

## DIGNIDADE HUMANA: EVOLUÇÃO HISTÓRICO-FILOSÓFICA DO CONCEITO E DE SUA INTERPRETAÇÃO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO

João Costa Neto <sup>1</sup>

**Resumo:** A dignidade humana (*Menschenwürde*) é um conceito presente em muitas Constituições mundo afora. Este artigo tenta identificar o seu conteúdo e extensão, a fim de determinar uma compreensão coerente deste conceito. Ao mesmo tempo, ajuda a evitar que essa idéia se torne uma reserva de equidade (*Billigkeitsreserve*), ou seja, um conceito vago utilizado pelos juízes para decidir casos difíceis, no sentido que quiserem, de acordo com seus sentimentos pessoais. O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*) tem sido um dos intérpretes mais importantes do conceito de dignidade humana. Não apenas causticamente, mas também conceitualmente. Além disso, há bons motivos para acreditar que as origens históricas e filosóficas da dignidade humana, especialmente as que vêm de Immanuel Kant, são ainda importantes para como os doutrinadores e os juízes compreendem essa noção. Nesse sentido, este trabalho está dividido em, basicamente, três partes. Primeiro, tenta-se epitomizar as fontes histórico-filosóficas da dignidade humana. Em seguida, mostra-se como a idéia é compreendida por juristas, principalmente da Alemanha. Na terceira, última e mais importante parte, uma amostra das decisões do *Bundesverfassungsgericht* é analisada, a fim de mostrar como o Tribunal alemão moldou a noção de dignidade humana.

**Palavras-chave:** dignidade humana; *Bundesverfassungsgericht*; Immanuel Kant, antipaternalismo; mínimo existencial.

**Abstract:** Human dignity (*Menschenwürde*) is a concept present in many Constitutions throughout the world. This article tries to grasp its content and extension, in order to determine a coherent understanding of this concept. At the same time, it helps to prevent this idea from becoming a reserve of equity (*Billigkeitsreserve*), namely, a vague concept used by judges to decide hard cases in any direction they want, according to their personal feelings. The Federal Constitutional Court of Germany (*Bundesverfassungsgericht*) has been one of the most important interpreters of the concept of human dignity, not only in a case-to-case basis, but also conceptually. Furthermore, there are very good grounds to believe that the historical and philosophical origins of the human dignity, especially the ones that come from Immanuel Kant, are still important to how law scholars and judges perceive this notion. Accordingly, this work is divided in three main parts. First, it attempts to epitomize the historical-philosophical sources of the human dignity. Then, it shows how the idea is understood by legal scholars, mainly from Germany. In the third, last and most important

---

<sup>1</sup>Mestrando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB), sob a orientação do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, do Supremo Tribunal Federal (STF). Bacharel (2010) e Licenciado (2011) em Filosofia pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB) (2011). Foi, durante um ano, aluno especial do Mestrado em Filosofia da Universidade de Brasília (UnB). Student Member da Society for the Promotion of Roman Studies (Fundada em 1910) e da Society for the Promotion of Hellenic Studies (Fundada em 1879). Estagiou no escritório de advocacia Simon & Partner, em Stuttgart, na Alemanha. Atualmente, é advogado em Brasília.

part, a sample of decisions of the *Bundesverfassungsgericht* is analyzed, in order to show how the Court has shaped the notion of human dignity.

**Key words:** human dignity; *Bundesverfassungsgericht*; Immanuel Kant; anti-paternalism; living wage.

## 1. Introdução

O conceito de dignidade humana ou dignidade da pessoa humana é, hoje, um dos mais difundidos em direito constitucional no mundo. Além de encontrar-se inscrito sob a rubrica “dignidade” no preâmbulo da Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ele encontra-se expressamente consignado em várias Constituições, como: a brasileira (art. 1º, III), alemã (art. 1º), portuguesa (art. 1º), irlandesa (preâmbulo), grega (art. 2º), espanhola (art. 10º), italiana (art. 41), turca (art. 17), sueca (art. 2º), finlandesa (art. 1º), suíça (art. 7º), montenegrina (art. 20), polonesa (art. 30), romena (art. 1º), russa (art. 7º), sérvia (art. 18) e outras. Ressalte-se, ainda, que a dignidade humana possui lugar de destaque na Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, proclamada pelo parlamento europeu em 2000 e tornada legalmente vinculante em toda União Européia, em 2007, por meio do tratado de Lisboa.

A quase que onipresença desse conceito nos ordenamentos jurídicos internacionais, por si só, justificaria o presente estudo. Porém, outros aspectos também tornam o tema relevante, ampliando o espectro de sua análise; por exemplo: a compreensão de seu conteúdo e de sua extensão; questionamentos sobre ser a dignidade um direito natural ou um direito emanado de Deus; a forma como cada ordenamento jurídico a define, entre outros.

O presente trabalho divide-se, basicamente, em três partes. Na primeira, buscar-se-á epitomar, de forma breve, as origens histórico filosóficas do conceito de dignidade humana, mormente pela contribuição que essas origens e, em especial, o filósofo IMMANUEL KANT forneceram para a compreensão hodierna da dignidade humana. Na segunda parte do trabalho, serão examinados alguns posicionamentos doutrinários que oferecem contribuições ao entendimento da dignidade humana enquanto conceito jurídico. Por fim, na terceira, última e principal parte, proceder-se-á à análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, o *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG), a fim de esboçar o entendimento dessa Corte no que toca ao conceito de

dignidade humana. Será levada em conta uma amostra representativa de decisões do Tribunal alemão, tomadas ao longo de 60 anos de sua judicatura.

Espera-se que a circunscrição jurídica do conceito, levada a cabo por meio das três partes do trabalho, favoreça sua aplicação coerente. Esse tipo de análise conceitual é profícuo, porque tenta chegar, tanto quanto possível, a uma definição da dignidade humana.

A circunscrição do termo favorece a garantia constitucional da dignidade humana, a fim de que ela não seja transformada em uma reserva de equidade (*Billigkeitsreserve*), isto é, não se torne um conceito vago, a ser utilizado conforme o mero arbítrio de cada julgador (MICHAEL; MORLOK, 2010; p. 104).

Além disso, nestes tempos em que fronteiras geográficas e culturais são ampliadas, acordos internacionais e de integrações diversas geralmente uniformizam procedimentos e normas, a investigação conceitual sobre a dignidade humana fornece respostas para questões que transcendem fronteiras. Como se sabe, o transconstitucionalismo (NEVES, 2009) é um fenômeno atual e que deve ser levado em conta, sobretudo quando do estudo de um conceito constitucional que possui tamanha capilaridade, como visto acima.

Da exposição pessoal de intimidades nos *reality shows*, numa demonstração generalizada de que nada há a se preservar, subentende-se que valores podem ser cedidos em nome e no interesse de algo. Assim, é importante analisar o significado e a abrangência do conceito de dignidade humana ou dignidade da pessoa humana, para ter-se um critério balizador de seu significado neste contexto e dos aspectos culturais envolvidos em sua visão.

Vale lembrar que a Constituição alemã foi um dos primeiros textos constitucionais de alcance nacional a insculpir a garantia da dignidade humana. Nos 60 anos de sua existência<sup>2</sup>, o Tribunal viu-se obrigado a definir, redefinir e explicitar suas posições acerca da dignidade humana, o que o torna um de seus maiores intérpretes, inclusive conceitualmente e não apenas casuisticamente. Na perspectiva dessa garantia, RUDOLF VON JHERING (1872), em seu célebre texto *Der Kampf ums Recht*, afirma que o nível de susceptibilidade da dignidade violada vai constituir a medida de valor que balizará a legislação, quanto à maior ou menor severidade na punição da ameaça a princípios vitais.

---

<sup>2</sup> Oficialmente, a inauguração do Tribunal foi em 28 de setembro de 1951, porém os primeiros julgamentos, assim como as respectivas decisões, ocorreram em 9 de setembro de 1951.

O conceito de dignidade humana e sua aplicação constituem o foco deste trabalho.

## 2. Dignidade humana: evolução histórico-filosófica

Em termos de conteúdo, ao se falar sobre as origens da dignidade humana, não é incomum encontrar a atribuição de algum tipo de proto-dignidade humana aos estóicos ou a CÍCERO e referências bíblicas à concepção de dignidade (SARLET, 2011, p. 34). Para os estóicos, conforme JOHN SELLARS (2006, p. 92), o πνεῦμα (pneuma; sopro) perpassa todos os seres da terra, inclusive as pedras; é a essência divina presente em todas as coisas, o princípio racional (λόγος) que está em tudo. Por sua vez, por ser a tensão (τόνος) do pneuma mais elevada no ser humano, por ter inteligência (νοῦς) e alma (ψυχή), ele distingue-se dos outros seres. A peculiaridade do ser humano seria, então, ter uma tensão mais elevada desse princípio (BRENNAN, 2005). Seu status não advém de seu próprio ser, mas de Deus, que para os estóicos era um dos seus dois ἀρχαί (archai). Essa era, em linhas gerais, a visão defendida pelos estóicos.

No que toca a CÍCERO (1994, p. 18), a *dignitas* não estava igualmente distribuída entre os homens. Quando diz "(...) *deinde ne maior benignitas sit quam facultates, tum ut pro dignitate cuique tribuatur; id enim est iustitiae fundamentum*"<sup>3</sup> (*De Officiis*, I, 42), o romano deixa claro que existem graus de *dignitas* e, a partir deles, é possível dar o que cada um merece. Dessarte, a palavra “*dignitas*” está mais próxima do termo “prestígio” ou “honra”, no vernáculo, do que de “dignidade”, uma vez que designa um destaque pessoal que, apesar de fundar um dever de respeito, varia entre os indivíduos e desigualamos entre si, o que, ao que consta, é a antípoda do conceito hodierno de dignidade humana.

Um outro possível precursor da dignidade humana teria sido o filósofo humanista do século XV, GIOVANNI PICO DELLA MIRANDOLA, que possuía o título de conde e viveu e morreu na Itália renascentista. Em 1486, publicou-se sua principal obra no que tange à dignidade humana. Trata-se do texto *De dignitate hominis oratio*, que só ganhou esse nome anos depois da morte de DELLA MIRANDOLA (COPENHAVER, 2008). Isso não é surpreendente, já que o texto não tinha a intenção de se tornar uma oração ou discurso acerca da dignidade do homem, uma vez que, na verdade, o texto versa, predominantemente, sobre teologia.

<sup>3</sup> “(...) depois disso, que a generosidade não seja maior do que as qualidades ou aptidões [de cada um], de modo a dar a cada um de acordo com sua dignidade (*dignitas*); este é, pois, o fundamento da justiça.” (tradução livre do autor)

DELLA MIRANDOLA defende, no mencionado texto, que o homem é uma criatura à parte de todas as outras no mundo, já que ele pode se tornar o que quiser. Na obra, Deus trava um diálogo com Adão, no qual explica que as demais criaturas, ao contrário dos homens, possuem uma natureza restrita e muito bem definida (PICO DELLA MIRANDOLA, 1486). O homem, por sua vez, não possui esses impedimentos e restrições, tendo a capacidade de criar, de transcender e ir além (HORN, 2006, p. 8). O homem, sob essa ótica, é um ser dotado de um enorme potencial criativo, que o habilita a ir além de si próprio, estabelecendo ele mesmo as próprias fronteiras.

São poucas as páginas da *oratio* que efetivamente tratam do caráter peculiar do ser humano (BIGNOTTO, 2010). Na verdade, elas parecem ser as únicas lidas, porque o texto em si foi tratado como um grande apanágio das liberdades fundamentais ou uma Carta da liberdade humana e da dignidade (*Charter of human freedom and dignity*), quando, ao que parece, não é esse o caso (COPENHAVER, 2008).

Os grandes filósofos parecem ter uma aptidão interessante: a de criar seus próprios precursores. Nesse diapasão, a história da filosofia pós-Kant, que era, sintomaticamente, neokantiana, fazia leituras kantianas de muitos daqueles que possuíam ideias que guardassem alguma semelhança com o que defendia o filósofo de Königsberg (COPENHAVER, 2008). Esse parece ter sido o caso quando se passou a tratar DELLA MIRANDOLA como um prócer da dignidade humana. Em outras palavras, a visão de que DELLA MIRANDOLA seria um precursor de KANT foi uma criação um tanto anacrônica, daqueles historiadores de inspiração neokantiana que aproximavam excessivamente o filósofo italiano de KANT.

Embora haja algumas posições em sentido contrário (DOUGHERTY, 2008; HORN, 2006), parece razoável dizer que a *dignitas hominis*, como entendida por DELLA MIRANDOLA não está perto o bastante da dignidade humana (*Menschenwürde*), como vista hodiernamente. Sobretudo, por carecer (1) da figura do sujeito-indivíduo, (2) do corolário da isonomia, (3) por não fundar obrigações de respeito, (4) não estar baseada na vontade e na liberdade, (5) e não atribuir ao sujeito (até porque não há um) o direito de perseguir de maneira autônoma os próprios propósitos.

GEORGE KATEB (2011) parece ter desenvolvido uma noção de *human dignity* que é o que há, atualmente, de mais próximo da proposta de DELLA MIRANDOLA. Essa proposta,

por não possuir os elementos supracitados, é bastante distinta do conceito de dignidade humana como entendido pelos juristas e pelo BVerfG, como se verá mais a diante.

Há autores (RUIZ MIGUEL, 2002) que listam, ainda, como precursores da dignidade humana, por exemplo, TOMÁS DE AQUINO e DAVID HUME.

Mas é com IMMANUEL KANT (1785), na Era Moderna, que nasce a ideia conceitual de dignidade como um *status* moral, conferindo ao sujeito a aptidão de possuir direitos e deveres. Essa aptidão gera a obrigação, oponível *erga omnes*, de ele ser respeitado por todos os outros membros da coletividade. Estes deverão abster-se de realizar ataques ou agressões (*Angriffe*) à autonomia do sujeito. É também com KANT que a dignidade (*Würde*) surge como prerrogativa apriorística, presente em todos os que a detêm em igual medida, tornando-a pedra angular do princípio da igualdade ou isonomia e da defesa do antiprivilégio. KANT apenas utiliza o termo dignidade humana (*Menschenwürde*) cinco vezes<sup>4</sup>. Na maioria dos momentos, o autor alemão refere-se à dignidade de toda essência ou natureza racional (*Würde aller vernünftigen Wesen ou Würde jeder vernünftigen Natur*). Sendo assim, a *Würde* não estaria, *ipso facto*, presente em todo e qualquer ser humano, mas apenas no ser provido de razão, inclusive o não-humano que por ventura seja dotado de razão. Todavia, a dignidade estaria, de qualquer sorte, igualmente presente em todos aqueles que a possuem, o que representa relevante alteração em relação aos pensadores que antecedem KANT.

A dignidade humana parece fundar um *status* que diferencia o ser humano dos demais seres. Essa posição de destaque, ou condição peculiar, tornam-no sujeito de direitos e de deveres e garante a salvaguarda de sua autonomia, ou seja, dá ao sujeito a prerrogativa de autodeterminar-se. Como coloca ARTHUR RIPSTEIN, para KANT, “(...) *each person is entitled to be his or her own master.*” (RIPSTEIN, 2009, p. 4). Prioritariamente, deve o ser humano ditar as próprias condutas e apenas excepcional e justificadamente, deve ocorrer o contrário. Para KANT (1797, p. 230), isso ocorrerá quando o gozo daquela liberdade não puder ser universalizado, isto é, quando o exercício de uma faculdade não puder ser igualmente estendido a todos os outros sujeitos. A intuição moral por trás disso jaz no fato de parecer implausível que alguém se singularize invocando em seu favor um tratamento ou consideração especiais (O’NEILL, 1989, p. 94). Se uma determinada ação pode, ao menos em tese, ser praticada por todos, não se

<sup>4</sup> Pesquisa eletrônica na obra completa de KANT (*Akademieausgabe*). [www.korpora.org/kant/suche.html](http://www.korpora.org/kant/suche.html)

está a privilegiar um sujeito. Porém, se o exercício de uma liberdade impede, de antemão, que outros a exerçam ou é incompatível com tal exercício, então é certo que ela é, para KANT, imoral, justamente por não ser universalizável.

Essas considerações servem, em especial, para esclarecer como algumas dessas fontes históricas se relacionam com a dignidade humana, conforme entendida atualmente.

Para esse tipo de compreensão, KANT parece ser um autor importante, sobretudo porque a ideia de dignidade humana preserva ainda traços típicos da modernidade (Era Moderna) e da forma moderna de pensar, como o antropocentrismo, a figura do sujeito transcendental, e o forte conteúdo racionalista. Como consignado acima, KANT usa o termo *Menschenwürde* apenas 5 (cinco) vezes em toda sua obra, incluindo palestras e preleções (*Vorlesungen*). Para o filósofo alemão, não é o ser humano como tal que goza da dignidade, mas o ser dotado de razão, é dizer, o sujeito transcendental. Esse ponto diferencia a ideia kantiana daquilo que se entende hodiernamente por dignidade humana.

Estão em KANT, todavia, alguns dos traços fundamentais da dignidade humana como a vemos hoje, nomeadamente, (1) a salvaguarda ou tutela da autonomia; (2) o antipaternalismo (estatal ou não); (3) o sujeito como ser dotado de valor intrínseco, a despeito dos fins derivados e consequências que suas ações tragam ou possam trazer a si ou à sociedade à qual ele pertence, ou seja, trata-se de um sujeito que deve ser encarado sempre como um fim em si mesmo e nunca como mero meio (*niemand bloß als Mittel*); (4) e a igualdade, já que todos os sujeitos são, intrínseca e aprioristicamente, dotados de igual valor.

A dignidade humana quer tutelar o ser humano como um fim em si mesmo. Isso significa açambarcar os projetos de um dado sujeito, independentemente de quais forem, pelo simples fato de que eles se originam daquele sujeito, ou seja, de que são produto de autodeterminação. Nessa ótica, a autonomia e a livre escolha possuem um valor intrínseco, desassociado dos possíveis frutos ou fins derivados que possam fornecer. Precisamente porque o ser humano é fim em si mesmo, e sua ação, por ser autônoma, possui um valor insito a ela mesma.

### 3. Dignidade humana como conceito jurídico

O valor é a fonte suprema na qual se baseiam os princípios, que por sua vez são os critérios pelos quais se avaliam os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa (BONAVIDES, 2011). Os princípios são a base das normas (AFONSO DA SILVA, 2011) e têm funções essenciais: fundamentar a ordem jurídica, com efeitos diretivos e derogatórios; orientar o trabalho interpretativo da norma; ser fonte de observação, quando há insuficiência da lei e dos costumes (BONAVIDES, 2011).

Nessa perspectiva de valor/princípio, nos sistemas jurídicos que adotam a dignidade humana como fundamento axiológico, o simples fato de alguém ser humano, a simples humanidade do ser dota-o de dignidade. Assim, a dignidade humana parece fundar um *status* que diferencia o ser humano dos demais seres.

### 3.1 Antipaternalismo

Para KARL LARENZ e MANFRED WOLF (2004, p. 24), o ser humano deve ter, em regra (*in erster Linie*), o direito de perseguir seus próprios fins (*Zwecke*) e objetivos (*Ziele*) e de não ter sua ação ‘heterodeterminada’ (*fremdbestimmt*). É nesse sentido que a dignidade humana, como entendida hoje, apesar de não ser idêntica à pensada por KANT, deve muito a esse, exatamente pelo conteúdo antipaternalista que preserva.

KANT (1784, p. 33), no texto *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*, já bosquejava traços de sua moral, em especial do antipaternalismo que deveria ser inerente a qualquer sistema ético sustentável. Isso fica ainda mais claro se se toma a definição de paternalismo de GERARD DWORKIN (1988, p. 123), para quem, em toda ação paternalista, *"There must be a usurpation of decision making, either by preventing people from doing what they have decided or by interfering with the way in which they arrive at their decisions."* Paternalismo é, portanto, a usurpação do processo de tomada de decisão, tanto impedindo ou coagindo aquele que toma a decisão, como sonhando informações que poderiam fazê-lo tomar uma decisão distinta dos interesses paternalistas. O dever de informação é corolário, portanto, da boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*), mas tem base na dignidade humana (*Menschenwürde*), que impõe sinceridade e lealdade, a fim de que o sujeito possa exercer, esclarecidamente, sua autonomia.

Vale mencionar, ainda, que, segundo CHRISTIAN BUMKE e ANDREAS VOSSKUHL (2008, p. 56), a presença da dignidade humana na *Lei Fundamental* deixa claro que não é o ser humano que existe por causa do Estado, mas sim o Estado que existe por causa do ser

*humano (Es stellt klar, dass der Mensch nicht um des Staates willen existiert, sondern der Staat um des Menschen willen.).*

### **3.2 Reality Shows, arremesso de anão, Peep-Shows e prostituição**

*Nessa perspectiva, os reality shows não colocam em xeque a existência objetiva e independente da dignidade humana. Ao invés, fazem apenas com que se pergunte acerca do conteúdo mesmo da dignidade humana, que, ao que tudo indica, funda algo semelhante a uma priority of liberty, no sentido rawlsiano (1999, p. 171), já que, para JOHN RAWLS, toda limitação à liberdade deve estar fundada na própria liberdade e na sua distribuição em igual medida.*

*J.J. GOMES CANOTILHO e JÓNATAS MACHADO (2003, p. 106) esclarecem que “A dignidade da pessoa humana deve ser vista, em primeira linha, como fundamento de um direito geral de liberdade e de um direito geral de igualdade, concretizado através de múltiplos direitos especiais de igual liberdade.”* Mormente se se pensar que a dignidade humana não carrega em si qualquer obrigação de adotar um meio de vida ou existência específico, tido como o “correto” ou “apropriado” (*Verpflichtung zum ‘richtigen’ Menschsein oder Leben*) (SUCHOMEL, 2010; p. 48), já que isso desaguaria em um paternalismo estatal (*staatlicher Paternalismus*). *E afirmam os autores portugueses:*

*Do ponto de vista jurídico-constitucional, uma pessoa que decide tornar públicos comportamentos geralmente protegidos pela reserva de intimidade da vida privada não está, por esse motivo, a renunciar a esse direito, mas sim a exercê-lo de acordo com as suas próprias preferências e concepções.*

*Como alerta CHRISTIAN STARCK (2010, p. 76), o mesmo vale para o caso do arremesso de anão<sup>5</sup> e para os Peep-Shows. Neste último tipo de apresentação, feita maioritariamente em casas noturnas, mulheres dançam desnudas. Para ter a oportunidade de vê-las, o cliente, homem ou mulher, deve colocar moedas em uma máquina. Com isso, abre-se um compartimento e passa a ser possível ver a mulher que está a dançar.*

---

<sup>5</sup> Um caso a respeito ficou famoso a partir da decisão do *Conseil d’Etat* que, provocado por um dos anões afetados pela medida, declarou ser válido o ato administrativo do prefeito (*maire*) da pequena *commune de Morsang-sur-Orge* que proibiu o arremesso de anão na cidade. Posteriormente, a Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos decidiu que a decisão do *Conseil d’Etat* não violou os direitos fundamentais do mencionado anão e que tampouco foi discriminatória.

Para muitos, esse tipo de apresentação denigre a figura da mulher. Parece ser bastante plausível que este tipo de “show” envolve um péssimo gosto e que pode, de fato, ser considerado um tanto impróprio. Contudo, nada levar a crer que esse comportamento sejam vedado pela dignidade humana (SUCHOMEL, 2010).

Com respeito ao arremesso de anão, STARCK (2010) está certo ao afirmar que o arremesso de anão pode, como qualquer espetáculo que está sujeito a uma autorização do poder público, ser proibido por questões administrativas de regulação local. Entretanto, nada leva a crer que isso possa se dar com espreque na dignidade humana. Muito ao contrário, tudo leva a crer que a proibição em apreço é, na verdade, uma violação da dignidade humana, à medida que se proíbe uma ação que não causa prejuízos aos direitos alheios, em inobservância da prerrogativa de autodeterminação que é ínsita a cada um. Se as pessoas envolvidas escolheram participar livre e esclarecidamente do referido arremesso, há pouco (ou nada) a opor contra sua legitimidade constitucional.

Nesse sentido, é possível arguir que a prostituição, ao invés de consubstanciar a instrumentalização ou reificação de um ser humano, significa, na verdade, uma atitude de autodeterminação e que, por isso, não configura violação à dignidade humana (MICHAEL; MORLOK, 2010, p. 104). Desde que a prostituição não seja a única opção para fugir da miséria absoluta (como ocorre muitas vezes) e não tenha lugar em meio ao contexto do tráfico de pessoas, não estaremos diante de uma violação da dignidade humana. Se alguém escolhe se prostituir por estar desprovido de condições mínimas de vida, é certo que há aí uma inobservância do direito fundamental em apreço. Todavia, se não for este o caso e estando presente uma escolha livre e esclarecida, parece ser coerente defender que cabe a cada um guiar a própria vida e ser senhor de si mesmo. Mormente se se está a falar da esfera íntima e sexual de um indivíduo adulto e capaz.

### **3.3 Valor intrínseco e direito à autodeterminação**

Conforme KLAUS STERN (2006, p. 91), a dignidade humana funda o valor intrínseco da personalidade humana (*Eigenwert menschlicher Persönlichkeit*), bem como o *direito geral da personalidade (allgemeines Persönlichkeitsrecht) decorre da dignidade humana. Este dá ao indivíduo a prerrogativa de decidir como sua imagem, seu nome e demais atributos de sua personalidade serão utilizados. Cabe ao sujeito escolher e autodeterminar se sua vida privada será de conhecimento dos outros e, quando sim, a*

*maneira segundo a qual isso se dará. Proíbe-se, igualmente, a divulgação da palavra proferida na esfera íntima e privada do interlocutor (die Verbreitung des in der Privat- und Intimsphäre gesprochenen Wortes ohne Zustimmung der sich äußernen Person), garantindo-se o direito da própria pessoa de determinar sobre a manifestação ou aparição de sua imagem (über sein Erscheinungsbild selbst zu bestimmen), conforme KARL LARENZ e MANFRED WOLF (2004, p. 135).*

*Como coloca PAUL TIEDEMANN (2010, p. 224), a dignidade humana é, na ordem jurídica alemã, assim como o era para KANT, um valor absoluto, mas não por ser irrestrito ou ilimitado, e sim por ser um valor intrínseco. Diz-se que todo valor extrínseco é relativo e define-se como relativa aquela valoração que não jaz no próprio objeto, mas naquilo que se pode começar a partir dele, a fim de alcançar uma outra coisa (Extrinsische Werte sind relative Werte (...)) Die Wertigkeit liegt also nicht in der Sache selbst (intrinsisch), sondern in dem, was man damit anfangen kann, um etwas anderes zu bekommen.)*

*Esse ponto também é fulcral quando se leva em conta a muito útil distinção taxonômica feita por TIEDEMANN (2010) entre um conceito heterônomo (heteronomisches Konzept) da dignidade humana e outro autônomo (autonomisches Konzept). Para este autor, foi a partir de KANT que a dignidade humana tomou sua verdadeira e atual forma, quando se passou a considerar que o ser humano é dotado dessa prerrogativa peculiar não por algum motivo heterônomo, como ter sido criado à semelhança de Deus, mas pelo mero e simples fato de ser um ser humano.*

### **3.4 Simplesmente dada ou intersubjetivamente construída?**

*Há, na doutrina, uma grande e fértil discussão sobre a natureza da dignidade humana. Seria ela fruto de um direito natural, de cunho inato, oriundo de Deus ou da natureza humana? Ou seria ela um conceito criado pelos homens, que reconhece sua fundação intersubjetiva e intramundana (innerweltlich)? A resposta à primeira questão foi chamada de teoria do dom (Mitgifttheorie) (COSTA BARBOSA, 2008), pois enxerga o fundamento da dignidade humana como um tipo de propriedade simplesmente dada (vorhanden), seja ela baseada em algo divino ou em alguma outra forma de direito natural. A resposta à segunda é chamada de teoria da comunicação (Kommunikationstheorie), pois reconhece como fundamento da dignidade humana um*

*tipo de base intersubjetiva, constituída nas próprias relações entre os sujeitos (MICHAEL; MORLOK, 2010; p. 98).*

*Fugir-se-ia da finalidade e da adequada abrangência deste trabalho, se se buscasse oferecer, desde já, uma resposta a essa questão, a qual, em derradeira instância, remete-se à dicotomia entre direito natural e direito positivo, que durante tanto tempo dividiu (e ainda hoje divide) juristas.*

*Todavia, feita essa reserva, é possível, ao menos, levantar sérias dúvidas com respeito à teoria do dom, sobretudo em um mundo onde os referenciais metafísicos caíram e a natureza humana, ao invés de estanque e bem definida, é tida como algo sempre em aberto. Da mesma forma, as respostas jurídicas, inclusive aquelas acerca da dignidade humana, que é criação, na melhor das hipóteses, do século XVIII, parecem estar em perene construção, o que também desafia a teoria do dom.*

*Como dito, porém, a questão permanece sem resposta definitiva.*

### **3.5 Princípio ou direito fundamental?**

Seria, além disso, a dignidade humana apenas um princípio, norteador da interpretação das normas, ainda que com aptidão derogatória e diretiva em face das normas-regras, ou seria ela um direito fundamental, com base no qual estão fundados direitos subjetivos e pretensões concretas? Ou seria ela, até mesmo, simultaneamente, ambos?

No *Grundgesetz*, a dignidade humana aparece como o primeiro direito fundamental. Na Constituição Federal de 1988 (CF), como fundamento da República Federativa do Brasil. Ao que tudo indica, a Constituição brasileira foi prudente ao estipular assim.

Por um lado, parece ser inegável que a dignidade humana é sim um direito fundamental e, como tal, gravado de cláusula pétrea (art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, CF) ou cláusula de eternidade (*Ewigkeitsklausel*), prevista na § 79, 3 do *Grundgesetz*. Isso porque ela serve de alicerce para um dever de respeito e proteção ao qual, por óbvio, corresponde um direito, que é, a seu turno, como esclarece JAN-ULF SUCHOMEL (2010, p. 59), individual e “justiciável” (*justiziabel*).

Por outro lado, a dignidade humana é também princípio, pois, como escolha axiológica feita pelo legislador constituinte originário, ela perpassa, por meio de “pontos

de irrupção” ou “portas de entrada” (*Einbruchstellen*), todo o ordenamento jurídico, o qual deverá ser interpretado, ainda que mediata e indiretamente, à luz dela. Como princípio, ela funda não apenas pretensões subjetivas e concretas, mas é uma garantia para toda a sociedade e, como tal, possui dimensão objetiva.

Com efeito, fez bem o constituinte brasileiro, ao chamar a dignidade humana de fundamento da República Federativa do Brasil. Isso só pode significar que ela é, simultaneamente, direito fundamental e princípio e que, como tal, possui lugar de distinção na ordem jurídico-constitucional brasileira.

### **3.6 Obrigação contra si mesmo?**

KLAUS STERN (2006, p. 94), no que é acompanhado por CHRISTIAN STARCK (2010, p. 47), ressalta que não há uma proteção da dignidade humana contra si mesmo, isto é, o Estado não tem o dever de impedir um sujeito de violar sua própria dignidade (se é que isso é possível!), e isso talvez leve a uma definição de dignidade como autonomia. Não há renúncia à dignidade humana, mas apenas diferentes formas de seu exercício, à medida que ela se consubstancia na autodeterminação do indivíduo (*Selbstbestimmung des Individuums*).

### **3.7 Críticas à dignidade humana**

Vale citar, ainda que brevemente, algumas posições que criticam a visão de dignidade humana como vista aqui, seja porque ela enuncia um conteúdo da dignidade humana que não é o caso (DWORKIN, 2011), seja porque ela sacraliza o ser humano (JOAS, 2011).

Perfilhando esse tipo de opinião, é possível mencionar a posição de RONALD DWORKIN (2011, p. 205), que entende que a dignidade humana presume um dever de autorrespeito, o que vai muito além do “(...) *orthodox claim that each person’s life has intrinsic and equal worth.*” E outros, como HANS JOAS (2011), que acusam a dignidade humana e os demais direitos humanos de servirem a uma sacralização da pessoa. JOAS busca traçar uma genealogia, quase que na acepção nietzscheana do termo, dos direitos humanos.

### **3.8 Princípio constitucional supremo**

Segundo CHRISTIAN STARCK (2010, p. 33, 37), a Jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* e a doutrina alemã acolheram a tese de que a dignidade humana é o princípio constitucional supremo (*oberstes Verfassungsprinzip*), além de valerm-se, explicitamente, da segunda formulação do imperativo categórico (*kategorischer Imperativ*) de KANT, também chamada de *Objektformel*. Cumpre esclarecer, ainda, que a expressão *oberstes Verfassungsprinzip* foi cunhada por GÜNTER DÜRIG (1956, p. 127), parafraseando KANT (1785, p. 440), quando este afirma que o imperativo categórico era o princípio supremo da moralidade (*oberstes Prinzip der Moralität*).

### 3.9 Isonomia e dignidade humana

O princípio da dignidade humana, sob essa perspectiva, funda a isonomia (outro princípio constitucional), à medida que todas as pessoas, pelo fato mesmo de serem humanas, são providas de uma qualidade peculiar que é inerente a todos em igual medida.

Ressalte-se que não usar alguém meramente como meio ou, em outras palavras, não se valer de alguém como instrumento deve ser entendido como reconhecimento e respeito (*Achtung*) perante o outro e seu *status* humano. Essa condição gera um dever de tratar o ser humano com consideração e, ao mesmo tempo, de reconhecer que a condição de ninguém é intrinsecamente superior à de outro ser humano (KANT, 1785).

### 3.10 Dignidade humana na Lei Fundamental e na Constituição Federal de 1988

A Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*), que entrou em vigor em 1949, prevê dignidade humana logo no *caput* do seu primeiro artigo. Postulou-se, após o jugo do nazismo, a dignidade humana como valor inviolável (*unantastbar*). Essa marca, que acompanha várias constituições do pós-guerra, mostra uma mudança de paradigma que se operou a partir de então na Alemanha e no mundo.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, III, institui a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa que subsidia e embasa os direitos e garantias constitucionais expressos no art. 5º.

#### 4. Dignidade humana na Jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*

O Estado respeita a dignidade humana por meio de uma abstenção. Nessa dimensão, a dignidade humana impõe direitos de defesa (*Abwehrrechte*), isto é, o cidadão tem direito a não ser importunado por intervenções (*Eingriffe*) estatais. Por outro lado, a dignidade humana, quando tutelada faticamente, impõe, ao Estado, direitos de prestação (*Leistungsrechte*), como ocorre, por exemplo, na garantia do mínimo existencial (*Existenzminimum*), que serve precisamente para salvaguardar os pressupostos materiais mínimos da autonomia do sujeito (BUMKE; VOßKUHLE, 2008, p. 56). O paradigma capitalista, de que todos são livres, de plano, ou seja, a despeito das circunstâncias empíricas, porque tal liberdade decorreria da racionalidade e da faculdade de escolha, deixa de ponderar adequadamente situações fáticas que tolhem e maculam o consentimento.

Um sujeito desprovido de quaisquer meios materiais, alguém acometido de um estado grave de derrelição material e econômica tem sua autonomia violada, uma vez que sua margem de ação (*Spielraum*) tende a zero. O Estado deve, por meio de ações, proteger os pressupostos fáticos da autonomia, sob pena de malferir a dignidade humana. A seguridade social, nesse diapasão, é um forte instrumento de efetivação da dimensão fática da dignidade humana.

A dignidade humana (*Menschenwürde*), para o BVerfG (45, 187), implica o direito do indivíduo de, “(...) em liberdade, determinar-se a si mesmo e desenvolver-se.” (*in Freiheit, sich selbst zu bestimmen und sich zu entfalten*). O indivíduo deve ser compreendido como alguém que vive em sociedade e que encontra nela seus limites, porém a independência da pessoa deve permanecer garantida (*doch muss die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleiben*). O indivíduo deve ser reconhecido como um membro da sociedade dotado de valor intrínseco, em condições de igualdade e com direitos iguais (*als gleichberechtigtes Glied mit Eigenwert anerkannt werden muss*). Tornar o ser humano mero objeto no Estado, porquanto, contraria a dignidade humana (*Es widerspricht daher der menschlichen Würde, den Menschen zum bloßen Objekt im Staate zu machen*).

Delineado este panorama inicial, podemos passar ao estudo de casos propriamente dito. Dentre as várias decisões que interpretam e aplicam ao caso concreto o conceito de dignidade humana, buscou-se selecionar aquelas que foram mais significativas.

#### 4.1 Liberdade de crença

Parece ter sido com base na idéia de que a dignidade humana funda uma prioridade da liberdade e uma faculdade de autodeterminar-se que o BVerfG decidiu que liberdade de crença e dignidade humana caminham juntas (LAMPRECHT, 2011, p. 126).

A Corte esclareceu que: “É distintivo de um Estado que declara ser a dignidade humana o valor constitucional supremo e garante a liberdade de expressão (não condicionada à reserva legal e indisponível), que seja permitido a membros de seitas e párias o livre desenvolvimento de suas personalidades, de acordo com suas convicções de crença subjetivas, desde que não o façam em contrariedade a outros juízos de valor feitos pela Constituição e não criem, por meio de seus comportamentos, prejuízos ponderáveis à comunidade ou aos direitos fundamentais de outros.” (*Kennzeichnend für einen Staat, der die Menschenwürde zum obersten Verfassungswert erklärt und der Glaubens- und Gewissensfreiheit ohne Gesetzesvorbehalt und unverwirkbar garantiert, ist vielmehr, daß er auch Außenseitern und Sektierern die ungestörte Entfaltung ihrer Persönlichkeit gemäß ihren subjektiven Glaubensüberzeugungen gestattet, solange sie nicht in Widerspruch zu anderen Wertentscheidungen der Verfassung geraten und aus ihrem Verhalten deshalb fühlbare Beeinträchtigungen für das Gemeinwesen oder die Grundrechte anderer erwachsen.*) (BVerfG 33, 23).

O trecho acima não deixa dúvidas, porquanto, de que a dignidade humana, por exigir que toda limitação à liberdade seja ela mesma oriunda de outra liberdade, está estreitamente ligada à liberdade de crença.

#### 4.2 O mínimo existencial ou mínimo de existência (*Existenzminimum*)

Em 9 de fevereiro de 2010, o BVerfG julgou inconstitucional a lei que criou o programa de reforma da seguridade social, assim chamado “Hartz IV”. Essa reforma alterou as regras do ‘auxílio desemprego II’ (*Arbeitslosenhilfe II*). Na ocasião, o Tribunal voltou a se manifestar sobre o conceito de mínimo existencial, além de ter modulado os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, projetando-os para o futuro (BASTIDE HORBACH, 2010/11). Restou assentado, dentre outras coisas, que a Lei Fundamental impõe ao Estado a garantia a todos dos pressupostos materiais para uma existência física e para uma participação mínima na vida social, cultural e política da comunidade

(BVerfG, 1 BvL 1/09). Isso significa não apenas se abster de tolher o minimamente indispensável para uma vida digna, como não penhorar ou tributar os bens daqueles que possuem apenas o mínimo existencial (BORGES SILVA, 2011/12, p. 5), como também dar àqueles que carecem, as condições consideradas mínimas para o desenvolvimento livre da personalidade.<sup>6</sup>

Nesse sentido, já há algum tempo (1951), o BVerfG (1, 97) vem entendendo que há, “evidentemente”, um elo estreito entre o mínimo existencial e a dignidade humana. Como coloca VOLKER NEUMANN (2010, p. 2), o mínimo existencial abrange tanto a existência física do ser humano (alimentação, vestuário, utensílios domésticos, habitação, aquecimento, higiene e saúde), como também a manutenção de relações “interhumanas” (*zwischenmenschliche Beziehungen*) e uma medida mínima de participação na vida social, cultural e política. (*Das Existenzminimum umfasst sowohl die physische Existenz des Menschen (Nahrung, Kleidung, Hausrat, Unterkunft, Heizung, Hygiene und Gesundheit) als auch die Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen und ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben.*)

Essa medida mínima não é mensurada *sub specie aeternitatis*, mas é, na verdade, variável de acordo com os custos de vida de uma dada sociedade (NEUMANN, 1995, p. 10). São consideradas essenciais, em primeiro lugar, aquelas despesas que condicionam a sobrevivência em si. Dessa forma, o valor do mínimo existencial dependerá dos custos de alimentação, habitação, vestuário, etc. Todos em um patamar que garanta a subsistência física do sujeito. Da mesma forma, é essencial que sejam levados em conta os custos de uma participação pequena, ainda que não excessivamente incipiente, na vida política, social e cultural.

Em suma, na decisão do BVerfG sobre o “Hartz IV” (BVerfG, 1 BvL 1/09), conforme os comentários de VOLKER NEUMANN (2010, p. 2), tutelou-se, de um lado, o mínimo existencial físico ou fisiológico, de outro, o mínimo existencial sócio-cultural. (*Gewährleistet ist einerseits das physische oder physiologische Existenzminimum, andererseits das soziokulturelle Existenzminimum.*)

---

<sup>6</sup> No Brasil, tais pressupostos estão ligados ao benefício de prestação continuada (BPC), com fulcro no art. 203, V, da CF e na Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS).

Afora isso, para o BVerfG (39, 1), a garantia em questão implica também a salvaguarda de um mínimo existencial ecológico (*ökologisches Existenzminimum*), ou seja, os pressupostos ecológicos mínimos para a sobrevivência na terra.

#### 4.3 Direito fundamental à propriedade

Nota-se, porquanto, no sentido do que já foi explicitado, que a propriedade, enquanto instituição, longe de ser um óbice à concretização dos próprios fins, torna-se um pré-requisito para o exercício da autonomia. Aquele que se encontra completamente desprovido de quaisquer meios materiais, ainda que não seja vítima direta de coerção ou manipulação, estará impossibilitado de reunir meios concretos para realizar seus projetos.<sup>7</sup>

É por meio da propriedade, que o indivíduo poderá escolher suas próprias prioridades e investir economicamente nelas. Sem quaisquer recursos materiais, a igualdade formal, oriunda do status diferenciado de que é dotado o ser humano, reduz-se a uma extrema desigualdade fática.

De fato, no mundo capitalista em que se vive, é inegável que haverá sempre margem para desigualdades, porém, o que a dignidade humana requer não é a justa distribuição das riquezas, mas apenas a possibilidade de dispor (*gestalten*) os próprios meios, aqueles que se nos estão à disposição, da maneira como melhor aprover. Ocorre, entretanto, que esse raciocínio requer algo importante, nomeadamente, que haja já alguns meios à disposição.

---

<sup>7</sup> Mais uma vez, KANT é instrumental para o entendimento do conceito hodierno de dignidade humana, conforme a interpretação do BVerfG, que, em inúmeras oportunidades, se valeu explicitamente de argumentos kantianos. Isso porque o filósofo de Königsberg explica que a propriedade, a liberdade contratual, bem como outras instituições de direito privado são pressupostos necessários para a instauração efetiva do direito inato à autodeterminação, ou seja, para a efetivação da dignidade humana. É elucidativa, no que toca à garantia da propriedade e sua ligação à dignidade humana, a seguinte passagem de ARTHUR RIPSTEIN, ao falar sobre KANT: “Freedom requires that you be able to have usable things fully at your disposal, to use as you see fit, and so to decide which purposes to pursue with them, subject only to such constraints imposed by the entitlement of others to use whatever usable things they have. Any other arrangement would subject your ability to set your own ends to the choice of others, since they would be entitled to veto any particular use you wished to make of things other than your body.” (RIPSTEIN, 2009, p. 19)

Portanto, embora a dignidade humana preserve uma igualdade que é predominantemente formal, ela impõe ao Estado o dever de criar as condições necessárias para que se possa tocar a própria vida independentemente.

As instituições do Estado liberal, como a liberdade contratual, por exemplo, são não apenas instrumentais, mas consubstanciam pré-requisito para o gozo da dignidade humana. Em outras palavras, ao invés de simplesmente fomentarem a autonomia, elas, muito antes, são *conditiones sine quibus non* para que ela exista.

Pense-se, a título de exemplo, que, sem a liberdade contratual, os indivíduos não poderiam dispor livremente de suas esferas jurídico-econômicas e, portanto, não poderiam organizar, como bem entendem, suas órbitas jurídicas de direitos e deveres. É precisamente porque há tal liberdade que é possível a cada um adquirir os produtos de sua preferência pessoal, sejam eles um uma passagem de ônibus, um carro, um litro de gasolina, uma casa, um iate, etc.

Embora nem todos possam adquirir, na mesma medida e proporção, esses víveres ou *commodities* (o que não viola a dignidade humana), é certo que é preciso dispor de ao menos algum meio material, sob pena de só ser possível autodeterminar o próprio corpo e nada mais; ou até mesmo, quem sabe, nem mesmo o próprio corpo, como no caso em que falta alimentação, vestuário, etc.

Cumprir observar, que a propriedade (prevista no inciso XXII do art. 5º da CF e na § 14 do *Grundgesetz*) está intimamente ligada à garantia de liberdade pessoal. Importante frisar, ainda, que a propriedade, mormente se se leva em conta a acepção constitucional do termo, não está restrita ao universo do direito das coisas (*Sachenrecht*), nomeadamente, não se restringe às coisas corpóreas móveis ou imóveis (BAMBERGER; ROTH, 2012, p. 1892).

Dá-se ao indivíduo, por meio do direito fundamental à propriedade, a liberdade de dispor, como bem entender, dos recursos materiais adquiridos por ele pela via do trabalho e do próprio esforço. Salva-se, portanto, uma esfera de liberdade na seara financeira, de modo que o sujeito possa: comprar aquilo que bem entender; investir seus bens como quiser; e correr os riscos econômico-financeiros que achar mais recompensadores.

O direito fundamental à propriedade consubstancia garantia institucional (*Institutsgarantie*). Em outras palavras, é vedado ao legislador, dentro da ordem

constitucional vigente, acabar com a propriedade privada, bem como, limitá-la excessivamente. O direito fundamental à propriedade pressupõe um instituto jurídico que não estaria a ser eficazmente garantido, se o legislador, no lugar da propriedade privada, colocasse algo que não merecesse o nome “propriedade”, como decidiu o BVerfG (24, 367).<sup>8</sup> Como a própria definição do que é propriedade é tarefa do legislador ordinário, cabe a ele, na pior das hipóteses, preservar o núcleo essencial (*Kernbereich* ou *Wesensgehalt*) da propriedade, núcleo esse que terá as suas fronteiras delimitadas pela Jurisdição Constitucional.

A propriedade põe a salvo a disposição autoresponsável (*eigenverantwortliche Gestaltung*) dos bens de um dado indivíduo, por ele próprio. Dessa forma, será lícito a ele perseguir os fins que ele próprio estipulou, da maneira que achar melhor. Imputa-se ao indivíduo a responsabilidade e a faculdade de alocar, como lhe aprouver, seus bens materiais, inclusive aqueles adquiridos mediante trabalho e esforço próprios (MICHAEL; MORLOK, 2010, p. 197).

Por outro lado, se os bens não emanam de trabalho, mas de outro fato não especialmente meritório, como uma herança, resguarda-se, outrossim, a autodeterminação do proprietário, já que a ordem jurídica conferiu, por uma opção contingente e político-legislativa-democrática, àquele indivíduo, a titularidade de certos bens, cuja guarda e disposição cabe somente a ele empreender.

Dessarte, cabe ao titular do direito à propriedade organizar seus recursos materiais como bem entenda, de modo a poder atingir, à sua maneira, as finalidades que lhe façam feliz, pois os bens, incluindo o dinheiro, são meios para que se atinjam objetivos pessoais, os quais, por sua vez, são algo subjetivo, a ser perseguido diferentemente por cada um de nós.

#### 4.4 Escutas ambientais dentro do lar

---

<sup>8</sup> “Das Eigentum ist ein elementares Grundrecht, das in einem inneren Zusammenhang mit der Garantie der persönlichen Freiheit steht. Ihm kommt im Gesamtgefüge der Grundrechte die Aufgabe zu, dem Träger des Grundrechts einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich sicherzustellen und ihm damit eine eigenverantwortliche Gestaltung des Lebens zu ermöglichen. Die Garantie des Eigentums als Rechtsinrichtung dient der Sicherung dieses Grundrechts. Das Grundrecht des Einzelnen setzt das Rechtsinstitut "Eigentum" voraus; es wäre nicht wirksam gewährleistet, wenn der Gesetzgeber an die Stelle des Privateigentums etwas setzen könnte, was den Namen 'Eigentum' nicht mehr verdient.” (BVerfG 24, 367 - Hamburgisches Deichordnungsgesetz)

Também é emblemática a decisão que institui uma proteção “absoluta” do núcleo essencial da vida privada, proibindo qualquer monitoração por meio de escutas ambientais dentro da casa do indivíduo, que sejam capazes de ferir a esfera mais íntima de sua personalidade (BVerfG 109, 279 - *Großer Lauschangriff*).

A ideia é que o lar é o “último refúgio” (*letztes Refugium*) do indivíduo e que essa garantia é corolário da dignidade humana. Essa garantia é particularmente intensa quando se trata de “casamento e família”, bem como de assuntos que dizem respeito à vida privada e à esfera íntima das relações pessoais. Escutas ambientais aptas a gravar conversas com esse tipo de conteúdo, que merece forte proteção estatal, são incompatíveis com o direito fundamental insculpido no art. 1º do *Grundgesetz*.

#### 4.5 Lei de segurança aérea

Foi também com base na dignidade humana, que o BVerfG declarou ser a lei de proteção aérea (*Luftsicherheitsgesetz*) incompatível (*nicht vereinbar*) com a Lei Fundamental (*Grundgesetz*) (BVerfG 115, 118). Na lei, autorizava-se o Ministro da Defesa ([Bundesminister der Verteidigung](#)) a ordenar o abate de aeronaves tomadas de assalto por terroristas dispostos a utilizá-las contra algum alvo terrestre. Em sua argumentação, o BVerfG afirmou que a lei é inconstitucional pois permite ao Estado matar, dolosamente (*vorsätzlich*), seres humanos inocentes, que não são autores de um crime, mas sim vítimas dele. Ademais, a lei torna os passageiros do avião a ser abatido um mero objeto da ação estatal (*zum bloßen Objekt staatlichen Handelns macht*). O valor de suas vidas passa a depender das circunstâncias, o que não condiz com o a qualidade da dignidade que lhes é insita.

A Corte invocou, ainda, a garantia do núcleo essencial (*Wesensgehaltsgarantie*), já que a morte dos passageiros tolheria, de maneira irreversível e integral, o direito que é pressuposto de todos os outros, nomeadamente, o direito à vida.

Por fim, o BVerfG esclareceu que uma decisão que coloca em xeque um dos valores mais caros à Lei Fundamental, isto é, a dignidade humana, não poderia ser tomada, unilateralmente, pelo Ministro da Defesa, que não tem atribuição nem legitimidade para ser o fiel da balança entre a vida e morte de dezenas de pessoas inocentes.

#### 4.6 Indenização por filho com má-formação cerebral

Depois de dar à luz uma filha que nasceu com deficiência, uma mulher e seu marido dirigiram-se à clínica da Universidade de Tübingen, na Alemanha, a fim de tomarem conhecimento dos riscos de uma nova gravidez (LAMPRECHT, 2011, p. 254). Na ocasião, os médicos transmitiram apenas notícias boas, explicando que seria “extremamente improvável” (*äußerst unwahrscheinlich*) que um novo filho nascesse com tal deficiência, a qual, no caso, envolvia a má-formação cerebral (*Gehirnfehlbildung*) da primeira filha. Os médicos esclareceram que a má-formação era devida a uma alteração ou distúrbio pré-natal (*präinatale Störung*) e que não havia motivos para temer a repetição do ocorrido.

Dois anos depois, nasceu a nova filha do casal, acometida de precisamente a mesma má-formação. Nas instâncias inferiores e no *Bundesgerichtshof* (BGH)<sup>9</sup>, condenou-se um dos médicos, por ter emitido um diagnóstico incorreto.

A questão chegou ao BVerfG, por meio de uma *Verfassungsbeschwerde*<sup>10</sup> endereçada ao Tribunal, sob a alegação de que a filha em questão estava a ser tratada como um “dano” ou “prejuízo” (*Schaden*) e que isso violaria a dignidade humana.

O BVerfG (96, 375) chegou à conclusão de que não houve, nesse caso, violação à dignidade humana. A pretensão de indenizar (*Schadenersatzanspruch*) baseava-se no dever contratual que havia entre o médico e os pais da criança.

O tema foi polêmico porque colocou os dois senados (*Senate*) da Corte em oposição. O primeiro senado (*erster Senat*), ao decidir, esclareceu que a responsabilização do médico não incidiu em “comercialização” (*Kommerzialisierung*) da criança e nem a privou de seu valor intrínseco. Essa decisão foi tomada em 1997. Anos antes, em 1993, na decisão chamada “Aborto II” (*Schwangerschaftsabbruch II*), decidira-se que seria inconstitucional tratar o feto por nascer ou a criança nascida por

<sup>9</sup> Equivaleria, *mutatis mutandis*, ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) brasileiro. Contudo, enquanto acima do STJ, no Brasil, há uma Suprema Corte, isto é, o Supremo Tribunal Federal (STF), com competência bastante abrangente, o BGH está abaixo apenas do BVerfG, que é uma Corte Constitucional. Logo, o BGH é a Corte alemã mais alta em matéria de jurisdição ordinária (*ordentliche Gerichtsbarkeit*) e só está abaixo do BVerfG no que tange à apreciação de questões estritamente constitucionais.

<sup>10</sup> Este é um termo de difícil tradução. Literalmente, poder-se-ia traduzir por “reclamação constitucional”. Alguns preferem a expressão “recurso constitucional”. Contudo, a natureza jurídica da *Verfassungsbeschwerde* é de ação e não de recurso, na acepção técnico-processual do termo. De qualquer sorte, trata-se do instrumento jurídico que pode ser manejado por qualquer pessoa contra ato, comissivo ou omissivo, que viole, atual e diretamente (*gegenwärtig und unmittelbar*), direito fundamental. A *Verfassungsbeschwerde* guarda semelhanças com o *recurso de amparo* do direito espanhol, ao qual ela é, até certo ponto e guardadas as devidas proporções, análoga.

erro como “dano” ou “prejuízo”, pois não haveria (ou há) um direito à não-existência (*ein Recht auf Nichtexistenz gibt es nicht*).<sup>11</sup>

Uma grande discussão teve lugar após a decisão de 1997 (LAMPRECHT, 2011, p. 257). Alegou-se que a afirmação<sup>12</sup> de que a criança (ou o seu nascimento) não pode ser tratada como um “dano”, inclusive nas obrigações de prestação de alimentos (*Unterhaltspflichten*), era um mero *obiter dictum* e não um dos motivos determinantes (*tragende Gründe*) da decisão de 1993.

Ao final, em virtude desse impasse, isto é, se seria ou não a afirmação apenas um dos *obiter dicta* da decisão, foi impossível levar a demanda à composição plenária da Corte, pois não ficou suficientemente provado que havia uma divergência jurídica entre as decisões em tela.

Com efeito, prevaleceu a decisão do primeiro senado, que entendeu não haver violação da dignidade humana no caso, pois a decisão dada não implicava nenhum demérito ou juízo de valor negativo sobre pessoa da criança (*kein Unwerturteil über die Person des Kindes*).

#### **4.7 Pena de morte, penas cruéis ou atrozes (*grausame Strafe*), pena perpétua e reinserção na sociedade**

Pode-se citar, ainda, a decisão que decidiu ser a pena perpétua por homicídio qualificado (*Mord*) (§ 211 Abs. 1 StGB) compatível com a Lei Fundamental, mas que estipulou uma série de pressupostos para a sua constitucionalidade (LAMPRECHT, 2011, p. 165), a serem clara e coerentemente regulados por meio de lei em sentido formal, em homenagem ao princípio do Estado de Direito (*Rechtsstaatsprinzip*). O Tribunal decidiu que a pena perpétua é constitucional desde que permaneça uma chance factível de que o preso, por meio de seu próprio comportamento (conforme requisitos previstos em lei em sentido estrito), volte a ser livre (BVerfG 45, 187 - *Lebenslange Freiheitsstrafe*).

Por outro lado, entende o BVerfG (18, 112) que a pena de morte é incompatível com a dignidade humana, pois tal punição nega “(...) uma confissão [ou

<sup>11</sup> No direito da *common law*, chamou-se esse problema jurídico de *liability for wrongful life* ou, simplesmente, *wrongful life*.

<sup>12</sup> *Eine rechtliche Qualifikation des Daseins eines Kindes als Schadensquelle kommt von Verfassung wegen (Art. 1 Abs. 1 GG) nicht in Betracht. Deshalb verbietet es sich, die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen.*

comprometimento] com o valor básico da vida humana.” (*ein Bekenntnis zum grundsätzlichen Wert des Menschenlebens*), a qual ninguém pode perder, nem mesmo por comportamento tido por socialmente indigno (WEIS, 2004, p. 3).

Trata-se de garantia indisponível. Logo, a todos assiste esse direito, que é parte do núcleo mínimo da dignidade humana, o qual, por sua vez, engloba, necessariamente, todos os seres humanos de maneira completamente indistinta. Esse núcleo mínimo inclui também, por exemplo, “(...) as expressões dos mais íntimos sentimentos ou formas de expressão da sexualidade” (*Äußerungen innerster Gefühle oder Ausdrucksformen der Sexualität*) (BVerfG 109, 279; 2 BvR 2500/09; WEIS, 2004, p. 2).

As penas cruéis ou atroztes (*grausame Strafe*) e a tortura também atentam contra a dignidade humana. Fazem-no porque as dores às quais é submetido o torturado, ou aquele que passa por martírios inefáveis, maculam, de maneira absoluta, a autonomia da vontade (*Autonomie des Willens*) (MICHAEL; MORLOK, 2010, p. 102).

Nesse ponto, mais uma vez, utiliza-se um conceito kantiano (*Autonomie des Willens*) para explicar que, como garantia de autonomia, a dignidade humana é agredida quando o ser humano é obrigado a tolerar dores extremas, sejam elas físicas ou psicológicas.

As punições excessivas infligem de tal maneira o indivíduo que, sobretudo pelo caráter coercitivo que possuem, retiram do indivíduo qualquer margem de escolha.

No que tange à tortura, STARCK (2010, p. 62) faz uma distinção entre a tortura processual penal (*strafprozessuale Folter*) e a preventiva-policia (*präventiv-polizeiliche Folter*). Aquela seria sempre proibida, sem exceção (*ausnahmslos*), enquanto esta última seria excepcionalmente permitida, em caso de perigo gravíssimo e iminente, como aquele em que há um terrorista que é a única pessoa a poder informar o paradeiro de uma arma de destruição em massa (*Massenvernichtungswaffe*) prestes a matar milhões de pessoas. Apesar da dramaticidade do exemplo, STARCK parece ser um dentre poucos a fazer essa distinção, que é, até o momento, apenas doutrinária.

Já quanto à reinserção de presos na sociedade (*Wiedereingliederung von Strafgefangene in der Gesellschaft*), trata-se de requisito elementar da tutela da dignidade humana (BVerfG 35, 202; 36, 174; 45, 187), já que tal “ressocialização” é ancilar da reobtenção da autonomia fática. Sem emprego, sem envolvimento com entes

queridos e o reestabelecimento de relações sociais, o ex-preso vê-se incapaz de perseguir os próprios objetivos, a não ser criminando novamente.

Logo, a reinserção na sociedade daquele que cumpriu pena, o que envolve a retomada de laços afetivos e sociais, a aquisição de renda e o estreitamento de vínculos intersubjetivos, é condição necessária para que aquele que até então não podia gozar da própria liberdade, passe a poder fazê-lo (STARCK, 2010, p. 53). A mera soltura da prisão não significa, por si só, devolução da liberdade ao preso, porque a liberdade, como entendida à luz da dignidade humana, requer mais do que a mera soltura do cárcere.

#### **4.8 Alteração de registro civil por transexual**

Igualmente, fere a dignidade humana e a autonomia a ela ínsita, segundo o Tribunal alemão, que um transexual não possa alterar seus registros pessoais, uma vez tendo realizado cirurgia de mudança de sexo (BVerfG, 999, 1002). A esfera íntima e, em especial, as preferências e particularidades sexuais, não de ser geridas individualmente pelos próprios indivíduos, cabendo a eles o direito de dispor ou formar (*gestalten*) suas relações privadas como bem entenderem.

#### **4.9 Autodeterminação informativa (*informationelle Selbstbestimmung*)**

A autodeterminação informativa é um direito que garante a todos a prerrogativa de disporem se, e quando, suas informações estarão à disposição do Estado e das outras pessoas. Em outras palavras, salvo quando justificado por um interesse coletivo, com base em uma lei em sentido estrito e observados os demais condicionantes impostos a uma intervenção em direito fundamental, não poderá o Estado reter dados de seus cidadãos. Este direito foi reconhecido pelo BVerfG (65, 1) como fundamental em 15 de novembro de 1983.

Todo banco de dados de informações desse tipo em poder do Estado ou de outra instituição (como as grandes corporações como *Facebook*, *Google*, *Yahoo*, etc.) deverá ter critérios claros de armazenamento de dados, submetido ao escrutínio público. Da mesma forma, essas empresas só poderão ter em seu poder dados voluntariamente cedidos, os quais, por sua vez, não poderão ser usados para fins diversos dos especificados ou daqueles presumidamente aplicados ao caso. Isto é, se alguém entrega

informações a uma empresa “A”, não é permitido a essa empresa repassar tais dados a uma outra.

Na Alemanha, é antiga a história do direito à autodeterminação informativa. Exigem-se critérios claros e normatizados para que o governo possua em seu poder dados sobre seus cidadãos.

Posteriormente, em caso emblemático (BVerfG 120, 274), de relatoria do Juiz<sup>13</sup> WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, decidiu-se que a Lei Fundamental reconhece o direito fundamental de garantia da confiança e integridade dos sistemas técnico-informativos” (*Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme*), apelidado, de forma concisa, de *Computer-Grundrecht* (LAMPRECHT, 2011, p. 299).

Consideram-se legítimos, por exemplo, os dados utilizados, de maneira moderada e proporcional, para fins de tributação, censo da população, prevenção de crimes ou condenação por reincidência (no caso do processo penal), etc.

O crivo da proporcionalidade é analisado, em casos como esse, sobretudo no seguinte aspecto: os métodos utilizados, as informações armazenadas e as justificativas dadas são coerentes? São aptos a atingir a finalidade à qual se aspira?

Da mesma forma que o direito sobre a própria imagem (*Recht am eigenen Bild*), a autodeterminação informacional é corolário do direito geral da personalidade (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*), o qual, por sua vez, tem amparo na dignidade humana. Este último, o direito geral da personalidade, envolve, segundo a jurisprudência do BVerfG: (1) um direito à esfera privada, secreta e íntima; (2) o direito à honra e à disposição dos atributos pessoais, tais qual imagem, voz, etc.; (3) o direito de não receber falsas imputações, como a de ter ações não praticadas ou palavras não proferidas falsamente atribuídas a si (LENSKI, 2007, p. 141).

Ninguém pode ser obrigado a suportar que sua imagem ou informações a seu respeito sejam utilizadas para escopos alheios, salvo quando observadas as exigências qualificadas que se faz a esse tipo de intervenção na autodeterminação do sujeito ou

---

<sup>13</sup> Na Alemanha, o título de um membro do BVerfG é “Juiz no Tribunal Constitucional Federal” (*Richter am Bundesverfassungsgericht*). Não há, como no Brasil, o título “Ministro”, tampouco a qualificação *Justice*, como há nos EUA e – mais recentemente, após a criação da Suprema Corte do Reino Unido – na Inglaterra.

quando ele mesmo, expressa ou tacitamente, anui ao uso desses atributos da personalidade.

No caso da invasão de banco de dados ou quebra de sigilos telemáticos, inclusive na “busca e apreensão *online*” (*Online-Durchsuchung*), exige-se a observância da reserva de juiz (BVerfG 120, 274). A assim chamada reserva de juiz (*Richtervorbehalt*) é conceito análogo à reserva de lei (*Gesetzesvorbehalt* ou *Vorbehalt des Gesetzes*) e à reserva de parlamento (*Parlamentsvorbehalt*). Consubstancia, porquanto, exigência a ser cumprida pelo Estado quando da intervenção em espaço que, prioritariamente, não comporta sua ingerência ou que, apesar de comportá-la, exige uma cautela especial. Esse tipo de pré-requisito é particularmente utilizado quando da intervenção em órbitas jurídicas guarnecidas e abrangidas por direito fundamental.

A reserva de juiz estabelece uma segurança qualificada a ser observada quando da ação estatal que é por ela condicionada. Esse instrumento assecuratório acautela o bem jurídico em pauta por meio da atuação de uma instância neutra e independente (o juiz), que deverá, tanto quanto possível, buscar a melhor tutela possível para o direito concernente.

Essas reservas devem sempre ser interpretadas levando-se em conta que há uma presunção pró-direitos fundamentais, que milita em favor do indivíduo e contra a intervenção almejada, de modo que aquele que requer a limitação a um direito fundamental possuirá sempre um *onus probandi* particularmente gravoso.

Na jurisprudência da Corte (2 BvR 1444/00), é possível diferir no tempo a exigência estipulada pela reserva de juiz, quando, diante de perigo iminente ou perigo em curso (*Gefahr im Verzug*), for possível que o decurso do tempo seja suficiente para a destruição dos dados que deverão ser apreendidos. Assim, é lícito ao policial, diante de circunstâncias que autorizem essa atitude, reter, por exemplo, um computador onde há, inequivocamente, dados criminosos, se, e somente se, for plausível e provável que a demora em obter um mandado, por menor que seja, tenha o condão de inviabilizar a medida pretendida.

Em alguns casos, a mera demora em obter um mandado judicial torna inócua a medida buscada. Logo, difere-se no tempo a apreciação judicial do ato policial. Esse ato será, indistintamente, avaliado pela autoridade competente, que, ao ponderar, emitirá juízo sobre sua legitimidade. Contudo, o mero fato de a prova ter sido obtida sem

autorização prévia, não a invalida, quando, e somente quando, for possível dizer que a inércia naquele instante teria sido suficiente para colocar em xeque a existência mesma das provas às quais se visa.

Isso ocorre especialmente com dados salvos em disquetes, CDs, *pendrives*, etc. Ressalte-se, nos termos do BVerfG, que a ordem judicial de uma busca (*Durchsuchung*) é a regra, a não judicial, a exceção (*die richterliche Anordnung einer Durchsuchung ist die Regel, die Nichtrichterliche die Ausnahme*).

A reserva do juiz é aplicável aos bancos de dados que envolvam informações privadas e às demais buscas de dados telemáticos. A exceção, no caso de perigo iminente (*Gefahr im Verzug*), também.

## 5. Conclusão

O Estado não tem apenas o dever de adotar uma postura omissiva e preservar o *status negativus*, mas tem também a tarefa de colocar à disposição do indivíduo os meios materiais necessários e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais.

Nesse sentido, a dignidade humana, se entendida como direito fundamental, é tanto um direito de defesa (*Abwehrrecht*), como um direito de prestação (*Leistungsrecht*). A liberdade, como bem explica GILMAR FERREIRA MENDES (1999), não pode ser só liberdade em face do Estado (*Freiheit vom...*), ela deve ser também liberdade mediante atuação do Estado (*Freiheit durch...*).

Seria possível ainda citar diversos outros casos que suscitam questionamentos constitucionais. Por ora, entretanto, o importante é notar que a interpretação centralizada do conceito de dignidade humana, como feita por um órgão de cúpula como o Tribunal Constitucional Federal, com mais de 60 anos de judicatura, oferece um fértil e profícuo objeto de pesquisa, que favorece a aplicação coerente do conceito de dignidade humana.

São muitos os que criticam a centralização do controle de constitucionalidade (STOLLEIS, 2011; BENVINDO, 2010; 2011/12) e, na Alemanha, há aqueles que

criaram, em crítica à Corte, a parêmia *Karlsruhe locuta, causa finita*<sup>14</sup>, em alusão à cidade de Karlsruhe, onde fica a sede do BVerfG (JESTAEDT, 2011, p. 87).

Não obstante, parece certo que, no que tange ao objeto deste trabalho, a interpretação centralizada do conceito de dignidade humana, possibilitada por meio do controle de constitucionalidade altamente abstrato instalado na Alemanha, favoreceu uma compreensão coerente do conceito. Isso porque as diversas decisões citadas se amparam na ideia de dignidade humana como autonomia, tanto no seu aspecto formal quanto material.

A instrumentalização e a reificação do sujeito envolvem o desdém pela prerrogativa que este tem de determinar os próprios propósitos e buscar implementá-los. Assim, aquele que é submetido à tortura; ou o condenado a uma pena perpétua sem que restem chances de ganhar a liberdade novamente; assim como o indivíduo que não possui as condições materiais mínimas de uma vida digna, não tiveram suas dignidades respeitadas.

As decisões do BVerfG aplicam, em larga medida, uma noção de dignidade humana que é fiel à tradição kantiana e que, como visto no caso da decisão sobre a lei de segurança aérea (*Luftsicherheitsgesetz*), se remete a essa tradição explicitamente.

Outrossim, nos diversos casos julgados pelo BVerfG, é possível notar que a dignidade humana é tratada como um direito fundamental, não só porque assim ela foi descrita pela Lei Fundamental, em seu artigo 1º, mas também porque a Corte atribui aos sujeitos, com base na dignidade humana, direitos subjetivos bastante concretos, que não dizem respeito à raça humana ou ao gênero humano, mas aos indivíduos humanos e a prerrogativas que eles todos possuem pelo fato mesmo de serem humanos.

A interpretação da dignidade humana dada pela Corte não escapa ilesa a críticas. Uma delas, feita por ILMER DAMMANN (2011), critica-a sob o fundamento de que, a despeito daquilo dito pelo BVerfG, não há uma verdadeira noção de núcleo essencial (*Wesensgehalt*) da dignidade humana. DAMMANN (2011, p. 72) tenta mostrar que mesmo as áreas consideradas essenciais pelo BVerfG foram, em algum momento, objeto de flexibilização e que o próprio núcleo essencial segue, por meio do BVerfG, no sentido de

<sup>14</sup> “Karlsruhe falou, a questão acabou.” (tradução livre do autor). O trocadilho faz alusão à expressão *Roma locuta est, causa finita est*, a qual, por sua vez, faz referência à autoridade do papa, que, sediado em Roma, tinha a última palavra nas questões da igreja. *Locuta est*, ou apenas *locuta*, vem do verbo *loquor*, que é depoente, em latim. Sendo assim, literalmente, pode-se traduzir o brocardo como “Roma falou, a questão está terminada.”

uma proteção relativa (*durch das Bundesverfassungsgericht führt zu einem relativen Schutz*). Para ele, isso significa que a dignidade humana não pode ser considerada inviolável (*unantastbar*), como prevê o *Grundgesetz*. O autor suscita diversos argumentos a seu favor e, por meio do cotejo de decisões, consegue mostrar pontos interessantes. A procedência ou não de sua crítica fica, todavia, em aberto.

De qualquer sorte, parece manifesto que a interpretação do conceito, conforme levada a cabo nos casos listados, confere certo grau de previsibilidade aos pronunciamentos do Tribunal, a ponto dos casos listados acima possuírem inúmeros pontos que coincidem com a definição doutrinária do conceito de dignidade humana, segundo preconizada pelos juristas alemães.

Essa forma de compreensão da dignidade humana, partilhada pelo BVerfG e pela doutrina, deriva do direito de autodeterminação e autonomia as seguintes conclusões (PIEROTH; SCHLINK, 2011, p. 87): (1) cabe ao sujeito, em um Estado pautado pela dignidade humana (*Menschenwürde*) a prerrogativa de escolher os próprios objetivos e propósitos e levá-los a cabo. Apenas excepcional e justificadamente, poderá o Estado limitar a liberdade do sujeito, que em regra, não está sujeito ao arbítrio estatal. Tal limitação deverá ocorrer sempre em nome do exercício da própria liberdade, inclusive aquela que pertence aos outros indivíduos (prioridade da liberdade); (2) o sujeito terá uma proteção à integridade pessoal, seja ela corporal ou da personalidade, de modo que possa ser senhor do próprio corpo e dos atributos de sua personalidade, como a imagem. Essa garantia, de autonomia e integridade sobre si mesmo, deverá ser ainda mais intensa na esfera íntima; (3) proíbem-se discriminação e diferenciação arbitrárias, já que, aprioristicamente, são todos dotados do mesmo grau de liberdade. O Estado deve ter, predominantemente, consideração idêntica para com cada um dos seres humanos que vivem sob a sua égide; e, finalmente, (4) uma garantia de que a todos será dado um mínimo existencial ou de existência (*Existenzminimum*), isto é, os pressupostos materiais mínimos de uma vida digna, de modo que o sujeito possa perseguir os fins que ele mesmo escolheu livremente.

## 6. Referências

AFONSO DA SILVA, José. “Curso de Direito Constitucional Positivo.” 34<sup>a</sup>ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BAMBERGER, Heinz Georg; ROTH, Herbert. “Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 2: §§ 611 - 1296, AGG, ErbbauRG, WEG.” 3.Auf. München: C.H. Beck, 2012.

BASTIDE HORBACH, Beatriz. “Benefícios sociais e a garantia do mínimo existencial: o caso Hartz IV.” In: *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Ano 4, 2010/2011. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/446/287> Acesso em 14 de janeiro de 2012.

BENVINDO, Juliano Zaiden. “Mandado de Injunção em Perigo: Os Riscos da Abstração de seus Efeitos no Contexto do Ativismo Judicial Brasileiro.” In: *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Ano 5, 2011/2012. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/597/400> Acesso em 14 de janeiro de 2012.

\_\_\_\_\_. “On The Limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism.” Heidelberg; New York: Springer, 2010.

BIGNOTTO, Newton. “Considerações sobre a antropologia de Pico della Mirandola.” In: MARCONDES, Danilo (org.) *O que nos faz pensar? Cadernos do Departamento de Filosofia da PUC-RIO*, maio de 2010.

BONAVIDES, Paulo. “Curso de Direito Constitucional.” 26<sup>a</sup>ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BORGES SILVA, Virgínia Xavier. “A dimensão prestacional social do mínimo de existência e a responsabilidade pelo provimento das prestações Fáticas dos direitos sociais: uma análise do acórdão 509/02 (Tribunal Constitucional Português) e do Caso Hartz IV (Tribunal Constitucional Alemão).” In: *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Ano 5, 2011/2012. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/593/397> Acesso em 14 de janeiro de 2012.

BRENNAN, Tad (2005). “The Stoic Life: Emotions, Duties and Fate.” Oxford: Clarendon Press, 2007.

BUMKE, Christian; VOBKUHLE, Andreas. “Casebook Verfassungsrecht.” 5.Auf. München: C.H. Beck, 2008.

BVerfG. Consulta ao banco de dados de decisões do Tribunal. <<http://www.bverfg.de>> Acesso em 14 de janeiro de 2012.

CANOTILHO, José J. Gomes; MACHADO, Jónatas E.M. “Reality Shows e liberdade de programação.” (col. Argumentum, 12). Coimbra: Coimbra, 2003.

CÍCERO. “De Officiis.” (*Oxford Classical Texts*). Oxford: Oxford University Press, 1994.

COPENHAVER, Brian. “Giovanni Pico della Mirandola” (*Stanford Encyclopedia of Philosophy*). 2008. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/pico-della-mirandola/> Acesso em 14 de janeiro de 2012.

COSTA BARBOSA, Ana Paula. “Die Menschenwürde im deutschen Grundgesetz und in der brasilianischen Verfassung von 1988.” Heidelberg: LIT, 2008.

DAMMANN, Ilmer. “Der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung: Zum Menschenwürde- und Wesensgehaltsschutz im Bereich der Freiheitsgrundrechte.” (*Schriften zum öffentlichen Recht*, 1180). Berlin: Duncker & Humblot, 2011.

DOUGHERTY, M. V. “Pico della Mirandola: new essays.” Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DÜRIG, Günter. “Der Grundsatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 des Grundgesetzes.” In: *Gesammelte Schriften 1952-1983. (Schriften zum Öffentlichen Recht*, 463). Berlin: Duncker & Humblot, 1984.

DWORKIN, Gerald. “The Theory and Practice of Autonomy.” Cambridge Studies in Philosophy. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

DWORKIN, Ronald. “Justice for Hedgehogs.” Cambridge, MA/London: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

FERREIRA MENDES, Gilmar. “Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional.” In: *Revista Jurídica Virtual*. Brasília, vol. 2, n. 13, junho/1999.

HORN, Jessica. “Giovanni Pico della Mirandas Menschenbild in seiner Schrift *De dignitate hominis*.” Norderstedt: GRIN Verlag, 2006.

JHERING, Rudolf von (1872). “Der Kampf ums Recht.” Frankfurt am Main: Klostermann, 2003.

JESTAEDT, Matthias. “Phänomen Bundesverfassungsgericht: Was das Gericht zu dem Macht, was es ist.” In: JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver; MÖLLERS, Christophe *et alii* *Das entgrenzte Gericht: Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*. Frankfurt am Main: Surhkamp, 2011.

JOAS, Hans. “Die Sakralität der Person: Eine Genealogie der Menschenrechte.” Frankfurt am Main: Surhkamp, 2011.

KANT, Immanuel (1784). “Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?” In: KANT, Immanuel (1782-1798). *Abhandlungen nach 1781*. (Akademieausgabe, Bd. VIII). Berlin: Duncker & Humblot, 1912.

\_\_\_\_\_ (1797). “Die Metaphysik der Sitten.” (Akademieausgabe, Bd. VI). Berlin: Duncker & Humblot, 1907.

\_\_\_\_\_ (1785). “Grundlegung zur Metaphysik der Sitten.” (Akademieausgabe, Bd. IV). Berlin: Duncker & Humblot, 1911.

\_\_\_\_\_ “Gesammelte Schriften.” Edição eletrônica da obra completa de Kant, edição da academia (Akademieausgabe). Disponível em: <http://www.korpora.org/> Acesso em 14 de janeiro de 2012.

KATEB, George. “Human Dignity.” Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011.

KELSEN, Hans. “Wer soll Hüter der Verfassung sein? Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie.” Stuttgart: Mohr Siebeck, 2008.

LAMPRECHT, Rolf. “Ich gehe bis nach Karlsruhe: Eine Geschichte des Bundesverfassungsgerichts.” München: Deutsche Verlags-Anstalt, 2011.

LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. “Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts.” 9.Auf. München: C.H. Beck, 2004.

LENSKI, Sophie-Charlotte. “Personenbezogene Massenkommunikation als verfassungsrechtliches Problem: das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Konflikt mit Medien, Kunst und Wissenschaft.” (*Schriften zum Öffentlichen Recht*, 1052). Berlin: Duncker & Humblot, 2007.

MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. “Grundrechte.” 2.Auf. Baden-Baden: Nomos, 2010.

NEUMANN, Volker. “Menschenwürde und Existenzminimum im Verfassungsrecht.” 2010. (Humboldt-Universität zu Berlin). Disponível em: [http://www.fes.de/integration/pdf/100510\\_neumann.pdf](http://www.fes.de/integration/pdf/100510_neumann.pdf) Acesso em 14 de janeiro de 2012.

\_\_\_\_\_ “Menschenwürde und Existenzminimum.” In: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (NVwZ); 1995. Disponível em: <http://edoc.hu-berlin.de/humboldt-vl/neumann-volker/PDF/Neumann.pdf> Acesso em 14 de janeiro de 2012.

NEVES, Marcelo. “Transconstitucionalismo.” São Paulo: Martins Fontes, 2009.

O’NEILL, Onora. “Constructions of Reason: Explorations of Kant’s Practical Philosophy.” New York: Cambridge University Press, 1989.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni (1486). “De hominis dignitate/Über die Würde des Menschen” (Lateinisch/Deutsch). Stuttgart: Reclam, 1997.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. “Grundrechte. Staatsrecht II.” 27.Auf. München: C.F. Müller, 2011.

RAWLS, John. “A Theory of Justice.” Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.

RIPSTEIN, Arthur. “Force and Freedom: Kant’s Legal and Political Philosophy.” Cambridge, MA/London: Harvard University Press, 2009.

RUIZ MIGUEL, Carlos. “Human Dignity: History of an idea.” *In*: HÄBERLE, Peter. *Jahrbuch des öffentlichen Recht*. Bd. 50. Stuttgart: Mohr Siebeck, 2002.

SARLET, Ingo. “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.” 9ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SELLARS, John. “Stoicism.” Berkeley and Los Angeles, CA: University of California Press, 2006.

STARCK, Christian. “Artikel 1 Absatz 1.” *In*: MANGOLDT, Hermann von; KLEIN, Friedrich; STARCK, Christian. *Kommentar zum Grundgesetz. Band I - Präambel, Art. 1-19*. 6.Auf. München: Franz Vahlen, 2010.

STERN, Klaus. “Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland - Band III/1: Allgemeine Lehren der Grundrechte.” München: C.H. Beck, 1988.

\_\_\_\_\_ “Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland - Band IV/1: Die einzelnen Grundrechte.” München: C.H. Beck, 2006.

STOLLEIS, Michael (Hrsg.). “Herzkammern der Republik: Die Deutschen und das Bundesverfassungsgericht.” München: C.H. Beck, 2011.

SUCHOMEL, Jan-Ulf. “Partielle Disponibilität der Würde des Menschen.” (*Schriften zum Öffentlichen Recht*, 1152). Berlin: Duncker & Humblot, 2010.

TIEDEMANN, Paul. “Menschenwürde als Rechtsbegriff: Eine philosophische Klärung.” 2.Auf. Berlin: BWV, 2010.

WEIS, Hubert. “Meine Grundrechte: Bedeutung, Schranken und Rechtsprechung.” 4.Auf. München: DTV, 2004.

*Artigo recebido em 19 de agosto de 2012.  
Artigo aceito para publicação em 15 de setembro de 2012.*