocínio. E pelo uso da razão, buscava-se alcançar um amadurecimento tal

² Com destaque às notáveis críticas de Adorno e Horkheimer, filósofos da Escola de Frankfurt.

qual defendia Nietzsche: uma qualidade de super-homem, livre do antinaturalismo próprio da moral religiosa, da falsa hipocrisia e do intelectualismo improdutivo.

A modernidade tinha na ciência a fé que outrora depositou em Deus, e na participação política ativa, fruto das revoluções burguesas, e bem assim no progresso econômico mercantil e depois industrial, a certeza que a humanidade alcançaria o ápice.

Mas as promessas que a modernidade fez não se cumpriram: a ciência nunca encontrava a verdade absoluta, cada vez mais refutada pelas próprias experimentações; a participação política ativa tornou-se mero slogan de campanha de um novo absolutismo disfarçado; o progresso econômico logo viu que as mazelas sociais eram problemas que proporcionalmente o acompanhava à medida que alcançava novos mercados.

A humanidade ficou órfã. Sem sonhos para perseguir, apenas com frustrações para encarar. Era senão, no entender de Soares (2010, p. 45-47), o colapso da modernidade.

A pós-modernidade se instala nesse momento. Nesse espírito. Daí, surgem doutrinas de autoafirmação nacional, da superioridade de raças sobre outras, da legitimidade do homem como animal, numa selva em que a seleção natural há de permitir que apenas os mais aptos sejam merecedores do mundo.

E o Direito?

Expresso inteiramente na lei, legalizou tantas quantas atrocidades que nem mesmo a sua ausência daria conta de fazê-lo. O positivismo, pensado por Kelsen, teve o mérito de isolar o Direito como conhecimento, tornando-o autossuficiente como uma ciência, mas pecou, segundo Soares (2010, p. 56) ao considerá-lo alheio a carga principiológica até então defendido pelos jusnaturalistas. O Direito era a lei, a lei a vontade do Estado, e o Estado, resultado do que alguns poucos queriam.

O positivismo por este caminho seguiu, ao permitir na Alemanha que os judeus ali nascidos tivessem confiscados de si, por questões de discriminação racial, até a própria nacionalidade. Quando finda a guerra, pontua Paulo Filho (s.d., não paginado), que o Tribunal de Nuremberg, criado, inclusive ao arrepio do princípio do juiz natural, ao julgar os nazistas, tivera a seguinte tese de defesa para analisar: tudo que se fez, era legalmente permitido pela Alemanha, não havendo o que se falar em afronta à legalidade.

Com o empenho dos advogados nomeados pela corte para defesa dos acusados, segundo Paulo Filho (s.d., não paginado), três nazistas foram absolvidos e outros quatro foram condenados à prisão que não a perpétua. Isso porque, esses advogados conseguiram, mesmo diante das surpresas procedimentais da corte, convencê-la que a responsabilidade pela guerra não era exclusiva do Bloco do Eixo, já que o Bloco dos Aliados compartilhava da legalidade *stricto sensu* para também permiti-los o cometimento de crimes de guerra, como a dizimação completa de cidades pela detonação de armas nucleares.

Foi aí que se percebeu, empiricamente, que o Direito era algo invisível, que não se esgotava na lei, que havia algo fundante, talvez aquilo que os jusnaturalistas tanto defendiam.

Foi quando se encarou o positivismo como um erro, não pelas suas significativas conquistas científicas, sim pela redução do conteúdo ético do Direito. Os princípios ressurgiram daí, como a expressão daquele Direito universal, ou até mesmo, imortal. A essa nova forma de entender o Direito, explica Soares (2010, p. 56), chamou-se de pós-positivismo.

2.1 Desenvolvimento histórico

Digno era somente aquele que ocupava uma importante função política na antiga Roma, o que logo passou a adjetivar as

instituições onde se exercia o ofício da política, em especial, o Senado. Conta Barroso (2013, p. 13-14), que nesse primeiro momento, a dignidade era um mero título, status, algo que tinha a capacidade de segregar os poucos que dela gozavam dos demais, alheios à dignidade.

Contudo, os ventos sopraram do oriente, levando ao mundo, então subjugado à vontade da antiga Roma, a doutrina professada pelos cristãos. A doutrina cristã, inspirada no judaísmo, concebia o homem como a criação à imagem e semelhança de Deus, e Dele, tinha-se a unidade comum a todos os homens. Isso foi o suficiente, segundo Barroso (2013, p. 15-16), para suplantar a ideia de igualdade. E se a igualdade decorria do divino, não se podia aceitar que mortais dissessem o contrário. A dignidade como status passou a ser totalmente rejeitada. Não na literalidade do termo, sim em sua essência.

Se não fosse a ascensão da Igreja Católica, que usurpou a verdadeira doutrina cristã pelo temor reverencial a um Deus totalmente repressivo, segregando a sociedade em estamentos e impedido a difusão do conhecimento, talvez a dignidade não tivesse encontrado um período que Barroso (2013, p. 15-16) chama de declínio, ou até mesmo de total embalsamamento.

Decerto, a Igreja Católica resgatou a dignidade como status, mais tarde reivindicada pelos monarcas da época para legitimar o absolutismo que os faziam protagonistas da história posta. Mas a modernidade se ocupou de ressuscitar aquela dignidade acreditada pelos primeiros cristãos. Surgida do Renascimento, e depois, edificada pelo Iluminismo, a modernidade foi senão a revolução secular. Mesmo se servindo de conceitos religiosos, a proposta moderna era adequá-los à pedra angular da racionalidade.

Daí surge os que pensaram a dignidade humana através da filosofia, assumindo a árdua tarefa de, pela racionalidade, explicar o que até então era atribuído à unidade da criação de Deus.

Dentre todos, destaca-se Kant, responsável por atribuir o conteúdo ao conceito, de modo a torná-lo uma das principais ambições da pós-modernidade.

2.2 Colaboração filosófica

Foi Marco Túlio Cícero o primeiro a tratar a dignidade humana a partir da razão. Segundo Barroso (2013, p. 15-16), para o filósofo romano, aquele que, diante das opções que a vida oferecia, escolhesse a mais próxima à moral, sem fazê-lo por influências externas, alcançaria a dignidade.

Ou seja, para ser digno, o indivíduo além de ser livre para selar o próprio destino, teria de optar pelo bem.

O problema é que na antiga Roma os homens livres já eram considerados dignos pelo status que a cidadania naturalmente lhes conferia, ao passo que os subjugados a vontade desses, não gozavam nem do status, nem tampouco de liberdade. Eram os escravos, os conquistados, expropriados da própria sorte.

No século XV, continua Barroso (2013, p. 16-17), Giovanni Picco, conhecido por Conde della Mirandola, foi o responsável por enfrentar a Igreja Católica ao trazer de volta ao debate filosófico a reflexão acerca da dignidade humana. Em um manifesto considerado herege e por isso proibido pela Santa Inquisição, o Conde della Mirandola defendia a ideia de que Deus permitiu ao homem degradar a si próprio ao nível da mais vil fera, assim como elevar-se até o alcance da dignidade através do exercício do intelecto. Pregava, portanto, a autonomia, que na época era vista como obra de Satanás.

Mas é com Kant que finalmente a dignidade humana ganha um conteúdo considerado sólido, e que mais tarde seria referência dos instrumentos jurídicos que se reportariam a esse conceito.

A filosofia de Kant se desenvolveu sob três linhas de raciocínio, sendo elas: (i) a lógica, (ii) a física e (iii) a ética. Enquanto a primeira se ocupava da reflexão cabível a toda

forma do pensamento, a segunda tinha como objeto o universo e a última, se dedicava ao homem. É na ética kantiana, como esclarece Barroso (2013, 69-70), que se encontra todo o fundamento que sustenta a dignidade humana tal como é atualmente entendida.

A ética kantiana não trata em especial das virtudes, sim da racionalidade. Isso porque, como explica Rohden (2008, p. 111), para Kant é a razão pura que identifica o homem, e a razão prática que o faz ético. A razão pura é a ciência do homem, um intelecto analítico produto do conhecimento alcançado pela percepção do tempo e do espaço existente no mundo externo, já a razão prática é a consciência, a faculdade intuitiva independente do tempo e do espaço, visando conhecer a essência daquilo já apreendido.

A razão pura diz o que é. A razão prática, o que deve ser.

É a essa ordem da razão prática que Kant chamou de imperativo categórico. O imperativo categórico é, segundo Rohden (2008, p. 117), a lei promulgada pelo próprio indivíduo e da qual ele não se afasta, sob pena de incidir no seu próprio mal. Obedecendo-a, ele age de forma a garantir a si o bem, e por isso, a todos. Portanto, o imperativo categórico é universal. A conduta eleita é de tal forma boa, a tornar-se uma lei universal.

Obedecer a ordem de si próprio parece temerário. Mas na verdade, não é segundo essa linha de raciocínio.

As normas externas, para a ética kantiana, só exercem influência sobre o indivíduo se estas se adequarem ao imperativo categórico, ou seja, se estas já forem em si, universais. E por isso as obedece, porque obedecê-las é obedecer à sua própria vontade. Com base nesse raciocínio que se explica o fato dos regimes ditatoriais sucumbirem com o tempo, por afrontar à razão prática, de modo a desafiar o espírito revolucionário próprio do sujeito histórico.

É perceptível, como assinala Barroso (2013, p. 70), que a ética kantiana não se prende a um catálogo de virtudes como até

então fizeram outros filósofos. Vai além: dá ao indivíduo apenas a autonomia de ouvir à sua própria consciência, o imperativo categórico.

E como se obedece ao imperativo categórico?

Pela manifestação autônoma da vontade de acordo com a razão prática. Aí se tem a lei moral. Não coercitiva, sim desejada. O indivíduo que assim procede, enfim é ético.

Por esse raciocínio, Kant conclui que o indivíduo é um fim em si mesmo. Isso porque, por sua própria autonomia, expressa uma vontade racional tão boa que não há outro fim maior, e por isso, todos gozam de dignidade.

A dignidade, enfim, é o valor do homem ético. Insostituível. Barroso (2013, p. 71) explica que para a ética kantiana, a dignidade é uma medida imensurável, pois decorre da natureza interna, e não do movimento do mercado, como ocorre com o preço das coisas.

Portanto, digno é o indivíduo que, por sua própria autonomia, manifesta-se de acordo com razão prática, cuja conduta se dá de tal forma que passa a ser universalmente boa, tornando-se, assim, um fim em si mesmo.

Mas a ética kantiana, mesmo que secular, não deixa de ter alguns traços místicos. Para Rohden (2008, p. 110-119), a consciência, fruto da razão prática, só atinge a universalidade das condutas autônomas do indivíduo, pois se reverte numa unidade compartilhada por toda a humanidade. Haveria, portanto, uma comunhão racional entre todos, e isso manteria coesa humanidade. Mas isso já é metafísica panteísta, alheia ao presente artigo.

Da ética kantiana que se extraem os três elementos que servem como o conteúdo mínimo da dignidade humana, baseando-se nos postulados: (i) do fim em si mesmo; (ii) da autonomia; e (iii) do imperativo categórico.

2.3 O discurso jurídico transnacional

Ribeiro (2012, não paginado) conta que Liberman, um polonês de origem judaica que sobreviveu a sete campos de concentração durante a Segunda Guerra Mundial, relata a lembrança da execução da pequena irmã por nazistas, e que tomado pelo medo, ele teria saído em fuga. Mas pouco tempo depois, alguns nazistas o abordaram numa cidade na Polônia perguntando-lhe se era judeu, ao que teria respondido negativamente. Desconfiados, arrancaram-lhe a calça, constatando a mentira devido ao pênis circuncidado.

Liberman relata ainda, segundo Ribeiro (2012, não paginado), que num desses campos de concentração, os nazistas o obrigaram a arrancar os dentes de ouro dos cadáveres empilhados, e muitas vezes se surpreendia quando um desses tais cadáveres lhe pedia para não dá-lo como vivo, permitindo que arrancasse os dentes de valor. Só não morreu pelo bom desempenho de seu trabalho em algumas fábricas bélicas, contando com a ajuda de alguns poucos mecânicos alemães que o alimentavam. Quando os soviéticos o libertaram, deram-lhe roupas que mais tarde foram roubadas por outro sobrevivente mais forte, e no frio, foi obrigado a roubar as roupas de um mais fraco. Foi assim que se despediu da infância sem tê-la conhecido.

Talvez, o pior de uma guerra seja o seu fim, pois se tem que aprender a conviver com os fantasmas, já que a morte não virá tão cedo.

É em meio a esse cenário que se instala no discurso político internacional a proteção aos direitos humanos, tendo na dignidade humana o conceito que o sustentava.

Portanto, a dignidade humana é a promessa de um mundo devastado aos seus sobreviventes. Era o mínimo a se fazer. Necessário para se evitar um colapso global e fundamental para inspirar as pessoas a continuar, recomeçar.

Assim, sobre a dignidade humana um novo contrato social foi assinado.

Barroso (2013, 19-20) afirma que com a criação da Organização das Nações Unidas em 1945, os direitos humanos passaram a ser bandeira quase que universalmente desejada, e muitos Estados os internalizaram como direitos fundamentais por meio de suas respectivas Constituições, com exceção do México e da Alemanha, cujas Constituições, de 1917 e 1919, respectivamente, já previam a dignidade humana como ponto de partida dos direitos fundamentais.

O discurso que era político tornou-se jurídico. Cada vez mais tratados internacionais reverenciavam a dignidade humana como o conceito fundante dos direitos humanos. E bem assim, Constituições pelo mundo tinham nela a inspiração aos direitos fundamentais que sagravam aos seus nacionais, e mais tarde, a todos que se encontrassem sob sua soberania. O Estado, em tese, tornou-se kantiano, um meio ao fim que é o indivíduo.

Isso permitiu a ascensão de uma nova cultura jurídica, reaproximando o Direito da política, e bem assim, da moral, devolvendo-lhe o conteúdo ético. Assim, o Judiciário se autoafirmou como o Poder cujo dever seria impedir o descumprimento dessa promessa.

Desse fenômeno jurídico surge o desafio que, de certo modo, sepulta o positivismo: integrar-se aos influxos alheios à letra da lei. Nisso, os princípios passam a ocupar significativo espaço no raciocínio jurídico, pela efetiva contribuição na solução do que até então era insolucionável, passando o Direito a tratá-los, assim como as regras, como norma. A isso, como aduz Soares (2010, p. 56-62), chamou-se de pós-positivismo.

Instalou-se assim, os sistemas internacionais de proteção de direitos humanos, o global: executado pela Organização das Nações Unidas; e os regionais: a exemplo do europeu, do americano e do africano, cronologicamente. A

soberania deixou de ser absoluta para se curvar a uma integração mundial. Cortes constitucionais foram criadas pelo mundo todo, e as que já existiam, passaram a assumir uma jurisdição também política, em defesa dos direitos fundamentais, mesmo que isso significasse num juízo contramajoritário. A jurisdição constitucional se firmou: um poder muito além do pretendido pelo positivismo.

Passou-se a judicializar assuntos que outrora eram de exclusivo debate político. Isso não foi reflexo direto de uma atuação expansionista do Judiciário, como assinala Barroso (2009, p. 01-29), mas sim ao reflexo do próprio modelo institucional neoconstitucionalista, em que as Constituições, cada vez mais ambiciosas, tratam de nortear o futuro.

3 NATUREZA JURÍDICA

Direito ou princípio?

Barroso (2013, p. 61-64), com base na ética kantiana, entende que a dignidade humana é um valor, e como tal, assim como os demais, ao ser incorporado pelo Direito, assume a qualidade de princípio. Buscando fundamento nos principais filósofos da área, em especial Dworkin e Alexy, cujas obras expressam profunda reflexão a respeito do tema, conclui que a dignidade humana é o princípio que deverá prevalecer em caso de colisão com outros.

Com isso, Barroso (2013, p. 61-64), na verdade, atribui status de metaprincípio à dignidade humana. Contudo, ele esclarece que isso não permite tratá-la sob a perspectiva do absoluto, pois pelas adversidades da vida, a dignidade humana terá de ceder a interesses legítimos, mas sem que isso lhe comprometa o núcleo duro, o que chamou de conteúdo mínimo.

Exemplo disso é o caso da privação da liberdade em razão da imposição de pena, após o devido processo legal, pela prática de um crime. Embora a liberdade de ir e vir, que decorre da dignidade humana, tenha sido

cerceada, somente o foi em virtude de interesses legítimos de reprovação social.

Mesmo assim, o apenado continuará a gozar de outras liberdades, a exemplo da política, como já recomendou Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no caso *Hirst v. Reino Unido*, sob o argumento de que a pena priva somente a liberdade de ir e vir, de modo a ser assegurado ao apenado, o voto. Sobre isso, o Brasil está na contramão, ante a expressa previsão constitucional de que a pena, além de cercear a liberdade de ir e vir, também pode fazê-lo com relação à liberdade política.

Assim, explica Barroso (2013, p. 67-68), a dignidade humana não seria um direito, pois é desse conceito, entendido como princípio, que se extrai o conteúdo mínimo dos direitos que o indivíduo goza na qualidade de pessoa.

Daí se parte ao considerar que tanto os direitos humanos quanto os direitos fundamentais podem ser relativizados, diminuídos, desprezados, mas tão somente aquela parte alheia ao seu conteúdo mínimo, pois caso do contrário, estar-se-á privando de seu titular a dignidade que lhe confere humanidade. É nessa ponderação que deve se atentar o juiz: numa colisão entre direitos que decorram da dignidade humana, relativiza-se um em detrimento do outro apenas quanto à sua parte disponível, sem tocar-lhe o conteúdo mínimo, e assim, em tese, ter-se-á uma decisão mais próxima do ideal de justiça.

A liberdade, por exemplo, decorre da dignidade humana, assim como a privacidade. Em uma situação em que a liberdade de imprensa e a privacidade à vida íntima colidirem, será senão, uma colisão entre dignidade humana como liberdade e dignidade humana como privacidade.

Qual prevaleceria?

Nesse *hard case* somente um juízo de ponderação poderia dar cabo ao impasse, pois o mero juízo de subsunção do fato à norma se mostra ineficaz.

Tomando como referência a tradição jurisprudencial norte-americana, a qual prefere a liberdade de imprensa, em contrapartida à referência jurisprudencial europeia, que prefere a privacidade à vida íntima, Barroso (2013, p. 81) ilustra o juízo de subsunção a partir do caso de um pré-candidato à Presidência da França filmado algemado pela acusação de ter estuprado uma camareira de um hotel nos Estados Unidos onde havia se hospedado. Franceses repudiaram o ocorrido como violação aos direitos humanos, ao passo que os norte-americanos não entenderam dessa maneira, pois naquele país essa seria a rotina comum de um acusado.

Parece que a referência jurisprudencial brasileira nesse juízo de ponderação é semelhante à norte-americana. Isso porque, no julgamento da ADI n. 4815/DF, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, deu interpretação conforme à Constituição brasileira aos arts. 20 e 21 do Código Civil, de modo a dispensar que as biografias se sujeitem à prévia autorização do biografado ou de sua família, quando for ele morto ou ausente, por entender que isso constituiria censura particular, sem, contudo, impedi-lo de reclamar ao Judiciário a devida indenização em caso de danos.

Muitas Constituições tratam a dignidade humana como fundamento do Estado, reservando-lhe capitulação diversa daquela destinada ao rol dos direitos fundamentais, como faz a brasileira. Logo, a sistemática constitucional corrobora ao raciocínio de que a dignidade humana é o ponto de partida dos direitos fundamentais. Apesar de algumas Constituições, a exemplo da norte-americana e da francesa, não a mencionar expressamente, isso não impede que as cortes constitucionais desses países a invoquem, embora, nos Estados Unidos, como salienta Barroso (2013, p. 55-56), a Suprema Corte ainda tenda a resistir à sedução desse princípio.

Além de entender que a dignidade humana é o princípio fundante tanto dos direitos humanos quanto dos direitos fundamentais, na medida em que os constitui em seu conteúdo mínimo, Barroso (2013, p. 68) também a considera como a mais importante diretriz interpretativa das funções legislativa, administrativa e jurisdicional do Estado. E vai além, ao considerá-la também como diretriz interpretativa para o indivíduo no trato com os seus pares, o que a doutrina especializada chamou de *drittwirkung*, cuja tradução livre é horizontal eficaz.

Inclusive, no Brasil, ao apreciar o RE n. 201819 RG/RJ de relatoria da Ministra Ellen Gracie, substituída pela relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu pela reintegração de um associado aos quadros de uma entidade particular da qual havia sido excluído por seus pares sem que lhe fosse oportunizado o direito de defesa.

Esse caso ganhou notoriedade nacional como o *leading case* a respeito da *drittwirkung*, já que conferiu diretamente efeito horizontal ao direito à ampla defesa e contraditório no bojo de uma relação entre particulares, demonstrando que os indivíduos, de fato, devem reverência à máxima de o direito de um encontra limite no de outro.

4 CONTEÚDO MÍNIMO

Como anteriormente dito, Barroso (2013, p. 132 et seq) propõem, a partir da dos três postulados da ética kantiana, os três elementos que constituem o conteúdo mínimo da dignidade humana.

4.1 Elemento ontológico

Numa reflexão acerca do caso da brasileira que pôs a virgindade à venda na internet, Bodart (2012, não paginado) critica a coisificação que remonta da modernidade e ainda se vive nos dias de hoje. Para Bodart (2012, não paginado), o indivíduo passou a ser

um objeto fundamental ao funcionamento do mercado, e aos poucos comercializado, cujo valor é medido pelo interesse ou prazer que desperta no outro, ou pelo o que pode produzir.

É aí que se acha o caminho para o estudo do elemento ontológico da dignidade humana.

Esse elemento é senão a negação àquilo que coisifica o indivíduo. Por esse elemento, segundo Barroso (2013, p. 76-77), que se atribui a condição de sujeito ao indivíduo, ou seja, humaniza a pessoa nos termos do que a ética kantiana chamou de fim em si mesmo. E mais, é desse elemento que advém, segundo uma perspectiva jusnaturalista, as características intrínsecas e inatas do homem, aquelas que independem até mesmo da razão, não sendo privilégio exclusivo dos sãos e capazes.

Tanto é assim, que a partir da pós-modernidade a insanidade e a infância deixaram de coisificar para então proteger.

Negando a coisificação do indivíduo, é a condição de sujeito atribuído por esse elemento que dá fundamento ao combate ao utilitarismo e ao autoritarismo, que instrumentalizam a massa aos interesses das elites. Portanto, como explica Barroso (2013, P. 76-77), o indivíduo não pode ser meio às conquistas ou às metas coletivas e nem tampouco aos anseios do outro, e muito menos, meio aos fins pretendidos pelo Estado, pois é o Estado o meio para o fim a que se propõe o indivíduo.

Ao concluir, Barroso (2013, p. 76-77) afirma que o elemento ontológico da dignidade humana constitui o conteúdo mínimo do direito à vida e à integridade, tanto física quanto psicológica, além da igualdade e da identidade. Mas adverte que isso não autoriza o homem a enxergar com arrogância o que lhe é externo, a exemplo da natureza, onde se acham os demais animais. Talvez por gozar de um valor próprio, ou mais precisamente, por ser o meio sem o qual o fim em si mesmo não seria possível.

4.2 Elemento ético

A fim de que massa abandonasse as reivindicações sobre a participação no mercado, as elites dela expropriou o conhecimento sobre a cadeia de produção, a ponto de impedi-la o reconhecimento do produto de sua própria força de trabalho. A isso, Marx chamou de alienação, o que, segundo Bodarte (2011, não paginado), atingiu outros domínios da vida, e passou a designar aquele que está alheio ao mundo, e por isso é incapaz, em tese, de transformá-lo.

Daí se parte para a análise do elemento ético da dignidade humana.

Correspondendo à autonomia da ética kantiana, esse elemento importa na liberdade deliberativa de que goza o indivíduo para decidir de acordo com a razão. É, portanto, o que permite ao indivíduo buscar a sua maneira, segundo Barroso (2013, p. 81), o ideal de uma vida boa.

Esse elemento, esclarece Barroso (2013, p. 81), pressupõe que o indivíduo disponha de certa razão para o exercício da liberdade deliberativa. Por esse motivo, a insanidade e a infância importam no comprometimento objetivo desse elemento, uma vez que impedem o exercício da autonomia.

E os alienados? Não só eles: e os fundamentalistas e os pobres?

A alienação, o fundamentalismo e a pobreza, por sua vez, implicam no comprometimento subjetivo desse elemento ao impedir que a autonomia se oriente pela razão. Portanto, livre de qualquer fundamentalismo, alienação ou pobreza, o indivíduo se faz ético pelo exercício da autonomia, na medida em que age racionalmente.

E o qual a razão se presta a orientar a autonomia?

Para Barroso (2013, p. 82), a razão que se exige a autonomia é aquela em que o indivíduo é independente e dispõem de possibilidades de escolha. A independência pressupõe ausência de coerção, manipulação ou de privações essenciais que impeçam ou

diminuem a liberdade deliberativa. A possibilidade de escolha, por sua vez, pressupõe a existência de alternativas reais ao dispor do indivíduo.

Por fim, Barroso (2013, p. 82-85) conclui que o elemento ético da dignidade humana constitui o conteúdo mínimo do direito à liberdade, traduzindo-se no direito à autodeterminação privada, à autodeterminação pública e ao mínimo existencial. Da autonomia privada decorre a liberdade de religião, de expressão e de associação, além da sexual e de reprodução, sem prejuízo da de ir, vir e permanecer. Já da autonomia pública, tem-se a cidadania e a legítima participação e controle da vida política. E do mínimo existencial decorre o direito à satisfação das necessidades materiais básicas, sem o qual a autonomia seria mera ficção, já que o mínimo existencial se presta a garantir as possibilidades de escolhas a que depende a razão.

4.3 Elemento social

É bem verdade que o indivíduo não se resume a si próprio. Vive noutros mundos além do Eu. Vive também na comunidade e no Estado, e por isso, segundo Barroso (2013, p. 87), sofre restrições exógenas, a fim de viabilizar a relação que mantém em sociedade.

É nessa relação externa que o indivíduo mantém em sociedade, que se tem o ponto de partida para o estudo do elemento social da dignidade humana.

O elemento social da dignidade humana se traduz nas legítimas restrições exógenas impostas ao indivíduo. É um valor comunitário que corresponde ao imperativo categórico da ética kantiana. Representa o respeito que cada um deve ao outro em consequência ao respeito que tem a si próprio. Portanto, para efeito desse elemento, apenas a comunidade, com quem o indivíduo compartilha compromissos, valores e crenças comuns, e o Estado, cuja às normas jurídicas está subordinado, podem prescrever-lhe

limites, desde que em reverência, segundo Barroso (2013, p. 88), à instituição de um bem estar coletivo.

Portanto, não se admite toda e qualquer restrição.

Aquela que não tem por fim o bem estar coletivo está fadado ao insucesso. Mesmo aquela arbitrária que leva, até certo tempo, à obediência, por não refletir o imperativo categórico, desafia o espírito revolucionário próprio do sujeito histórico, o que explica tantos regimes ditatoriais terem sucumbido.

Numa visão extremamente minimalista proposta por Barroso (2013, p. 88), entende-se por bem estar coletivo o que e o grau correspondente à necessária proteção: (i) dos direitos compartilhados; (ii) dos direitos de terceiros e; (iii) dos direitos do próprio indivíduo.

Pode-se dizer, que do elemento social da dignidade humana, sob a perspectiva da proteção dos direitos compartilhados, é que se extrai o conteúdo mínimo do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à segurança jurídica e econômica, à proteção do consumidor, e tudo mais o que for considerado difuso. A partir da perspectiva que se tem a respeito da proteção dos direitos de terceiros, o elemento social da dignidade humana representa o conteúdo mínimo do sistema de responsabilidade, civil, criminal e administrativo, contramedido pela perspectiva da proteção dos direitos do próprio indivíduo, como o direito à defesa e ao contraditório.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo se propôs a refletir sobre um possível conteúdo mínimo da dignidade humana, aqui entendida como um princípio, ou até mesmo um provável metaprincípio, a fim de torná-la um conceito menos vulnerável ao abuso retórico, sobretudo porque é inconcebível que uma decisão judicial se limite a subvertê-la a mera

citação, o que implicaria na banalização desse conceito, e por isso mesmo, no descrédito do fundamento do sistema jurídico ocidental.

Portanto, pela teoria de Barroso (2013, p. 132 et seq), desenvolvida com base nos postulados (i) do fim em si mesmo, (ii) da autonomia e (iii) do imperativo categórico da ética kantiana, pôde-se concluir que o conteúdo mínimo da dignidade humana, por meio da interpretação dada ao elemento (i) ontológico, (ii) ético e (iii) social que o constitui, representa a humanização da pessoa de acordo com sua autonomia em vista de um bem estar coletivo.

Conferir humanidade à pessoa parece algo desprovido de sentido, mas quando se lançam os olhos ao passado se percebe o quão fundamental isso é, na medida em que considerar cada um como fim em si mesmo, tem-se aí a oposição à coisificação do indivíduo, e que, portanto, dá fundamento ao combate contra o utilitarismo e o autoritarismo.

Já a autonomia representa a capacidade que cada um tem de buscar a sua maneira um ideal de vida boa. A autonomia, portanto, importa a liberdade para decidir, mas isso não se limita a uma simples liberdade negativa, sobretudo porque essa decisão, para ser de fato autônoma, deve estar livre de condições que diminuam a capacidade a que se exige para tanto. Logo, a autonomia é o fundamento para o combate contra a alienação, o fundamentalismo e a pobreza, pois tudo isso nega a independência e as possibilidades de escolha de que prescinde o indivíduo na busca pelo ideal de vida boa.

Em vista de um bem estar coletivo, por sua vez, impede o caos da soma de autonomias contrárias, porque corresponde a um valor comunitário, o que representa, portanto, o respeito que cada um deve ao outro em consequência ao respeito que tem a si próprio. É o imperativo categórico, ou seja, uma ordem da razão prática, aqui entendida como moral, que exige que todos se tratem com igual consideração.

Disso tudo, portanto, extrai-se o conteúdo mínimo dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, didaticamente representados, respectivamente como os direitos do âmbito internacional e do âmbito nacional.

É bem verdade que isso não representa uma solução ao impasse. Antes disso, representa mais um desafio. Como anteriormente dito, o conteúdo mínimo da dignidade humana aqui proposto é baseado na teoria de Barroso (2013, p. 132 et seq), que por sua vez a desenvolve a partir dos postulados da ética kantiana. Essa perspectiva, portanto, é concebida a partir da racionalidade moderna, objeto de críticas contemporâneas devido à crise desse modelo ocorrida, sobretudo, a partir da segunda metade do século XX.

Então, é chegado o alvorecer de uma nova forma de enxergar a dignidade humana, talvez alinhada às críticas contemporâneas que são tão ou até mais comprometidas com a ideia de que esse conceito representa o fundamento do sistema jurídico ocidental, mas isso é um projeto para a ser desenvolvido em um artigo futuro.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução de Humberto Laport de Mello. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- _____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista atualidades jurídicas**, Brasília, n. 4, p. 1-29, jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2015.
- BODART, Cristiano. **A sociedade do espetáculo e a coisificação do homem**. Disponível em: <<http://cafecomsociologia.com/2012/11/a-sociedade-do-espetaculo-e.html>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

_____. **Alienação**. Disponível em: <<http://cafecomsociologia.com/2011/%2003/alienacao.html>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 9 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. [Ementa suprimida]. Acórdão na ADIN n. 4815/DF. **Associação Nacional dos Editores de Livros v. Brasil**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. 10 jun. 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-biografias-nao-autorizadas.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. [Ementa suprimida]. Acórdão no RE n. 201819 RG/RJ. **União Brasileira de Compositores v. Arthur Rodrigues Villarinho**. Relator: Ministra Ellen Gracie, substituída pelo Ministro Gilmar Mendes. 11 out. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.%20jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. [Ementa suprimida]. Acórdão no RE n. 363.889 RG/DF. **Diego Goiá Schmaltz v. Goiá Fonseca Rates**. Relator: Ministro Dias Toffoli. 2 jun. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003>>. Acesso em: 9 nov. 2015.

Lei fluminense que regula briga de galo é inconstitucional, decide o STF. **Notícias STF**, Brasília, 26 maio 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/%20verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=180541>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto comunista**. Disponível em: <http://www.pstu.org.br/sites/default/files/biblioteca/marx_engels_manifesto.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2015.

PAULO FILHO, Pedro. **O Tribunal de Nuremberg**. Disponível em: <[\[oabsp/grandes-causas/o-tribunal-de-nuremberg\]\(http://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/grandes-causas/o-tribunal-de-nuremberg\)>. Acesso em: 9 nov. 2015.](http://www.oabsp.org.br/sobre-</p></div><div data-bbox=)

RIBEIRO, Flávia. Veja a história do judeu polonês que sobreviveu a sete campos de concentração. **Guia do estudante**, São Paulo, 25 abr. 2012. Disponível em: <<http://guiadoestudante.abril.com.br/aventuras-historia/veja-historia-judeu-polones-sobreviveu-sete-campos-concentracao-682985.shtml>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

ROHDEN, Huberto. **Filosofia contemporânea: o drama milenar do homem em busca da verdade integral**. 1. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

SISTEMA EUROPEU DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Decisão no caso nº 74025/01 CEDH 681. **Hirst v. Reino Unido**. Relator: *Justice L. Wildhaber*. 6 out. 2005. Disponível em: <<http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2005/681.html>>. Acesso em: 9 nov. 2015.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.