

DIGNIDADE HUMANA COMO RESTRIÇÃO

ROGÉRIO PACHECO ALVES*

1. Introdução; 2. Kant e o Ingresso da Dignidade na Modernidade; 3. Dignidade Humana como Dom Divino; 4. *Dignitas* Medieval e Dignidade Humana Contemporânea; 5. Waldron e a Inversão Radical do Conceito de *Dignitas*; 6. Conclusão.

1. Introdução

Dentre os conceitos jurídicos “indeterminados”, o de dignidade humana é, sem dúvida, o que maiores debates e perplexidades suscita. A seu respeito proliferam entre os filósofos do Direito uma plethora de indagações: Qual seria o seu conteúdo? Quem seriam os seus destinatários (também os animais e a natureza?) Como dar-lhe eficácia? Cuida-se, realmente, de um conceito necessário?

Como quer que seja, o ingresso da dignidade humana no universo jurídico é incontroverso e pode ser facilmente demonstrado por uma rápida análise dos diversos tratados e declarações de direitos que a ela fazem expressa referência.¹ Não estamos diante, assim, de um conceito de conteúdo puramente moral ou religioso, mas sim de um metaprincípio de justificação da Teoria dos Direitos Humanos.

Em Habermas, por exemplo, o conceito de dignidade constitui a fonte moral da qual os direitos fundamentais tiram o seu fundamento e cumpre uma função catalisadora (estímulo e dinamização) na construção dos direitos humanos a

* Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Sociologia e Direito pela Universidade Feral Fluminense. Doutorando em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-RJ.

1 Cf. ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. *Derechos Fundamentales y Dignidad Humana*. El Tiempo de los Derechos, Madrid, n. 10, pp. 3-17, 2011, pp. 4 e ss.).

partir de uma moral racional. Além disso, o conceito dá conta da força política “explosiva” de uma “utopia concreta” capaz de responder a contento as críticas que lhe são dirigidas.² Como resumidamente apontado por Jeffrey Flynn, Habermas assume a dualidade dos direitos humanos, a sua vinculação, a um só tempo, à moralidade e à lei, e põe em evidência a necessidade de uma elaboração discursiva dos direitos humanos.³

Já em Kant, os direitos humanos – a rigor, a liberdade, o único direito humano referido pelo filósofo alemão – radicam-se na racionalidade conatural à humanidade e no puro querer da ação moral.

De qualquer modo, tanto em Kant quanto nos neokantianos, como Habermas, o reconhecimento universal de uma dignidade humana cumpre o papel de fundamentar os direitos humanos e, em consequência, o de limitar as relações verticais (indivíduo-Estado) e horizontais (relações entre indivíduos) ao criar uma esfera intransponível de igual respeito e consideração.

Atualmente, contudo, encontram-se resquícios, sobretudo na jurisprudência, de um conceito de dignidade anterior ao seu molde kantiano, de uma *dignitas* medieval que fundamenta obrigações (mais do que direitos) e que, em consequência, subverte a ideia de liberdade.⁴ Daí a importância do resgate e do aprofundamento dos debates em torno do conceito de dignidade humana.

O objetivo desse trabalho consiste em resgatar criticamente alguns aportes teóricos fundadores de um conceito “negativo” de dignidade humana, ou seja, da face do conceito invocada para a justificação de restrições ao exercício de direitos.

2. Kant e o Ingresso da Dignidade na Modernidade

Um dos conceitos centrais da filosofia kantiana é o de *imperativo categórico*, referência fundamental em vários momentos de sua obra, sobretudo no que diz respeito à sua *filosofia moral*. Serviremo-nos, aqui, da formulação do conceito contida na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, trabalho publicado em 1785.⁵

2 HABERMAS, Jürgen. “El Concepto de Dignidade Humana y La Utopía Realista de los Derechos Humanos”. In: *Diánoia*, Vol. LV, número 64, Maio de 2010, pp. 3-25.

3 FLYNN, Jeffrey. “Habermas on Human Rights: Law, Morality and Intercultural Dialogue. In: *Social Theory and Practice*”, Vol. 29, n. 3, julho de 2003, p. 457.

4 Ver, a respeito, HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie. “A Human Dignitas? Remnants of the Ancient Legal Concept in Contemporary Dignity Jurisprudence”. In: *I-CON* (2011), Vol. 9, n. 1, pp. 32-57.

5 *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela. In: *Coleção Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

É largamente reconhecido que as formulações de Kant no campo da ética têm nítida pretensão prescritiva, cuidando-se de uma ética formulada a partir do *dever*. Em sua visão, a liberdade humana, fruto da racionalidade, somente é exercida plenamente no campo da razão prática, o que se dá a partir da formulação de conceitos genéricos (*a priori*) e universais esvaziados de qualquer contingência empírica. Ou seja, muito embora mergulhado no oceano das causalidades e condicionamentos dados pela natureza, o agir moral deve pautar-se apenas pela razão (e não pela experiência), único caminho possível à formulação de juízos éticos duradouros.

Logo no prefácio da *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Kant propõe, após afirmar a necessidade de distinguir “*a parte empírica da parte racional*”, a importância de uma “*pura filosofia moral*” escoimada de tudo o que seja empírico. A necessidade de pureza decorreria da constatação de que qualquer lei moral só pode adquirir validade, isto é, figurar como fundamento de uma obrigação, se decorrer de uma “*necessidade absoluta*”. Assim, “... o princípio da obrigação não se há de buscar aqui na natureza do homem ou nas circunstâncias do mundo em que o homem está posto, mas sim *a priori* exclusivamente nos conceitos da razão pura”.⁶ Do contrário, os costumes ficariam sujeitos a toda sorte de “*perversão*” por falta de um “*fio condutor*” e de uma “*norma suprema do seu exato julgamento*”. Como se vê, cuida-se de uma proposta filosófica que dá destacada importância à necessidade de segurança e solidez na formulação das regras morais.

A ação moral, em Kant, deriva do *puro querer* e não das *inclinações* ou das *finalidades* buscadas pelo sujeito. Seu valor não reside no *efeito* que dela se espera, o que, dada a multiplicidade de efeitos desejados pelos homens, colocaria a moral num terreno extremamente cambiável. Por conseguinte,

... nada senão a representação da lei em si mesma, que em verdade só no ser racional se realiza, enquanto é ela, e não o esperado efeito, que determina a vontade, pode constituir o bem excelente a que chamamos moral, o qual se encontra já presente na própria pessoa que age segundo esta lei, mas se não deve esperar somente do efeito da ação.⁷

Despojada a vontade das inclinações naturais e dos desejos, abre-se caminho à formulação de uma lei moral apriorística, fruto da pura racionalidade e que habilita o sujeito a proceder “... sempre de maneira que eu possa querer também que a minha máxima se torne uma lei universal”.⁸ A formulação dos juízos éticos seria possível a partir da indagação que o homem faça, a si mesmo, sobre a aptidão de que a sua máxima se converta em lei

6 *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, ob. cit., p. 198.

7 *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, ob. cit., p. 209.

8 *Idem*.

universal.⁹ Somente a resposta positiva permite o reconhecimento de uma verdadeira regra moral.

Fixados brevemente tais contornos, já é possível indicar a fórmula cunhada por Kant para o seu imperativo categórico moral: “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”.¹⁰ No imperativo categórico a ação é “*objetivamente necessária por si mesma*”. Já os imperativos hipotéticos representam “*a necessidade prática de uma ação possível como meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer (ou que é possível que se queira)*”.¹¹

De forma bastante simples, pode-se dizer que em Kant só há lugar para uma moral universal, não para morais particulares, culturais ou históricas. E a construção da universalidade da norma ética somente se torna possível pelo abandono da experiência (inclinações, desejos, paixões etc), das contingências, e pela adoção da razão pura em seu lugar. Para Höffe, os imperativos categóricos servem-se apenas da razão, e não de qualquer coação interna ou externa, para adquirirem validade.¹² Trata-se, como parece claro, de uma moral *procedimental*, de cunho formal, o que significa que Kant não propõe nada que possa se assemelhar a um decálogo de leis morais.¹³

A dignidade humana também ganha destaque na doutrina de Kant e por seu intermédio a racionalidade é posta como um fim em si mesmo:¹⁴ “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”.¹⁵

Aqui, o que se pretende ressaltar, ao que nos parece, é a conaturalidade entre a ideia de humanidade e a busca da razão, a natural disposição do homem em abandonar as suas inclinações subjetivas em busca da razão e da construção de máximas universais.¹⁶ Ou seja, em Kant a racionalidade ínsita

9 “Não preciso pois de perspicácia de muito largo alcance para saber o que hei de fazer para que o meu querer seja moralmente bom. Inexperiente a respeito do curso das coisas do mundo, incapaz de prevenção em face dos acontecimentos que nele se venham a dar, basta que eu pergunte a mim mesmo: - Podes tu querer também que a tua máxima se converta em lei universal? Se não podes, então deves rejeitá-la, e não por causa de qualquer prejuízo que dela pudesse resultar para ti ou para os outros, mas porque ela não pode caber como princípio numa possível legislação universal” (Fundamentação da Metafísica dos Costumes, ob. cit., pp. 210-211).

10 Fundamentação da Metafísica dos Costumes, ob. cit., p. 223. O próprio Kant fornece algumas variações do imperativo: “Age como se a máxima da tua ação se devesse tornar, pela tua verdade, em lei universal da natureza” (Fundamentação da Metafísica dos Costumes, ob. cit., p. 224) ou “Age segundo máximas que possam simultaneamente ter-se a si mesmas por objeto como leis universais da natureza” (Fundamentação da Metafísica dos Costumes, ob. cit., p. 236).

11 Fundamentação da Metafísica dos Costumes, ob. cit., p. 219.

12 HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 199.

13 Cf. TERRA, Ricardo. Kant & o Direito. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor, 2004, p.12

14 Cf. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant, obra e autor citados, p. 202.

15 Fundamentação da Metafísica dos Costumes, ob. cit., p. 229.

16 “As próprias inclinações, porém, como fontes das necessidades, estão tão longe de ter um valor absoluto que as torne desejáveis em si mesmas, que, muito pelo contrário, o desejo universal de todos os seres racionais deve ser o de se libertar totalmente delas. (...) Os seres cuja existência

ao homem confere a esse homem uma dignidade que só admite a sua consideração como *fim* em si, jamais como meio.

Tal dignidade afasta a possibilidade de subordinação do homem à vontade de outrem (autonomia da vontade) e, portanto, às influências do arbítrio. Com isso, a subordinação dar-se-á apenas à sua própria vontade, tida como legisladora universal, o que permite ao homem fazer parte do que Kant vai chamar de “reino dos fins”.¹⁷ Unidos pela razão, os homens seriam legisladores universais de si mesmos e esse liame de racionalidade é que permite se reconheça a existência, propriamente, de uma humanidade,¹⁸ cujo valor fundamental é o da liberdade (liberdade pelo uso incondicional da razão pura).

A rigor, já há em Kant alguns aspectos do que poderíamos denominar de um conceito “negativo” de dignidade humana uma vez que a liberdade subordina-se estritamente ao cumprimento de um dever. Como percebido por Antonio Pelé,

la dificultad ante la cual se afrentó y que generó como hemos visto la mayoría de las críticas, fue su intento por demostrar la perfecta compatibilidad entre el cumplimiento sin fallo de la moral y la plenitud de la autonomía personal. Kant no demostró realmente la compatibilidad entre obedecer y ser libre, sino que recurrió previamente a un tercer elemento, la “voluntad buena”, como vía de salida. En efecto, su preocupación esencial era desvincular los parámetros éticos de su filosofía de cualquier elemento contingente. La “voluntad” encarnaba el principio básico de la acción y su “bondad” derivaba de su pureza que no actuaba según fines externas. El Hombre se volvía libre cuando seguía esta voluntad buena y ésta lograba a ser justa cuando seguía un principio que no buscaba el resultado sino la mera intención. Kant

depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, que dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio” (Fundamentação da Metafísica dos Costumes, ob. cit., p. 229).

17 “Mas um ser racional pertence ao reino dos fins como seu membro quando é nele em verdade legislador universal, estando porém também submetido a estas leis. Pertence-lhe como chefe quando, como legislador, não está submetido à vontade de um outro” (Fundamentação da Metafísica dos Costumes, ob. cit., p. 233).

18 “A nossa própria vontade, na medida em que agisse só sob a condição de uma legislação universal possível pelas suas máximas, esta vontade que nos é possível na idéia, é o objeto próprio do respeito, e a dignidade da humanidade consiste precisamente nesta capacidade de ser legislador universal, se bem que com a condição de estar ao mesmo tempo submetido a essa mesma legislação” (Fundamentação da Metafísica dos Costumes, ob. cit., p. 238).

encontró este principio precisamente en el deber y el imperativo categórico.¹⁹

Ademais, o próprio imperativo categórico é contraditório pois subordina a moral individual à aprovação coletiva.

3. Dignidade Humana e Dom Divino

A ideia de que a vida é um dom de Deus e, por isso, não pertence ao homem, constitui um dos pilares da tradição judaico-cristã.

Na bíblia, a posição de Deus como doador da vida aparece na narrativa da criação do mundo: Deus cria a natureza e tudo o que nela habita;²⁰ o homem é inventado por Deus: “E formou o Senhor Deus o homem do pó da terra, e soprou-lhe nas narinas o fôlego da vida; e o homem tornou-se alma vivente”.²¹

O Deus defensor e vindicador da vida aparece já no episódio do assassinato de Abel por Caim. Embora amaldiçoado por Deus e banido do paraíso, Caim recebe de Deus a garantia de que sua vida será preservada e que aquele que contra ela atentar receberá a vingança sete vezes multiplicada. Um sinal é colocado por Deus no corpo de Caim, o que demonstra que embora maldita, a vida de Caim pertence a um proprietário que vincula a razão de ser e de existir do homem a si²² (Deus-proprietário).

Além disso, dentre os seres criados por Deus o homem ocupa a centralidade do mundo, estando a natureza ao seu livre desfrute.²³ Isso significa que a vida humana ornamenta e dá sentido ao universo.²⁴

Na perspectiva criacionista, nada há que o homem possa acrescentar à sua própria vida, nem mesmo “um côvado à sua estatura” (Mateus 6, 27). A

19 PELÉ, Antonio. *Filosofia e Historia en el Fundamento de la Dignidad Humana* (Tese de doutorado). Universidad Carlos III de Madrid. Getafe: 2006, p. 1092.

20 Gênesis 1, 11-12, e Gênesis 1, 20-22.

21 Gênesis 2, 7.

22 “Todavia para nós há um só Deus, o Pai, de quem são todas as coisas e para quem nós vivemos; e um só Senhor, Jesus Cristo, pelo qual existem todas as coisas, e por ele nós também” (I Coríntios 8,6).

23 “Tomou, pois, o Senhor Deus o homem, e o pôs no jardim do Éden, para o lavrar e guardar (Gênesis 2, 15).

“Ordenou o Senhor Deus ao homem, dizendo: De toda árvore no jardim podes comer livremente; mas da árvore do conhecimento do bem e do mal, dessa não comerás; porque no dia em que dela comeres, certamente morrerás” (Gênesis 2, 16 e 17).

24 “Pela palavra do Senhor foram feitos os céus, e todo o exército deles pelo sopro da sua boca” (Salmo 33, 6).

manutenção do dom da vida também depende de Deus, que num sopro pode ceifá-la.²⁵ Desse modo, o poder divino sobre o homem possui, por assim dizer, uma face positiva e outra negativa, expressas no poder de vida e de morte.²⁶ Mas a morte não é causada por Deus, que ama a vida, e sim pelo pecado: “Porque o salário do pecado é a morte, mas o dom gratuito de Deus é a vida eterna em Cristo Jesus nosso Senhor” (Romanos 6, 23). A esse poder de dar e retirar a vida não escapam nem mesmo os governantes (Salmo 76, 12).

Enfim, a vida humana não é propriedade do homem, mas sim de Deus, daí o mandamento que proíbe o homicídio (“*Não matarás*” - Êxodo 20, 13). Deus está em tudo (Eclesiastes 43, 23), o que confere à divindade a nota de transcendência (ser absoluto e incompreensível) e imanência (Deus está em nós e atua em nós), ao mesmo tempo.²⁷

Note-se: a vida como “dom gratuito” de Deus, um dom que não exige nem comporta reciprocidade, mas apenas gratidão e fé: “Ao passo que todos os dons geram compromissos de reciprocidade mais ou menos difusos, o dom da vida é de tal enormidade que é impossível ser recíproco com uma única ação”.²⁸ Um dom dessa magnitude, oriundo de um ser transcendente, gera um considerável grau de opressão e tem um sabor um tanto quanto tirânico capaz incutir nos indivíduos e nas coletividades um permanente estado de culpa pela impossibilidade real de reciprocidade.

Em suma, a concepção criacionista da filiação divina do homem “... se transforma na ideia de que a nossa vida é um dom, do qual decorrem, como de todo e qualquer dom, obrigações que restringem a disponibilidade que temos de nós mesmos”.²⁹

25 “Escondes o teu rosto, e ficam perturbados; se lhes tiras a respiração, morrem, e voltam para o seu pó” (Salmos 104, 29-30).

26 “Nenhum homem há que tenha domínio sobre o espírito, para o reter; nem que tenha poder sobre o dia da morte; nem há licença em tempo de guerra; nem tampouco a impiedade livrará aquele que a ela está entregue” (Eclesiastes 8, 8).

27 Cf. MOURA, Pe. Laércio Dias de. *A Dignidade da Pessoa e os Direitos Humanos: O Ser Humano num Mundo em Transformação*. São Paulo: EDUSC & Loyola; Rio de Janeiro: PUC, 2002, pp. 267-268.

28 JOAS, Hans. *A Sacralidade da Pessoa. Nova Genealogia dos Direitos Humanos*. Tradução de Nélio Schneider. São Paulo: Editora Unesp, 2012, p. 241.

29 JOAS, Hans. *A Sacralidade da Pessoa. Nova Genealogia dos Direitos Humanos*, ob. cit., pp. 206-207. Chamando a atenção para a referência aos discursos do dom e da criação nas declarações históricas de direitos humanos, o autor relembra que “Quando ouvimos que ‘all men are created equal’ [todos os seres humanos são criados iguais], captamos hoje mais o ‘equal’ do que o ‘created’ (A Sacralidade da Pessoa. Nova Genealogia dos Direitos Humanos, ob. cit., p. 244).

4. *Dignitas* Medieval e Dignidade Humana Contemporânea

Se aceitarmos a afirmação de que a dignidade humana possui duas dimensões, uma positiva (plataforma para a reivindicação de direitos) e outra negativa (criação de obrigações),³⁰ poderemos situar a perspectiva religiosa na segunda dimensão, o que a aproxima da concepção antiga de dignidade como posição social ou de ofício.

Referimo-nos ao conceito de *dignitas* tal como concebido no medievo, sobretudo à ideia subjacente à frase latina *dignitas non moritur*, indicativa de que a dignidade do rei possuía uma importante dimensão coletiva que resultava da duplicidade de seu corpo (um corpo individual e outro coletivo). O corpo individual morre, mas não a sua dignidade coletivamente projetada.

Em tal perspectiva, Kantorowicz aponta a existência de uma continuidade de existência do corpo do rei, mesmo após a morte, como forma de garantir a perpetuidade dos direitos soberanos do corpo político, do qual o rei era a cabeça.³¹ Assim, a *royal dignitas* medieval possuía uma clara dimensão pública e não meramente privada, e a preservação da integridade da Coroa (“The Crown”) tornava-se uma questão que dizia respeito a todos.

Tal concepção dúplice da dignidade, imanente e transcendente a um só tempo, teve larga utilização pela igreja católica e pelos juristas da Idade Média. Por seu intermédio construiu-se, por exemplo, a distinção entre delegação *facta personae* e *facta dignitati*, acolhida no *Liber Extra* de Gregório IX (*Quoniam Abbas*): “A delegação feita à Dignidade sem a indicação de um nome próprio transfere-se ao sucessor”. A tese foi juridicamente racionalizada e posta em prática durante o papado de Alexandre III (1159-1181), especialmente por ocasião da morte e consequente sucessão do Abade de Winchester. Em comentário a decreto de Alexandre III, Damasus, importante jurista da época, afirma que “*Dignitas nunquam perit*” (a “dignidade nunca perece”). Posteriormente, em Johannes Andreas, glosador do *Liber Sextus* de Bonifácio VIII (1235-1303), há a concepção de que o incumbido do papado ou dignidade pode morrer, mas o *papatus, dignitas* ou *imperium* é para sempre.³²

No medievo, conforme minuciosamente analisado por Kantorowicz, a ideia do homem como um portador transindividual da *dignitas* foi metaforicamente

30 V. BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger. *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 29-47.

31 KANTOROWICZ, Ernest H. *The King's Two Bodies. A Study in Mediaeval Political Theology*. New Jersey: Princeton University Press, 1997, p. 383.

32 Cf. KANTOROWICZ, Ernest H. *The King's Two Bodies. A Study in Mediaeval Political Theology*, ob. cit., p. 385-386.

associada ao mito de Fênix.³³ Tal associação pode ser vista em Bernardo de Parma (1200-1264) e também em Baldus (1327-1400), que em comentário ao *Quoniam Abbas* afirma que a Fênix é um raro caso em que toda a espécie (*genus*) é conservada no indivíduo.³⁴ Para Kantorowicz, ao referir-se ao mito da Fênix Baldus tinha em mente a clara intenção de sustentar que a espécie e o indivíduo coincidem, sendo a espécie imortal e o indivíduo mortal. Ou seja, a ave imaginária revela uma dualidade (Fênix enquanto tal e Fênix enquanto espécie)³⁵ da mesma forma que a *dignitas* real e papal.

Stéphanie Hennette-Vauchez enxerga uma coincidência entre o conceito medieval de *dignitas* e o contemporâneo de dignidade humana em decisões que invocam esta última como algo que transcende o indivíduo, ou seja, como um atributo de toda a espécie humana.³⁶ A coincidência consiste em que o conceito contemporâneo de dignidade e a *dignitas* medieval cumpririam as mesmas funções, vale dizer, a de criar obrigações e proibições, não direitos, no que se afastariam da concepção de dignidade como autonomia, uma concepção fundamentalmente kantiana. As obrigações ou proibições estariam fundamentadas, portanto, numa noção de humanidade segundo a qual todo ser humano é um repositório - não um proprietário - de uma parcela da humanidade.

Além disso, os conceitos medieval e contemporâneo teriam a mesma estrutura capaz de justificar a existência de um tipo específico de obrigação, que Hennette-Vauchez vai chamar de "obligations toward oneself", algo como

33 "A fênix ou fénix (em grego Φοῖνίξ) é um pássaro da mitologia grega que, quando morria, entrava em auto-combustão e, passado algum tempo, renascia das próprias cinzas. Outra característica da fênix é sua força que a faz transportar em voo cargas muito pesadas, havendo lendas nas quais chega a carregar elefantes. Podendo se transformar em uma ave de fogo. Teria penas brilhantes, douradas, e vermelho-arroxeadas, e seria do mesmo tamanho ou maior do que uma águia. Segundo alguns escritores gregos, a fênix vivia exatamente quinhentos anos. Outros acreditavam que seu ciclo de vida era de 97.200 anos. No final de cada ciclo de vida, a fênix queimava-se numa pira funerária. A vida longa da fênix e o seu dramático renascimento das próprias cinzas transformaram-na em símbolo da imortalidade e do renascimento espiritual" (Fonte: Wikipedia).

34 "Est autem phoenix avis unica singularissima in qua totum genus servatur in individuo" (v. KANTOROWICZ, Ernest H. *The King's Two Bodies. A Study in Mediaeval Political Theology*, ob. cit., p. 389).

35 "The imaginary Bird therefore disclosed a duality: it was at once Phoenix and Phoenix-kind, mortal as an individual, though immortal too, because it was the whole kind. It was at once individual and collective, because the whole species reproduced no more than a single specimen at a time" (KANTOROWICZ, Ernest H. *The King's Two Bodies. A Study in Mediaeval Political Theology*, ob. cit., pp. 389-390).

36 A autora cita decisão da Corte Constitucional alemã: "human dignity is not only of individual dignity of every person, but also of dignity of the human being as a species". V. HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie. "A Human Dignitas? Remnants of the Ancient Legal Concept in Contemporary Dignity Jurisprudence", ob. cit., p. 40. Para a Corte alemã, a dignidade humana, raiz dos direitos fundamentais, não pode ser contrabalançada com um direito individual (idem, p. 44). Dese modo, a dignidade funcionaria como um *Grundprinzip*, uma *Grundnorm* kelseniana.

uma obrigação “em relação a si mesmo”.³⁷ A presença atual de tal dimensão está presente nas leis profissionais, por exemplo nas leis da magistratura que exigem que o juiz seja portador de uma honra e de uma dignidade que o habilitem ao exercício da judicatura. Tais mecanismos, segundo a autora, teriam migrado para a jurisprudência europeia, que se vê autorizada a superar a questão do consentimento individual em casos em que a dignidade é invocada para restringir direitos.³⁸ Essa é uma nova dimensão negativa da dignidade. Negativa e algo perigosa uma vez que a criação de obrigações ou a restrição de direitos não derivam, aqui, de considerações de ordem comunitária (a relação com o outro justifica a imposição de restrições) mas sim de uma relação consigo mesmo (“toward oneself”).³⁹

Por fim, haveria também uma similar ideia de *inalienabilidade* tanto na concepção medieval quanto na contemporânea de dignidade. O que está em jogo, nesse caso, é a irrenunciabilidade da dignidade e a impossibilidade de atribuir a ela um preço de mercado, o que confere mais uma vez um certo grau de *objetividade* à dignidade humana, um conceito “matriz”⁴⁰, exterior e atemporal de maior peso que os demais direitos humanos e ao qual todos os indivíduos estão irremediavelmente ligados.

5. Waldron e a Inversão Radical do Conceito de *Dignitas*

A essa altura é o caso de indagar: Do conceito de dignidade como posição social é possível extrair algum conteúdo afirmativo e capaz de coadunar-se ao princípio da igualdade? Para Waldron,⁴¹ sim.

37 HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie. “A Human Dignitas? Remnants of the Ancient Legal Concept in Contemporary Dignity Jurisprudence”, *ob. cit.*, p. 46.

38 *Idem*. A autora ilustra a sua afirmação com a lembrança das polêmicas decisões que proibiram a prostituição (Corte Constitucional da África do Sul), o lançamento de anões (Conselho de Estado francês) e o “Peep Show” (Corte Administrativa Federal alemã).

39 De acordo com Beyleveld e Brownsword, “In a duty-driven theory of human rights, human dignity can ground constraints on a individual’s otherwise legitimate exercise of freedom in three different ways: namely, by reference to duties to others, duties to oneself, and duties to the community” (BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger. *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 37).

40 “For many authors, the major interest in the human dignity principle (...) is linked to its presumed capacity to escape the tragic fate of all other human rights implacably undermined – despite many efforts to oppose this – by their alienability” (HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie. “A Human Dignitas? Remnants of the Ancient Legal Concept in Contemporary Dignity Jurisprudence”, *ob. cit.*, pp. 49-50).

41 WALDRON, Jeremy. *Dignity and Rank*. For the Memory of Gregory Vlastos. Disponível em <http://www.brown.edu/Research/ppw/files/dignity%20and%20rank5%20WALDRON%20Brown.pdf>. Acessado em 26/02/13.

Adotando a premissa de que o emprego usual do conceito no campo dos direitos humanos supõe o reconhecimento da dignidade como um valor inegociável e intrínseco e que toma o homem como ocupante de uma “especial posição na criação”, Waldron propõe um exercício radical em que a dignidade como posição social é resignificada, a partir de sua compreensão originária, para ampliar-se a todos os indivíduos do tempo presente, não apenas aos seus dignatários históricos.

Para além da ideia de “valor intrínseco”, Waldron sustenta a existência de uma vinculação próxima entre a definição de dignidade e as ideias de posição social ou profissional (“high rank or high office”), vinculação verificável, por exemplo, na Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (todos os cidadãos são elegíveis ao exercício de todas as dignidades e de todas as posições públicas e ocupações - art. 6º).⁴² No entanto, o autor reconhece que, tradicionalmente, as ideias de dignidade como honorabilidade e privilégio aristocrático são refutadas pelo discurso dos direitos humanos, por representarem uma afronta ao conceito de igualdade.

Mas ao falarmos de dignidade humana enquanto tal estamos a falar algo a respeito de “posição social”, não no sentido de uma posição aristocrática que alguns ocupam em detrimento de outros. O sentido contemporâneo de posição social ganha uma dimensão universal em que todos estão no mesmo patamar e unidos por vínculos de solidariedade.⁴³ Tal ideia encontra raízes, entre outras, no conceito de *imago Dei* da tradição judaico-cristã, em que o homem ocupa uma especial posição no mundo por ter sido criado “à imagem e semelhança” de Deus.

Há também uma correlação entre o conceito de dignidade enquanto posição e a ideia de “respeito” no sentido da exigência de um comportamento apropriado quando se está na presença de um superior (um juiz, no exemplo do autor). A partir da dignidade enquanto “rank”, tais demandas por respeito poderiam ser ampliadas da “nobreza” para todas as pessoas, criando-se uma “deferência difusa”.⁴⁴ Haveria para Waldron uma relação dinâmica entre o princípio da igualdade e a concepção de dignidade como posição. Assim, a dignidade desse modo considerada seria objeto de uma “reversão” de sua compreensão pois de deveres impostos aos súditos passaria a ser compreendida como um direito de todos frente a todos.

42 WALDRON, Jeremy. Dignity and Rank. For the Memory of Gregory Vlastos, Ob. cit., pp. 12-13.

43 Equal rank of all humans (WALDRON, Jeremy. Dignity and Rank. For the Memory of Gregory Vlastos ob. cit., p. 14-15).

44 WALDRON, Jeremy. Dignity and Rank. For the Memory of Gregory Vlastos, ob. cit., p. 19.

Voltar ao sistema de estratificação social aristocrática pode produzir duas consequências: Reconhecer a sua face negativa de modo a estabelecer que *ninguém* está autorizado a usufruir dos mesmos direitos outrora usufruídos pelos nobres; ou, diferentemente, afirmar que *todos* estão habilitados ao gozo do mesmo tipo de respeito reclamado pelos nobres. Esta segunda consequência é a adotada por Waldron.⁴⁵

A proposta do autor é bastante clara e consiste em tomar as hipótese de privilégio, direito ou poder associadas à nobreza, posição social ou casta e ampliá-las a todas as pessoas comuns. O exemplo do direito à integridade corporal (“direito de não ser agredido”) é bastante esclarecedor: Os nobres por certo eram titulares de tal direito mas não os servos, ao menos frente aos nobres. E no caso, então, de ampliar o “direito de não ser agredido” a todos e de compreender a ofensa à integridade corporal como um sacrilégio, tal como se dava no passado relativamente aos nobres, e não como um fato de menor significado.⁴⁶

A associação feita por Waldron é consideravelmente rica e de sua adoção pode resultar uma concepção de dignidade de conteúdo “construtivista”. Com

45 “Humans are entitled to jostle one another, shout one another down, make no room for each other, pay no mind to each other’s preferences or opinions. The dignity of being one another’s equals would be purely negative, so far as respect was concerned. Alternatively we might try to build up an affirmative notion of respect on utterly independent foundations. We might infer it (...) from some conception of *imago dei*, for that is not necessarily a generalization across all men of the sense that the king and the nobles stand nearest to God. Or we might construct our notion of respect for equal human dignity from scratch, without analogy with previous rank-laden notions of dignity. Maybe this is what Kant is doing in his idea—which really has only a tenuous relation with noble dignity, perhaps via the idea of ‘noblesse oblige’ and aristocratic self-control—that respect for persons is just a projection of the awe that is inspired in us by a realization of the power of moral law within us. (WALDRON, Jeremy. Dignity and Rank. For the Memory of Gregory Vlastos, ob. cit., pp. 20-21).

46 WALDRON, Jeremy. Dignity and Rank. For the Memory of Gregory Vlastos, ob. cit., p. 25. O exemplo da proibição de punições cruéis e humilhantes é também muito esclarecedor: “It used to be thought that punishments were appropriately differentiated by rank, and that nobles, for example, might be spared some of the cruelty and humiliation associated with the terrifying punishments visited upon the lower orders. They might be subject only to punishments thought consistent with their dignity. We might think of the modern guarantee against cruel punishment as a way of generalizing this for everyone, outlawing the dehumanizing forms and aspects of punishment that were formerly visited upon low-status persons, on the grounds that now no-one was to be treated as of low status: everyone who was punished was to be punished as though he were an errant noble rather than an errant commoner or slave” (WALDRON, Jeremy. Dignity and Rank. For the Memory of Gregory Vlastos, ob. cit., p. 27).

feito, embora invoque o conceito cristão de *imago dei*,⁴⁷ Waldron se liberta da face negativa de tal conceito, que posiciona o homem como um escravo de Deus e das culpas que daí decorrem, para sustentar a dignidade como algo de que decorrem direitos a serem demandados e oponíveis a todos.

Contudo, parece-nos que o parâmetro por ele utilizado, o da dignidade como “high rank”, diz muito pouco para os povos que simplesmente desconhecem a história ocidental de privilégios de nobreza (ameríndios, tribos africanas etc) ou a experimentaram de um modo muito diferente dos europeus.

Além disso, a sua aplicabilidade real e prática relativamente a direitos que demandam “prestações positivas” do Estado, como se dá com os direitos sociais, mostra-se em muitos casos impossível. Um exemplo pode esclarecer melhor a nossa crítica: Em alguns Estado brasileiros, as filhas de servidores públicos falecidos gozam o privilégio de receberem uma pensão vitalícia, desde que não se casem ou constituam uniões estáveis. Tal privilégio, que supõe a especialidade da condição de servidor público (“rank”), não pode ser simplesmente ampliado a todas as “filhas solteiras” dos trabalhadores brasileiros. O caso é de sua pura e simples extinção, não de sua ampliação.

Enfim, o otimismo de Waldron ignora os usos contemporâneos da *dignitas* do medievo como forma de criação de obrigações e proibições, tal como analisado por Stéphanie Hennette-Vauchez, que indica a inexistência de um significado único e coerente do conceito de dignidade ao longo do Século XX.⁴⁸

6. Conclusão

Percebe-se nos dias de hoje o surgimento, para usar a expressão cunhada por Therese Murphy, de “um novo sentimento antidireitos” que questiona a

47 “I thought it worth exploring the challenging and paradoxical possibility that the historical connection of the meaning of “dignity” with ideas about rank and nobility should not be ignored in our modern egalitarian and anti-aristocratic discourse of rights.

As we have seen there are at least two ways of taking this possibility. One is ontological, and it draws on the theological idea of there being ranks within God’s creation and of human’s occupying a very high rank—well above the beasts, a little below the angels. The idea is that something like this—with the associated notion of *imago dei*—may afford a basis for thinking seriously about rights. The other way is more constructivist. It takes its notion of dignity from actually existing systems of rank and nobility and presents human rights as a radical universalization of the status of inviolability and so on traditionally associated with high rank” (WALDRON, Jeremy. *Dignity and Rank. For the Memory of Gregory Vlastos*, ob. cit., p. 31).

48 HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie. “A Human *Dignitas*? Remnants of the Ancient Legal Concept in Contemporary Dignity Jurisprudence”, ob. cit., p. 55.

legitimidade dos direitos humanos em tempos de “crise” e de “exceção”.⁴⁹ Onze de setembro é um exemplo, a um só tempo, de crise e de exceção que gera, dentre outras restrições, a prisão de Guantánamo.

Crises de segurança, crises econômicas e “crises morais” são usualmente invocadas como argumentos de legitimação da inversão da ideia de dignidade como plataforma de fundamentação de direitos. Mesmo países que, aparentemente, vivem momentos de pujança e euforia desenvolvimentista, como o Brasil, sentem-se tentados a invocar a face negativa do conceito de dignidade para fundamentar políticas de restrição.⁵⁰

Por outro lado, na jurisprudência mundial é frequente a invocação da dignidade como restrição. Os casos são bastante conhecidos e foram inventariados por Stéphanie Henneute-Vauchez⁵¹, que considera que em tais decisões a dignidade humana foi “objetivada”, ou seja, considerada como um mero conceito “enquanto tal”.⁵² Bem vistas, tais decisões apontam o crescente moralismo que vem impregnando o conceito de dignidade,⁵³ moralismo que, mais remotamente, vai encontrar raízes na concepção teológica da dignidade, ou seja, na existência de uma dívida sempre impagável entre o homem e Deus, que dá lugar a uma dignidade “em débito”.

Aparentemente, há uma enorme distância entre a concepção kantiana de dignidade (concepção afirmativa) e a concepções teológica e medieval (concepções negativas). Mas a distância é meramente aparente se considerarmos que em Kant o “eu” racional e transcendental faz as vezes da

49 HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie. “A Human Dignitas? Remnants of the Ancient Legal Concept in Contemporary Dignity Jurisprudence”, *ob. cit.*, p. 35.

50 No Rio de Janeiro, cidade-sede de grandes eventos esportivos em vias de acontecer, o argumento da dignidade humana é usualmente invocado para justificar o recolhimento compulsório de moradores de rua. As verdadeiras e inconfessáveis razões são de ordem urbanística e “neohigienista”, mas o discurso da dignidade aparece com facilidade nas falas públicas.

51 Por exemplo, o famoso caso do anão empregado de um estabelecimento de diversões, julgado pelo Tribunal Administrativo francês, e a decisão da Suprema Corte Suláfricana proibindo a prostituição.

52 HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie. “A Human Dignitas? Remnants of the Ancient Legal Concept in Contemporary Dignity Jurisprudence”, *ob. cit.*, p. 38). Essa é também a conclusão de Deryck BEYLEVELD e Roger BROWNSWORD, que consideram que em tais decisões a dignidade humana representou nada mais que um “valor objetivo” ou um bem acima da liberdade de escolha individual. V. BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger. *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, *ob. cit.*, p. 34.

53 No julgamento do caso “R v. Brown”, em que se discutiu a liberdade de pessoas adultas para práticas sexuais sadomasoquistas, o Juiz Pettiti, da Corte Europeia de Direitos Humanos, afirmou que a proteção à vida privada, contida no art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, não se presta ao abrigo de “imoralismos criminosos” ou de “baixeiras”. V. a descrição do caso em BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger. *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*. New York: Oxford University Press, 2004, p.36.

“alma” religiosa⁵⁴ e que em Kant já é possível associar o conceito de dignidade à ideia de honra⁵⁵ e de obrigações “toward oneself”.⁵⁶

A dignidade humana concerne ao indivíduo mas, ao mesmo tempo, está acima e fora do indivíduo. É intuitivo pensar, então, que o “acima” e o “fora” radicam a dignidade na transcendência (Deus ou razão) ou na imanência comunitária, nunca apenas no homem enquanto tal.

Enfim, parece haver uma disputa pelo léxico da dignidade por personagens que, muitas vezes, colocam-se em posições públicas diametralmente opostas. Esse quadro contraditório, de qualquer modo, não deve causar espanto, desde que se tome a sério a advertência de Foucault no sentido de que os discursos

“... nem são submetidos de uma vez por todas ao poder, nem opostos a ele. É preciso admitir que há um jogo complexo e instável em que o discurso pode ser, ao mesmo tempo, instrumento e efeito de poder, e também obstáculo, espora, ponto de resistência e ponto de partida de uma estratégia oposta”.⁵⁷

54 Cf. JOAS, Hans, A Sacralidade da Pessoa. Nova Genealogia dos Direitos Humanos, ob. cit., p. 216.

55 Cf. Waldron, , Jeremy. Dignity and Rank. For the Memory of Gregory Vlastos, ob. cit., p. 11, nota 17.

56 Stephanie, HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie. “A Human Dignitas? Remnants of the Ancient Legal Concept in Contemporary Dignity Jurisprudence”, ob. cit., p. 47, nota 90.

57 História da Sexualidade I: A Vontade de Saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque et al. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988, p. 96.

Bibliografia:

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger. *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*. New York: Oxford University Press, 2004.

Bíblia Sagrada. Versão revisada da Tradução de João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro: Imprensa Bíblica Brasileira, 1988.

FLYNN, Jeffrey. "Habermas on Human Rights: Law, Morality and Intercultural Dialogue. In: *Social Theory and Practice*", Vol. 29, n. 3, julho de 2003.

FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I: A Vontade de Saber*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque *et al.* Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

HABERMAS, Jürgen. "El Concepto de Dignidade Humana y La Utopía Realista de los Derechos Humanos". In: *Diánoia*, Vol. LV, número 64, Maio de 2010, pp. 3-25.

HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie. "A Human Dignitas? Remnants of the Ancient Legal Concept in Contemporary Dignity Jurisprudence". In: *I-CON* (2011), Vol. 9, n. 1, pp. 32-57.

HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

JOAS, Hans. *A Sacralidade da Pessoa. Nova Genealogia dos Direitos Humanos*. Tradução de Nélio Schneider. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela. In: *Coleção "Os Pensadores"*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

KANTOROWICZ, Ernest H. *The King's Two Bodies. A Study in Mediaeval Political Theology*. New Jersey: Princeton University Press, 1997.

MOURA, Pe. Laércio Dias de. *A Dignidade da Pessoa e os Direitos Humanos: O Ser Humano num Mundo em Transformação*. São Paulo: EDUSC & Loyola; Rio de Janeiro: PUC, 2002.

PELÉ, Antonio. *Filosofia e Historia en el Fundamento de la Dignidad Humana (Tese de doutorado)*. Universidad Carlos III de Madrid. Getafe: 2006.

PINKER, Steven. *The Stupidity of Dignity*. *The New Republic*, 28 May 2008.

Disponível em <http://www.tnr.com/article/the-stupidity-dignity>. Acessado em 26/02/13.

ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. Derechos Fundamentales y Dignidad Humana. El Tiempo de los Derechos, Madrid, n. 10, pp. 3-17, 2011.

TERRA, Ricardo. Kant & o Direito. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor, 2004.

WALDRON, Jeremy. Dignity and Rank. For the Memory of Gregory Vlastos. Disponível em <http://www.brown.edu/Research/ppw/files/dignity%20and%20rank5%20WALDRON%20Brown.pdf>. Acessado em 26/02/13.

No que tange à cessão de estabelecimento, é necessário contrastar a luz dos princípios da função social e da boa-fé subjetiva.

Não basta a menor dúvida que, ao obter sua obra para a produção de futuras gravações identificadas com a atual, contribuição de tempo para a ciência jurídica, a concessão da boa-fé subjetiva pelo titular.

Admitir-se, na verdade, uma grande perda para uma obra identificada.

Dessa forma, surgiram, como decorrência da boa-fé, no âmbito das relações pessoais, tais como o direito sobre a função social, a dignidade e a honra, a liberdade, a integridade e a segurança e a integridade da obra.

No regime anterior, a boa-fé era muito mais uma virtude ética, que se fazia aos contratantes, no sentido de que procurassem não causar dano a outrem, agindo sempre segundo as regras da probidade.

Depois subjetiva porque consistia em omissão de ignorância, embora se fosse essencial, daquela que não sabe estar em situação irregular, e por isso não como se fosse titular do direito.

Um exemplo mais eloquente deste estado de subjetividade em o do poder da boa-fé, que se considerava aquele que ignorava a existência de vícios que cercavam a sua posse. Ou seja, a posse poderia estar de fato sendo prejudicada pela presença de vícios, mas se consideraria de boa-fé, se o possuidor não os conhecesse.

Só ocorria a intervenção da natureza da posse, para garantir a boa-fé, quando o possuidor, tornando ciência do vício, não se demitisse voluntariamente dela, mantendo o poder sobre a coisa.

Enquanto permanecer no estado de ignorância dos vícios, o possuidor era protegido, inclusive no que tange aos frutos da posse, quanto aos frutos, as benfeitorias e ao direito de repleção.

Muito ao contrário, a boa-fé deixava-se traduzir em um dever obrigatório de conduta, um verdadeiro agir segundo as regras da probidade e da verdade.