

**A DIGNIDADE HUMANA SEGUNDO O ARTIGO 1 DA
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA
COMO “SUPERDIREITO FUNDAMENTAL” A UM BOM
ORDENAMENTO: A MUDANÇA DE UM PRINCÍPIO
ORIENTADOR¹⁻²**

*HUMAN DIGNITY ACCORDING TO ARTICLE 1 OF THE GERMAN FEDERAL
CONSTITUCION AS A “SUPER FUNDAMENTAL RIGHT” TO A GOOD
ORDER: THE MUTATION OF A GUIDING PRINCIPLE*

Christoph Enders³

Professor na Universidade de Leipzig (UNI-Leipzig, Leipzig, Alemanha)

ÁREA(S) DO DIREITO: direito cons-
titucional; princípios fundamentais;
dignidade da pessoa humana.

RESUMO: A dignidade humana foi
consagrada como valor e princípio
fundamental na ordem jurídica e
constitucional alemã, desde a Lei
Fundamental (Constituição) de 1949. O
artigo busca demonstrar que a dignidade
humana assume a função, além de um
princípio fundamental e orientador do

restante da ordem jurídico, como uma
espécie de “superdireito” fundamental,
no sentido de um direito a ter direitos.

ABSTRACT: *Human dignity was
considered a fundamental value and
principle in the German legal order since
1949. This paper intends to demonstrate
that dignity assumes a funktion of a super
fundamental in the sense of a right to have
rights, besides acting as a fundamental
principal for the legal order.*

¹ Título original: “Die Menschenwürde nach artikel 1 des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland als ‘Supergrundrecht’ auf gute Ordnung: Vom Wandel eines Leitprinzips”.

² Tradução de Luís Marcos Sander. E-mail: sanderjeanne@terra.com.br.

³ Doutor em Direito. Presidente de Direito Público, Teoria Política e Constitucional. Diretor Executivo do Instituto de Fundações de Direito da Universidade de Leipzig. E-mail: chenders@uni-leipzig.de. Currículo: <https://staatundverwaltung.jura.uni-leipzig.de/download/0/0/1847190332/e5f43520-d82cf5631cd6888fc11a88aa609c4683/fileadmin/staatundverwaltung.jura.uni-leipzig.de/uploads/dokumente/Enders_eng_CV.pdf>.

PALAVRAS-CHAVE: dignidade humana; “superdireito fundamental”; princípio orientador.

KEYWORDS: *human dignity; “super fundamental right”; guiding principle.*

SUMÁRIO: 1 A dignidade humana segundo o artigo 1 da Constituição alemã: seu direito originário da capacidade jurídica; 2 A dignidade humana como princípio constituinte supremo do ordenamento constitucional; 3 Tendências de ampliação: a dignidade humana como superdireito fundamental; 4 Contradições de uma garantia jus-subjetiva da dignidade; 5 Menos direitos, mais responsabilidade política e mais engajamento cidadão.

SUMMARY: *1 Human dignity according to article 1 german Constitution: a right based on the legal capacity; 2 Human dignity as super fundamental and constituent principle of the constitutional order; 3 Expanding tendencies: human dignity as a super-fundamental-right; 4 Contradictions of a subjective guarantee of human dignity; 5 Less rights, more responsibility and more engagement from the citizen.*

1 A DIGNIDADE HUMANA SEGUNDO O ARTIGO 1 DA CONSTITUIÇÃO ALEMÃ: SEU DIREITO ORIGINÁRIO DA CAPACIDADE JURÍDICA

Existe consenso quanto à eminente importância da proposição acerca da dignidade humana com a qual a Constituição alemã de 23 de maio de 1949 introduz a primeira seção, que trata dos direitos fundamentais: quando o art. 1, par. 1, frase 1, da Constituição declara que a “dignidade humana” é “inviolável”, o Estado preconizado na Lei Fundamental não só se distancia – em termos negativos – do sistema de injustiça do Estado nacional-socialista que negou e espezinhou a dignidade humana. Essa proposição tem igualmente um sentido programático: com o reconhecimento da dignidade humana no art. 1 da Constituição se reafirma – em termos positivos – a tradição dos direitos humanos que se tornou marcante para o Estado constitucional de cunho ocidental. O Estado alemão pretende, sob essa Constituição, inserir-se nessa tradição que atribui ao ser humano direitos em função dele mesmo, ou seja, em função de sua dignidade e na tradição dos Estados que se comprometeram com essa mesma tradição. A proposição acerca da dignidade humana formula a base, o pressuposto lógico do raciocínio de tudo que se segue: para o reconhecimento dos direitos do ser humano que lhe cabem como direitos humanos por força de sua dignidade (art. 1, par. 2, da

Constituição), para a implementação e concretização desse reconhecimento em direitos humanos avulsos diretamente aplicáveis (art. 1, par. 3) que vinculam o poder estatal em todas as suas funções. O Estado – é isso que se visa dizer, de modo semelhante à disposição introdutória do esboço de *Herrenchiemsee* para a Constituição⁴ – tem a *função de servir*. O poder estatal precisa justificar suas medidas diante da liberdade dos indivíduos que, em princípio, é igual. Esse ônus justificatório do Estado, fixado imutavelmente pela “cláusula pétrea” do art. 79, par. 3, da Lei Fundamental, exclui também a possibilidade de que, sob a Constituição, quaisquer princípios, direitos ou interesses do bem comum – mesmo que imanescentes à Constituição ou reconhecidos por ela – sejam preferidos à dignidade humana e realizados às custas dela.

Mas o que significa *juridicamente* atestar à dignidade humana o reconhecimento que lhe cabe e lhe dar a proteção adequada? O caráter *jurídico* da proposição constitucional a respeito da dignidade humana é altamente controvertido. A posição do art. 1 da Constituição no início da primeira seção da Lei Fundamental, sobretudo a estruturação sistemática interna dessa disposição, que avança de uma propriedade que caracteriza o ser humano como ser humano para direitos humanos pré-estatais e destes para direitos fundamentais positivos, torna plausível a suposição de que junto com a dignidade humana se esteja reconhecendo um “direito a direitos” pré-estatal, a direitos que estão a serviço da preservação da dignidade humana. Essa é, ao mesmo tempo, a ideia orientadora de todas as declarações de direitos humanos⁵. O Estado constitucional moderno se comprometeu com ela, cujo modelo o Estado da Lei Fundamental declara seguir com seu art. 1.

Quando, porém, se indaga com mais precisão o que poderia significar “direito a direitos” no contexto de um ordenamento constitucional, a alegação feita por Hannah Arendt em 1949, muitas vezes citada em conexão com esse assunto, aponta na direção errada. O conceito de “direito a ter direitos” de Hannah Arendt caracterizava, antes, um déficit da ideia dos direitos humanos, uma debilidade que tem seu fundamento justamente na força revolucionária

⁴ Segundo essa disposição, o Estado deveria “existir por causa do ser humano, e não o ser humano por causa do Estado” (Entwurf des Verfassungskonvents auf Herrenchiemsee, art. 1 abs. 1. In: DEUTSCHER Bundestag und Bundesarchiv (Ed.). *Der Parlamentarische Rat 1948-49 – Akten und Protokolle*. Boppard am Rhein, v. 2, 1981. p. 580); cf., ainda, p. 513.

⁵ Provavelmente o primeiro a fazer referência a essa ideia orientadora dos direitos humanos foi Jacques Maritain (*The Rights of Man and Natural Law*. London, 1944. p. 37).

dessa ideia⁶, pois essa ideia vê o ser humano como ser humano com capacidade a direitos, e para ela cada ser humano tem, por sua própria causa, um direito jurídico inato a respeito, sem conexão com as circunstâncias históricas e políticas concretas, sem consideração de raça, religião, gênero, constituição mental ou física ou origem social. Esse direito jurídico, entretanto, perde-se no vazio se nenhum poder mundano o assumir, reconhecer e proteger. As pessoas que não pertencem a uma comunidade política, por cuja proteção nenhum Estado se empenha, estão *de facto* privados de direitos. Para eles, os direitos humanos não têm valor. Por isso, Arendt proclamou o “direito a nacionalidade”, a ser membro de uma comunidade política concreta, como direito genuíno e originário do ser humano. Esse direito, contudo, só pode ser garantido, como tal, pela *comunidade* dos Estados (Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 15). Oferecer a cidadania a todas as pessoas apátridas no mundo todo não é dever dos diversos Estados nem está em seu poder. Os Estados avulsos só podem – como o faz a República Federal da Alemanha no art. 16, par. 1, da Constituição – comprometer-se a evitar a cassação da nacionalidade caso esta acarrete que a pessoa atingida se torne apátrida. De resto, o constituinte efetivamente percebeu a objeção de Hannah Arendt e a considerou legítima. Por isso, o Conselho Parlamentar não quis uma declaração de direitos bem-soante, mas ineficaz. Exatamente por esta razão, na Lei Fundamental a ideia puramente abstrata de direitos que cabem ao ser humano em função de sua dignidade é concretizada por garantias com vinculação jurídica direta (art. 1, par. 3).

Por isso, uma segunda direção na qual o “direito a direitos” poderia ser desenvolvido com base na ideia de Hannah Arendt⁷ induz ao erro: a pertença a uma comunidade política não é protegida por esse direito, segundo sua acepção original, nos moldes de uma participação do indivíduo no processo político em pé de igualdade com os demais. É certo, porém, que a dignidade do ser humano reside em sua autonomia, na capacidade para a autodeterminação que o identifica como pessoa. E a autodeterminação do ser humano como pessoa não se manifesta apenas em direitos que sirvam à tutela de sua esfera jurídica, mas também na participação no processo político⁸. Se, porém, se perguntar a que

⁶ ARENDT, Hannah. Es gibt nur ein einziges Menschenrecht. *Die Wandlung*, v. 4, p. 754-770 (760, 766, 770), 1949.

⁷ MÖLLERS, Christoph. *Staat als Argument*. 2. ed. Tübingen, 2011. p. XLVIII.

⁸ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Demokratie als Verfassungsprinzip. In: ISENSEE, J.; KIRCHHOF, P. (Ed.). *Handbuch des Staatsrechts*. 3. ed. Karlsruhe, v. II, n. 36, § 24, 2004. p. 429-496.

tipo de direitos o ser humano deve ter direito segundo o art. 1 da Constituição alemã, a Lei Fundamental acentua, no art. 1, par. 3, um outro ponto de vista: a obrigação do poder estatal, e também do Poder Legislativo, de se justificar diante da liberdade igual dos indivíduos garantida pelos direitos fundamentais. Portanto, o foco de atenção da Lei Fundamental não reside, no art. 1 da Constituição, na participação democrática dos indivíduos, e, sim, inversamente, no dever de justificação do Estado, direcionando os direitos fundamentais avulsos particularmente também ao Legislativo.

Por isso, o “direito a direitos” se refere, de modo geral, à *capacidade jurídica do ser humano*, à sua capacidade de ser portador de direitos e deveres. Seu *direito originário* consiste em ter direitos e, por conseguinte, ser reconhecido como pessoa⁹. A relação do ser humano com o poder estatal não deve ser uma relação de sujeição unilateral sob o poder superior do Estado, e sim uma relação de direitos e deveres mútuos, uma *relação jurídica*. Com isso, no art. 1, par. 1, frase 1, a Constituição não faz, segundo as concepções originais do constituinte, um enunciado *do* direito em si, não emite uma proposição jurídica judicialmente cobrável ou de outra maneira executável, mas faz um enunciado *sobre* o direito – sobre o fato de que o direito deve ser configurado adequadamente ao ser humano e sobre a maneira como isso deve ser feito. Os direitos fundamentais que se seguem oferecem a interpretação vinculante desse enunciado. Em outras palavras: com a proposição a respeito da dignidade humana o constituinte empreendeu a tentativa de elevar a “norma fundamental” de Hans Kelsen da condição de pressuposto conceitual meramente virtual do ordenamento jurídico do Estado – sem o qual o direito não poderia ser concebido – à condição de ideia orientadora produtora do conteúdo e sentido do edifício da Lei Fundamental. Ele fez isso incluindo a proposição acerca da dignidade humana no texto da Constituição e, com isso, estabelecendo uma conexão do fim último preexistente do Estado com a implementação juridicamente efetiva desse fim no ordenamento estatal constitucional que reconhece e protege os direitos do indivíduo¹⁰.

⁹ Enfocando a Constituição alemã, ENDERS, Christoph. *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung*. Tübingen, 1997. p. 502 s.; cf. KIRSTE, Stephan. Die beiden Seiten der Maske: Rechtstheorie und Rechtsethik der Rechtsperson. In: GRÖSCHNER, R. et al. (Ed.). *Person und Rechtsperson*. Tübingen, 2015. p. 345-375 (366).

¹⁰ ENDERS, Christoph. Die normative Unantastbarkeit der Menschenwürde. In: GRÖSCHNER, R.; LEMBCKE, O. W. (Ed.). *Das Dogma der Unantastbarkeit*. Tübingen, 2009. p. 69-92, 72 com n. 9; ISENSEE, Josef. Würde des Menschen. In: MERTEN, D.; PAPIER, H.-J. (Ed.). *Handbuch der Grundrechte*. Karlsruhe, v. IV, n. 94, § 87, 2011. p. 3-135.

2 A DIGNIDADE HUMANA COMO PRINCÍPIO CONSTITUINTE SUPREMO DO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL

A concepção dominante, em breve, depreendeu um enunciado mais forte da disposição do art. 1 da Constituição: do teor fundamental da proposição a respeito da dignidade humana, de sua posição no início da Lei Fundamental e da circunstância de que ela está protegida de mudança constitucional se derivou a afirmação de que essa proposição deve ser o princípio fundamental do direito constitucional objetivo, o *princípio constitucional supremo do ordenamento constitucional*.

Essa concepção implica consequências que aqui só estão sendo esboçadas brevemente porque há muito já se tornaram elementos naturais, ainda que não escritos, da prática cotidiana do direito constitucional: a posição destacada como princípio constituinte sustentador do direito constitucional objetivo faz da dignidade humana a diretriz interpretativa e o critério ponderativo em todos os casos em que a posição jurídica do ser humano esteja em jogo – basicamente, portanto, em todos os casos atinentes aos direitos fundamentais –, pois a dignidade humana é, de acordo com o Tribunal Constitucional Federal, o *fundamento de todos os direitos fundamentais*, que, por sua vez, entendem-se como concretização dessa ideia orientadora. Portanto, podem-se extrair pontos de vista interpretativos e ponderativos da dignidade humana. Faz-se, por exemplo, referência à dignidade humana para a *fundamentação do direito geral de personalidade*: a determinação do indivíduo sobre si mesmo depende de pressupostos que se caracterizam fazendo referência à dignidade humana e se resumem sob o título do direito geral de personalidade (art. 2, par. 1, em conexão com art. 1, par. 1, da Constituição), que, por exemplo, protege a honra pessoal, o direito em relação à própria palavra e à própria imagem, e a autodeterminação informacional¹¹.

O princípio constituinte da dignidade humana independe, como princípio do direito constitucional objetivo, inclusive, da capacidade subjetiva atual para a autodeterminação. Ele tem eficácia para além da morte do portador do direito fundamental e, por conseguinte, de sua capacidade em relação aos direitos fundamentais, constituindo a base para um direito ao valor e ao respeito pós-

¹¹ P. ex., BVerfGE 54, 148; BVerfGE 120, 274. Nesse caso, estão em pauta questões de imputação de circunstâncias que marcam a identidade: circunstâncias da esfera da personalidade que definem a identidade nas relações externas só podem ser apuradas e imputadas, sem o assentimento da pessoa afetada, com base em uma permissão legal específica.

-mortais¹². Inversamente, a dignidade humana enquanto princípio se estende ao espaço de tempo anterior ao nascimento. Mediante recurso à dignidade humana, o embrião humano no útero materno¹³ e *in vitro* já é declarado portador do direito fundamental à vida e integridade física, porque a dignidade humana que cabe a toda vida humana não permitiria uma diferenciação na extensão da capacidade jurídica.

Entretanto, a proposição constitucional acerca da dignidade humana não orienta apenas a interpretação de garantias de direitos fundamentais avulsos, mas também atua como *critério ponderativo* juridicamente objetivo quando é preciso definir a relação entre diversas posições jurídicas conflitantes. Nem interesses da coletividade, nem de indivíduos, devem ser implementados às custas da dignidade humana. Isso chega ao ponto de que o princípio objetivo da dignidade estabelece limites até mesmo para o princípio da autodeterminação autônoma e exclui a possibilidade de que o indivíduo renuncie voluntariamente à sua dignidade¹⁴.

A questão sobre quando a dignidade humana é objeto de menosprezo é respondida, segundo uma concepção bastante difundida, pela *fórmula do objeto*, também utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal: deve-se supor a ocorrência de uma violação da dignidade humana quando o indivíduo é usado como mero objeto para fins alheios, quando é instrumentalizado e quando, com isso, sua posição como sujeito jurídico é desrespeitada (por isso também se usa o termo *proibição de instrumentalização*)¹⁵. Com base nisso, o Tribunal Constitucional Federal declarou inconstitucional a derrubada de aviões comerciais que sejam sequestrados por terroristas e usados como arma: nesse caso, os passageiros

¹² BVerfGE 30, 173 (194) - Mephisto.

¹³ BVerfGE 88, 203 (251 f.) - Interrupção da gravidez II.

¹⁴ Cf. BVerwGE 64, 274 - Peep-Show; BVerwGE 115, 189 - Laserdrome. Tanto a apresentação sexualmente excitante de mulheres que as torne objeto de curiosidade e desejos masculinos quanto os jogos de simulação de homicídio que fomentem uma atitude de desprezo ao ser humano por parte dos jogadores violam, segundo essa concepção, a dignidade humana mesmo que todas as pessoas afetadas participem de livre e espontânea vontade. Entretanto, não está claro onde começa o âmbito da dignidade humana do qual sequer o indivíduo pode dispor: o Tribunal Constitucional Federal distingue, ocasionalmente, sem proceder a uma delimitação clara, entre a "periferia do âmbito de proteção" da dignidade humana, que deixa espaço para a disposição autônoma de si mesmo, e o "teor central" da dignidade humana, que se subtrai a uma disposição mediante renúncia voluntária (mas relevante para o âmbito central) - BVerfG Resolução de 09.05.2016 - 1 BvR 2202/13, EuGRZ 2016, 474 (479 s., n. 57).

¹⁵ BVerfGE 115, 118 (153) - Lei de Segurança Aérea.

e a tripulação a bordo seriam, mediante desrespeito à sua posição de sujeitos jurídicos, sacrificados em prol do alcance de objetivos do Estado e degradados à condição de meros meios da ação de salvamento. O Estado, porém, só pode cumprir sua obrigação de proteger as pessoas em terra ameaçadas pelo ataque terrorista em consonância com a Constituição, ou seja, sem violar a proibição de instrumentalização da dignidade humana.

Se se obtém, dessa maneira, esse critério ponderativo supremo da proposição constitucional acerca da dignidade humana, então a dignidade humana, para estabelecer o critério de ponderações, não pode, por sua vez, ser passível de ponderações, pois nesse caso ela só poderia cumprir a função de critério que lhe cabe dependendo de uma ponderação sempre referente a um caso avulso. Isso constituiria uma contradição interna com sua função de ser um critério de solução de conflitos imutavelmente estabelecido e de ordem superior. Portanto, o que os termos da proposição sugerem ao declarar a dignidade humana intangível é confirmado, de acordo com a concepção dominante, pela função jusdogmática dessa proposição: à proposição acerca da dignidade humana inere, por força do direito constitucional objetivo, uma pretensão de aplicação absoluta que se subtrai inteiramente a ponderações¹⁶.

3 TENDÊNCIAS DE AMPLIAÇÃO: A DIGNIDADE HUMANA COMO SUPERDIREITO FUNDAMENTAL

O desenvolvimento mais recente mostra, contudo, que o nível dos efeitos do princípio jurídico objetivo não satisfaz a pretensão de aplicação absoluta da norma referente à dignidade que geralmente se supõe. Se a norma referente à dignidade visa garantir a posição de sujeito do ser humano, então uma garantia meramente *jurídica objetiva* parece contraditória em si. Parece plausível confiar logo essa proteção da subjetividade a um *direito fundamental à dignidade humana*. Segundo uma exigência antiga de grande parte da literatura, a norma referente à dignidade só se torna uma garantia autêntica de dignidade como direito fundamental.

Durante muito tempo, o Tribunal Constitucional Federal evitou tomar um posicionamento inequívoco. Com suas decisões de 30 de junho de 2009 sobre o Tratado de Lisboa e, particularmente, de 9 de fevereiro de 2010 sobre o mínimo existencial, ele transformou, então, a dignidade humana em um direito subjetivo

¹⁶ ISENSEE, 2011, § 87, n. 95.

a tudo o que caracteriza um bom ordenamento nos moldes da compreensão moderna de Constituição. A dignidade humana exerce a função de *superdireito fundamental*: assim, por exemplo, por trás da disposição do art. 38, par. 1, frase 1, da Lei Fundamental, que, à primeira vista, concede apenas um direito formal a eleições gerais, diretas, livres, iguais e secretas, encontra-se, na forma da garantia da dignidade, um direito à participação democrática eficaz do indivíduo no processo político. Esse direito assegura, em termos jus-subjetivos, o direito do indivíduo à influência política efetiva que a coletividade lhe deve em nome da dignidade humana por força do direito objetivo¹⁷. O resultado final disso tudo também é importante: um direito de voto sem impactos determinantes da decisão do eleitor individual sobre a vontade geral e sua configuração da realidade não teria valor. Deformar o ordenamento político dessa maneira é algo proibido até mesmo para o legislador que muda a Constituição. Por isso, em consonância com essa ideia básica, admitem-se recursos constitucionais com os quais pessoas com direito a voto impugnam mudanças da Constituição que ameacem minar seu direito a uma influência política efetiva¹⁸.

De modo semelhante, o princípio do Estado social, que, considerado em si mesmo, é uma definição do objetivo do Estado proposta pelo direito constitucional objetivo, e que o legislador ainda precisa concretizar e traduzir em direitos prestacionais juridicamente demandáveis, já é subjetivado em nível constitucional pela garantia da dignidade humana¹⁹. Podem-se aduzir boas razões para isso: sem o asseguramento também dos pressupostos materiais, a liberdade que a proposição a respeito da dignidade humana promete a todos de igual maneira não passa de uma promessa vazia. A oportunidade de fazer uso da liberdade não pode ser aproveitada efetivamente por quem mais carece dela. Por isso, segundo a decisão judicial do Tribunal Constitucional Federal, a disposição do art. 1, par. 1, da Constituição concede um direito básico ao asseguramento de um mínimo existencial digno do ser humano. O direito fundamental à dignidade humana estipula um padrão mínimo juridicamente exigível abaixo do qual os benefícios sociais regulamentados pelo legislador não podem ficar.

¹⁷ BVerfGE 123, 267 – Lisboa 129, 124 (169 s.); 134, 366 (396).

¹⁸ BVerfGE 129, 124 (170).

¹⁹ BVerfGE 125, 175 – Mínimo existencial.

4 CONTRADIÇÕES DE UMA GARANTIA JUS-SUBJETIVA DA DIGNIDADE

O “direito a direitos” se torna, portanto, um superdireito fundamental que aponta para muito além da ideia orientadora de direitos que assegurem a mesma esfera de liberdade dos indivíduos frente ao poder estatal e lhes concedam um direito à justificação. Entretanto, a consequência do superdireito fundamental – forçosa tendo em vista a pretensão de validade e aplicação absoluta – leva, por sua vez, a certas contradições. Se a dignidade é intangível, ou seja, não pode ser perdida, se o ser humano se distingue por sua dignidade como tal e em toda situação de vida, se, portanto, nunca pode haver um mais ou um menos de dignidade humana, o que, afinal, um direito jurídico “à” dignidade humana haveria de garantir? Acaso o Estado deveria, nesse caso, produzir a dignidade faltante ou devolver a dignidade perdida?

O Tribunal Constitucional Federal percebeu o dilema de uma garantia jus-subjetiva da dignidade e recorreu à reflexão relativizadora de que, embora a dignidade não possa “ser tirada de nenhum ser humano”, “o direito ao respeito dela resultante pode ser violado”²⁰. Essa é uma explicação, à primeira vista, plausível da razão pela qual a noção de “garantia da dignidade” implica, assim, a possibilidade de um a mais ou um a menos de dignidade, de déficits e perdas de dignidade. Entretanto, olhando-se mais de perto, essa explicação nada muda no fato de que os critérios de *quando* o direito ao respeito resultante da dignidade é violado só podem, no final das contas, ser derivados do conceito de dignidade. E o mesmo só poderá se aplicar ao direito de tutela que desemboca na necessidade de ganhos de dignidade. A diferenciação entre dignidade inviolável, por um lado, e direito ao respeito (e à proteção) passível de violação, por outro, não dispensa a estipulação. O absoluto precisa ser definido caso a caso, e a garantia de dignidade precisa, portanto, ser vinculada a determinados conteúdos para poder identificar déficits e perdas de dignidade em casos específicos e, por conseguinte, também os necessários ganhos de dignidade como conteúdo do direito.

Como mostram as decisões do Tribunal Constitucional Federal referentes ao direito individual a uma participação democrática eficaz no processo político e à garantia de um mínimo existencial humanamente digno, o Tribunal assumiu esse desafio e levou a sério o direito fundamental à dignidade humana. Ele

²⁰ BVerfGE 87, 209 (228) – Vídeo com exibição de violência.

empreende o esforço de definir, caso a caso, a medida correta da dignidade e daquilo que um “bom ordenamento” exige, em cada caso, no interesse do indivíduo²¹ e de estipular quando essa medida não é atingida.

Os resultados são convincentes? Não se podem deixar de perceber contradições com o ordenamento constitucional: o constituinte normatizou deliberadamente a garantia do processo democrático apenas em forma de um princípio objetivo, o princípio da democracia segundo o art. 20, par. 1 e 2, da Constituição. Sob a dominância do princípio da democracia, todos os cidadãos e cidadãs devem participar de igual maneira no processo de formação da vontade política. De resto, porém, a geração da vontade comum pode perfeitamente ser organizada de maneira diferente, dependendo dos tempos e das circunstâncias (idade eleitoral, direito de votação nominal ou proporcional...). Em todo caso, não é possível extrair um direito de participação cidadã definido com exatidão a partir do princípio da democracia. O constituinte, porém, não preencheu a lacuna que restou nesse caso com o art. 1 da Lei Fundamental, por exemplo. Nesse artigo, ele não tematizou a realização da vontade comum, mas acentuou, justamente pelo contrário, sua limitação, ou seja, a obrigação do legislador de justificar as definições da vontade comum diante da liberdade dos indivíduos garantida pelos direitos fundamentais (art. 1, par. 3, da Constituição). Caso se pretendesse ver isso de outra forma, a prática do Estado alemão estaria em contradição crassa com a Constituição, pois nem todos os portadores de dignidade humana são competentes para participar do processo democrático. Os estrangeiros (com uma restrição referente a cidadãos de Países-membro da União Europeia no art. 28, par. 1, frase 3, da Lei Fundamental) e as crianças e os jovens (até os 18 anos de idade), embora, como seres humanos, certamente sejam dotados de dignidade humana, estão excluídos da formação da vontade política. Portanto, derivar o direito eleitoral diretamente da dignidade humana não é convincente.

O direito diretamente constitucional à garantia de um mínimo existencial digno da pessoa humana tampouco se encaixa sem problemas no ordenamento constitucional da Lei Fundamental. Segundo a sistemática desse ordenamento constitucional, os direitos fundamentais são concebidos como concretizações da ideia orientadora da dignidade humana. Nesse caso, eles também precisariam

²¹ Quanto a essa questão, cf. MORLOK, Martin. Verbete Verfassung. In: HEUN, W. et al. (Ed.). *Evangelisches Staatslexikon*. 4. ed. rev. Stuttgart, 2006. col. 2556-2561, 2558.

concretizar o direito prestacional ao mínimo existencial em seus respectivos campos de regulamentação. Em contraposição a isso, no Conselho Parlamentar abriu mão de situar direitos prestacionais individuais em nível constitucional, ou seja, de normatizar direitos fundamentais de caráter social. Em vez disso, ancorou-se o objetivo de uma ordem social materialmente justa no princípio do Estado social, mas se confiou a decisão sobre as questões específicas ao processo legislativo. Isso também foi feito deliberadamente, pois benefícios sociais se encontram forçosamente sob a reserva do efetivamente possível em cada caso e dificilmente podem ser fixados por força da Constituição. Se isso acontece, ainda assim – como postula o Tribunal Constitucional Federal no caso do direito ao mínimo existencial humanamente digno – tem-se aí uma autorização dos Tribunais de prescrever a medida certa para o legislador, desrespeitando de modo latente o princípio da separação de poderes. E, assim, o Tribunal se afastou de novo de sua posição rigorosa e admitiu – na decisão sobre a lei acerca dos serviços ou benefícios a serem prestados aos requerentes de asilo (2012) – que nesse caso deveria haver margem para negociações e acordos políticos no processo legislativo²², o que, porém, é difícil de imaginar se, ao mesmo tempo, os serviços ou benefícios em questão devam ser, ao mesmo tempo, objeto da pretensão de aplicação absoluta e inegociável da dignidade humana.

5 MENOS DIREITOS, MAIS RESPONSABILIDADE POLÍTICA E MAIS ENGAJAMENTO CIDADÃO

Percebe-se que os direitos absolutos hauridos diretamente da dignidade do ser humano, protegidos até mesmo contra mudanças constitucionais por parte do legislador, acarretam contradições e desequilíbrios no conjunto da Constituição. Eles invocam habilitações ou legitimações existenciais do ser humano e as reduzem, ao mesmo tempo, à exclusão e delimitação da esfera individual própria que se manifesta em direitos jurídicos, pois, independentemente de esses direitos jurídicos estarem voltados para a defesa contra violações, a proteção ou a participação política ou social, a legitimação existencial do indivíduo no Estado se concentra, com isso, em direitos cuja implementação ele demanda, por seu caráter jurídico, como portador de interesses especiais em contraposição à coletividade (corporificada pelo legislador). O fato de que, dessa maneira, a organização estatal da liberdade se reduz, em grau crescente, ao direito jurídico de cada indivíduo à defesa, à proteção, à participação social

²² BVerfGE 132, 134 (162).

e à política, acaba exacerbando a posição jurídica desse indivíduo às custas da participação integrativa e certamente é corresponsável pelo desinteresse ou desencanto com a política deplorado com tanta frequência. O que define a ação não são a participação, o engajamento e o exercício de responsabilidade política; pelo contrário, o cerne do ordenamento constitucional definido pela norma da dignidade humana parece residir, manifestamente, na implementação quase-judicial de posições jurídicas individuais e, por conseguinte, parece ficar em última instância nas mãos do Tribunal Constitucional Federal, e nunca da legislação.

A decisão em favor de direitos fundamentais do indivíduo que também vinculam o legislador legitimado democraticamente é, contudo, uma das pedras angulares do ordenamento libertário previsto pela Constituição. Dever-se-ia evitar o excesso de transformar esse importante aspecto parcial em uma totalidade: os direitos do indivíduo não devem se tornar, por causa de uma absolutização proposta em nome da dignidade humana – como direito a um “bom ordenamento” –, um ônus sufocante para a organização democrática da coletividade. Para o constituinte, era importante garantir de novo às pessoas seus direitos após uma época de opressão e humilhação. Isso é atestado pelo “direito a direitos” reconhecido junto com a dignidade humana. Mas isso deveria lhe assegurar um lugar independente *na* comunidade, e não um poder absoluto *sobre* a comunidade.

Submissão em: 24.07.2018

Aceito em: 24.07.2018

