

JORGE REIS NOVAIS
A DIGNIDADE
DA PESSOA HUMANA

VOLUME I

DIGNIDADE E DIREITOS
FUNDAMENTAIS

DIGNIDADE
E INCONSTITUCIONALIDADE

DIGNIDADE
E CIÊNCIAS DA VIDA

DIGNIDADE
E CONSENTIMENTO



A Dignidade da Pessoa Humana

A Dignidade da Pessoa Humana

VOLUME I

DIGNIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS

2015

Jorge Reis Novais

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa



A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA
VOLUME I – DIGNIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS

AUTOR

Jorge Reis Novais

EDITOR

EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.

Rua Fernandes Tomás, nºs 76-80

3000-167 Coimbra

Tel.: 239 851 904 · Fax: 239 851 901

www.almedina.net · editora@almedina.net

DESIGN DE CAPA

FBA.

PRÉ-IMPRESSÃO

EDIÇÕES ALMEDINA, SA

IMPRESSÃO E ACABAMENTO

ARTIPOL - ARTES TIPOGRÁFICAS, LDA.

Setembro, 2015

DEPÓSITO LEGAL

397734/15

Apesar do cuidado e rigor colocados na elaboração da presente obra, devem os diplomas legais dela constantes ser sempre objeto de confirmação com as publicações oficiais.

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infrator.



GRUPOALMEDINA

BIBLIOTECA NACIONAL DE PORTUGAL – CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

NOVAIS, Jorge Reis

A dignidade da pessoa humana. - v. - (Manuais universitários)

V. 1: Dignidade e direitos fundamentais. - p. - ISBN 978-972-40-6157-3

CDU 342

ÍNDICE

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

VOLUME I DIGNIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS

APRESENTAÇÃO E PLANO	9
INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO I. A DIGNIDADE ENQUANTO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL – O PROBLEMA DO SEU SENTIDO NORMATIVO	17
1. A dignidade como norma constitucional	17
2. A dignidade como princípio constitucional supremo	19
3. A indeterminação do conteúdo normativo do princípio constitucional	23
CAPÍTULO II. A DIGNIDADE NA HISTÓRIA	3
1. As duas <i>dignidades</i>	31
2. A <i>dignitas</i> ou a(s) <i>dignidade(s)</i> contingente(s)	34
3. Da <i>dignidade dos humanos</i> à dignidade da pessoa humana como igual dignidade	37
3.1. Dignidade e <i>imago Dei</i> do judaísmo e do cristianismo	39
3.2. A reconstrução filosófica da <i>dignidade</i> no Renascimento e no iluminismo	42

CAPÍTULO III. O SENTIDO DA RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE			
1. A recepção jurídico-constitucional do conceito	47	2.2. A c	
1.1. A novidade do reconhecimento jurídico-constitucional da dignidade da pessoa humana no segundo pós-guerra e a influência dúplice do cristianismo	47	2.3. P d i	
2. Sentido normativo geral do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana em Estado de Direito	53	2.4. I	
	58		
CAPÍTULO IV. A IDENTIFICAÇÃO PROBLEMÁTICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS			CAPÍTU DA DIG FUNDA
1. Dignidade como fundamento dos direitos fundamentais	68	1. A ins humá	
2. Dignidade como conteúdo dos direitos fundamentais	69	2. A dig a leit conf	
2.1. A potencial divergência entre bens de proteção e conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais	78	3. A cap 3.1. I 3.2. I 3.3. I	
2.2. Riscos da identificação entre dignidade e direitos fundamentais	79		
3. Dignidade como direito fundamental	81		
3.1. A redundância da jusfundamentalização do princípio da dignidade da pessoa humana	84	CAPÍTU 1. Da re da in	
3.2. O enfraquecimento normativo da dignidade da pessoa humana como resultado da sua jusfundamentalização	85	2. A po cons	
3.3. Os destinatários (ou os obrigados) do comando constitucional da dignidade	88		
	92	CAPÍTU AO LAL	
CAPÍTULO V. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA CONTRA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS?			1. Dign dos c
1. A dignidade humana como justificação para restringir os direitos fundamentais	97	2. Dign e da	
1.1. Os riscos da utilização da dignidade humana como fundamento de restrição de direitos fundamentais	97	2.1. I	
2. Dignidade objectiva contra autonomia individual – o caso do <i>lançamento de anão</i>	100	2.2. I	
2.1. O caso do anão como aparente situação exemplar de coisificação violadora da dignidade da pessoa humana	108	2.3. I	
	109		

ÍNDICE

47	2.2. As dúvidas emergentes da invocação da dignidade contra a livre decisão autónoma do participante	111
47	2.3. Pode o dever estatal de protecção da dimensão objectiva da dignidade de um grupo prevalecer sobre a autonomia individual?	114
53	2.4. Dever de protecção da dignidade e separação de poderes	116
58	CAPÍTULO VI. A MOBILIZAÇÃO CONFESSIONAL DA DIGNIDADE HUMANA CONTRA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	
58	1. A instrumentalização abusiva da dignidade da pessoa humana contra os direitos fundamentais	121
59	2. A dignidade da pessoa humana entre a visão secular, a leitura cripto-teológica do conceito e o fundamentalismo confessional	121
78	3. A captura fundamentalista da dignidade da pessoa humana	125
'9	3.1. Dignidade da pessoa humana e “cultura da morte”	130
31	3.2. Dignidade da pessoa humana e reserva do Criador	139
4	3.3. Dignidade da pessoa humana e vida humana	142
5		144
8	CAPÍTULO VII. “THE STUPIDITY OF DIGNITY”?	155
2	1. Da rejeição da utilização <i>partidarizada</i> da dignidade à defesa da inutilidade ou da inconveniência do princípio	156
7	2. A possibilidade e a necessidade de uma utilização constitucionalmente adequada do princípio	162
7	CAPÍTULO VIII. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA AO LADO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	167
9	1. Dignidade e concepção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais: <i>direitos como trunfos</i>	169
2	2. Dignidade e conformação do conteúdo de protecção e da natureza da vinculatividade dos direitos fundamentais	172
7	2.1. A dignidade da pessoa humana e a natureza absoluta ou relativa da força normativa dos direitos fundamentais	172
7	2.2. Delimitação interpretativa do conteúdo dos direitos fundamentais	172
9	2.3. Razões constitucionalmente inadmissíveis para restringir os direitos fundamentais	173
2		175

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

3. Dignidade e <i>limites aos limites</i> dos direitos fundamentais	179
3.1. Dignidade como fundamento dos princípios constitucionais estruturantes de Estado de Direito	180
3.2. Dignidade e conteúdo essencial dos direitos fundamentais	182
3.2.1. Conteúdo essencial e direitos de personalidade	185
3.2.2. Conteúdo essencial, direitos sociais e dimensão positiva dos direitos fundamentais	186
PLANO DO VOLUME II	189
BIBLIOGRAFIA	193

APRESENTAÇÃO E PLANO

Este é o primeiro de quatro volumes dedicados ao tema da dignidade da pessoa humana enquanto princípio constitucional. Porém, constando este princípio de um enunciado que permanece inalterado desde a versão originária da Constituição de 1976, sendo aplicado regularmente pelo Tribunal Constitucional, tendo sido objecto de comentários desenvolvidos nas Constituições anotadas, justifica-se ainda um projecto com essa ambição? Segundo, é necessário?

A nosso ver, sim, e por uma razão simples.

A dignidade da pessoa humana é, por definição constitucional, a base sobre que assenta a República e, com esse alcance, pode ser considerada o princípio supremo da ordem jurídica. Nessa qualidade, deve prevalecer sobre quaisquer outras razões, valores, bens, interesses ou direitos que apontem em sentido divergente ou contrário. Os tribunais, incluindo o Tribunal Constitucional, recorrem ao princípio para decidir casos sob apreciação, muitas vezes de grande complexidade. A inconstitucionalidade, decretada com fundamento em violação do princípio da dignidade da pessoa humana é definitiva, irremissível, insuperável, mesmo que se procurasse superá-la através de eventual processo de revisão constitucional.

No entanto, pese embora a relevância do princípio e dos efeitos que projecta na ordem jurídica, se alguém se interroga sobre o que é a dignidade da pessoa humana e, designadamente, mesmo quarenta anos depois do seu acolhimento constitucional, sobre qual o sentido do comando normativo que encerra, isto é, quando alguém procura saber quando há ou não inconstitucionalidade por violação do princípio, as respostas que

encontra, quando existem – porque muitas vezes não há sequer preocupação em responder à dúvida – são, a nosso ver, insatisfatórias.

Sem outras pretensões que não o aprofundamento do sentido das perguntas que há a fazer e das respostas que é possível e, sobretudo, que é constitucionalmente adequado dar, iniciamos aqui esse projecto de estudo da dignidade da pessoa humana enquanto princípio constitucional.

Neste primeiro volume, para além da história do conceito e da sua recepção constitucional, apreciaremos a relação complexa que se estabelece entre dignidade e direitos fundamentais, estruturando essa abordagem em torno das três principais possíveis modalidades de desenvolvimento da relação: a sobreposição material de dignidade e de direitos fundamentais, a dignidade *ao lado* dos direitos fundamentais e a dignidade *contra* os direitos fundamentais.

Assim, para além de aprofundarmos aquela que é a sua primeira vocação e a mais *natural*, ou seja, a invocação jurídica do princípio constitucional da dignidade enquanto argumento de reforço da liberdade, da autonomia e do bem-estar individuais, portanto, a *dignidade ao lado dos direitos fundamentais*, consideramos igualmente as outras duas possibilidades cuja justificação pode ser mais duvidosa ou contestável.

Será esse o caso da aplicação essencialmente retórica ou meramente ritual que resulta, para a dignidade humana, da identificação tendencial do seu sentido normativo com o conteúdo dos direitos fundamentais. Mas, sobretudo, aprofundamos as dúvidas sobre as virtualidades de uma utilização do princípio da dignidade da pessoa humana num sentido aparentemente contraditório, ou seja, quando ela surge dirigida contra a autonomia e contra a liberdade individual – a invocação jurídica da *dignidade contra direitos fundamentais* –, que, inesperadamente, acaba por ser, na prática, pelo menos em alguns domínios, a utilização mais frequente do princípio.

Esse tópico será objecto dos capítulos V e VI deste primeiro volume e terá um desenvolvimento especial no terceiro volume, onde nos centremos sobre a discussão jurídico-constitucional de situações em que, nas últimas décadas, a dignidade da pessoa humana vem abundantemente invocada enquanto fundamento directo de limitação ou de frustração de escolhas livres e autónomas dos particulares.

Para além deste primeiro volume, o trabalho está projectado segundo o desenvolvimento a seguir sumariamente descrito.

O segundo volume (*dignidade e inconstitucionalidade*), cujo plano se apresenta já definitivamente estabilizado e é reproduzido no final deste volume, respeita essencialmente ao núcleo da indagação jurídica, ou seja, procura fundamentar e delimitar os contornos do conteúdo normativo autónomo da dignidade da pessoa humana enquanto princípio constitucional.

Portanto, depois de, neste primeiro volume, termos apresentado e feito uma avaliação crítica das insuficiências de uma posição teórica que acabe por sobrepor o sentido normativo da dignidade e dos direitos fundamentais, fica imediatamente sugerida a necessidade de conferir ao princípio uma relevância própria, autónoma, sem a qual ele dificilmente poderia funcionar, em termos jurídicos, como princípio supremo de Estado de Direito.

Segundo a proposta que apresentamos nesse segundo volume, fazemos aí a tentativa de construção do conteúdo autónomo da dignidade da pessoa humana em torno de duas dimensões de possível concretização do seu sentido normativo: a dignidade como integridade humana e a dignidade como igual dignidade.

O terceiro volume (*dignidade e ciências da vida*), mantendo-se na perspectiva de análise da dignidade como princípio jurídico-constitucional, trata desenvolvidamente da aplicação do princípio na sua aplicação específica nos domínios das ciências da vida, da bioética, da biomedicina e da biotecnologia.

Trata-se, a nosso ver, de um tema da maior relevância na actualidade, tendo designadamente presente a frequência, mas também a controvérsia, que acompanha a invocação do princípio enquanto argumento jurídico orientado para o impedimento ou para a inviabilização de decisões individuais e autónomas tomadas naqueles domínios pelos particulares interessados. Como se disse, essa é a utilização típica de reinterpretação da dignidade da pessoa humana como fundamento jurídico-constitucional de limitação de direitos fundamentais, isto é, a referida aplicação da dignidade *contra a liberdade e os direitos fundamentais*.

No quarto volume (*dignidade e consentimento*), abordaremos as questões, igualmente controversas, da relevância do consentimento individual na legitimação de actos ou de situações que, sem esse consenti-

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

mento, poderiam ser consideradas violações da dignidade, bem como a de saber quais os limites jurídicos que, ainda assim, a dignidade pode colocar às decisões individuais autónomas de renúncia ou de disposição sobre garantias jusfundamentais.

O tema remete para tópicos comumente tratados na teoria dos direitos fundamentais e na filosofia moral e política, como os da protecção do indivíduo contra si próprio, o paternalismo estatal, a fundamentação mais comunitária ou mais liberal da natureza dos direitos fundamentais em Estado de Direito, mas que serão tratados à luz do sentido e dos efeitos normativos da dignidade da pessoa humana enquanto princípio constitucional.

Por fim, em obra colectiva especial que organizaremos sobre este tema, serão publicados estudos inéditos em que Autores com perspectivas muito diferentes sobre a dignidade da pessoa humana farão uma avaliação crítica da jurisprudência constitucional de diferentes países sobre a dignidade da pessoa humana, incluindo decisões concretas de tribunais constitucionais, de supremos tribunais e de tribunais internacionais de direitos humanos.

Introdução

A dignidade da pessoa humana concentrou nas últimas décadas e, particularmente, nos últimos anos, um notável incremento de atenção por parte da doutrina, reflectindo e acompanhando, nesse plano, a extraordinária frequência da sua utilização pela generalidade das jurisdições constitucionais de Estado de Direito¹, seja na qualidade de princípio constitucional seja na qualidade de verdadeiro direito fundamental.

No entanto, essa verificação é necessariamente acompanhada pela insatisfação que provém do facto objectivo de que, na grande maioria dos casos, o alcance da invocação judicial do princípio raramente vai para além de uma utilização meramente retórica ou, quando muito, de reforço de conclusões que, de outra forma, seriam igualmente retiradas da simples aplicação das normas de direitos fundamentais.

De um lado, comprehende-se que assim seja, já que os casos difíceis que a dignidade da pessoa humana é chamada a ajudar a resolver são também casos de direitos fundamentais ou, pelo menos, situações em que, de um ou do outro lado do conflito, estão ou podem ser invocados direitos fundamentais. Não admira, assim, que, sendo a dignidade da pessoa humana fundamento do Estado de Direito e, por isso mesmo, também simultaneamente fundamento dos direitos que nele garantem a liberdade, a autonomia e o bem-estar dos cidadãos, isto é, sendo a dignidade da pessoa humana fundamento dos direitos fundamentais, ela surja

¹ Cf. em língua portuguesa, por todos, L. ROBERTO BARROSO, *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*, Belo Horizonte, 2012.

recorrentemente invocada como defesa e reforço das posições jusfundamentais dos cidadãos e, eventualmente, pelas duas partes envolvidas no conflito.

Por exemplo, e para referir situações reais que abordaremos posteriormente com desenvolvimento, quando uma confissão de um detido é obtida mediante tortura, o detido pode invocar a violação do seu direito fundamental à integridade física e psíquica, mas, reforçando a sua posição jurídica, pode e deve alegar, igualmente, a violação da sua dignidade. Portanto, nesse caso, a dignidade surge em apoio ao direito fundamental, vem *ao lado* dos direitos fundamentais. Eventualmente, e independentemente da validade da alegação, a polícia poderia, do outro lado, ensaiar a justificação da prática da tortura na necessidade de protecção dos direitos e da dignidade das vítimas da actividade criminosa do detido².

Num outro caso, configurando um exemplo de utilização substancialmente diverso que será abordado posteriormente já neste volume³, quando as autoridades administrativas proíbem o proprietário de uma discoteca de promover um *espectáculo* que consiste numa competição em que os clientes participantes arremessam um anão, invocam igualmente, como justificação da proibição, a necessidade de proteger a dignidade da pessoa humana, alegando que o *divertimento* em causa viola a dignidade humana que as autoridades públicas estão obrigadas a proteger.

Porém, com essa proibição, o anão perde o emprego que tinha livremente contratado e fica impossibilitado de desenvolver uma actividade profissional remunerada que pretendia continuar a exercer concomitantemente, o proprietário da discoteca perde uma fonte de rendimento e vê o seu negócio prejudicado. Um e outro, anão e empresário, se recorrem judicialmente, vão invocar, a seu favor, a pretensa violação dos seus direitos fundamentais ao trabalho, à liberdade geral de acção, à iniciativa económica privada.

Logo, neste caso, e independentemente de qual seja a solução constitucionalmente adequada, as autoridades públicas recorrem à dignidade humana como justificação para a restrição, no seu entender legítima, dos direitos fundamentais do anão e do empresário. Isto é, a dignidade da pessoa humana surge invocada para a protecção de pessoas, mas, simultâ-

² Cf. volume II, cap. VI.

³ Cf., *infra*, cap. V, 2.

neamente, como justificação para limitar direitos fundamentais, na referida utilização da dignidade *contra* direitos fundamentais.

Noutra situação, ainda mais complexa, na conhecida discussão sobre a admissibilidade do auxílio clínico ao suicídio em situações de sofrimento extremo e terminal, a dignidade vem abertamente invocada de um e do outro lado do conflito. Tanto se ouve a alegação de que as pessoas têm o direito fundamental a decidir morrer com dignidade, como a de que o Estado, em nome da dignidade humana, tem a obrigação de proteger a vida contra a vontade dos próprios.

São estas diferentes dimensões da dignidade – a dignidade identificada com os direitos fundamentais, a dignidade *contra* e *a favor* dos direitos fundamentais, a dignidade como fundamento dos direitos fundamentais e a dignidade como fundamento da restrição a direitos fundamentais – que, sob pena de ligeireza e arbítrio de utilização do princípio, algo que, no plano jurídico, é sempre negativo, carecem de maior precisão, de um esforço de clarificação de conceitos e das respectivas modalidades de utilização. É o que procuramos fazer neste primeiro volume do trabalho, onde trataremos sucessivamente da história do surgimento da recepção constitucional da dignidade e, sobretudo, das várias dimensões da conexão normativa entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.

Para tanto, numa primeira parte, introdutória, faremos um percurso pelos problemas suscitados com a elevação da dignidade humana à qualidade de princípio constitucional (capítulo I), pela história do conceito (capítulo II) e pelas modalidades e pelo sentido do seu reconhecimento constitucional contemporâneo (capítulo III).

Em seguida, desenvolveremos o objecto principal que nos propomos tratar neste primeiro volume, considerando as diferentes dimensões e perspectivas de relacionamento entre dignidade e direitos fundamentais que alinharemos segundo esta sequência:

- a identificação tendencial do conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais (capítulo IV);
- a utilização do conceito enquanto fundamento discutível de restrição de direitos fundamentais e de justificação da afectação da autonomia e da liberdade individual (capítulo V);

- a instrumentalização abusiva da dignidade da pessoa humana contra os direitos fundamentais (capítulo VI);
- a reacção contra este tipo de instrumentalização da dignidade que se expressa num ceticismo, também muito difundido nos últimos anos, quanto à possibilidade de a dignidade humana poder desenvolver um sentido normativo próprio de alguma utilidade, seja enquanto princípio ético, seja, sobretudo para o que nos diz mais directamente respeito, enquanto princípio jurídico próprio de uma ordem de Estado de Direito (capítulo VII); e, por fim,
- a utilização da dignidade *ao lado* dos direitos fundamentais, nas suas diferentes dimensões de fundamento de uma concepção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais, de conformação do conteúdo e da natureza normativa dos direitos fundamentais e, sobretudo, enquanto critério ou parâmetro de controlo da constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais (capítulo VIII).

A

1. A dig

a) A c
lho exclu
mente, d
adquiriu
de muita
Guerra I
damenta
soberana

Outra
jurídico
jam, o ai
reconhee
26º, 2, q
contra a
famílias i
onde se
identida
de protec

Capítulo I

A Dignidade Enquanto Princípio Constitucional

– O Problema do seu Sentido Normativo

1. A dignidade como norma constitucional

a) A dignidade humana vai interessar-nos ao longo de todo o trabalho exclusivamente na sua qualidade de norma jurídica e, mais precisamente, de princípio jurídico-constitucional. É a qualidade que, entre nós, adquiriu pelo facto de a Constituição portuguesa, seguindo a tendência de muitas outras Constituições de Estado de Direito do pós-Segunda Guerra Mundial, ter acolhido o conceito na qualidade de princípio fundamental, no seu artigo 1º, quando define Portugal como “República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana...”.

Outras expressões ou afloramentos positivos desse reconhecimento jurídico surgem depois em pontos dispersos da Constituição, quais sejam, o artigo 13º, quando, sob a epígrafe do princípio da igualdade, se reconhece em todos os cidadãos “a mesma dignidade social...”; o artigo 26º, 2, quando se obriga o legislador a estabelecer garantias efectivas contra a obtenção e utilização de informações relativas às pessoas e às famílias num sentido contrário à dignidade humana, ou, o artigo 26º, 3, onde se lhe impõe a incumbência de garantir a “dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano...”; o artigo 67º, 2, quando, no âmbito de protecção da família, se incumbe o Estado de “regulamentar a procria-

ção medicamente assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana", bem como, ainda, as referências à "existência condigna" e às condições de trabalho "socialmente dignificantes" no artigo 59º, 1, e à possibilidade de os tribunais poderem determinar o carácter não público das audiências para "salvaguarda da dignidade das pessoas" no artigo 206º.

b) Significa isto, em primeiro lugar, que, independentemente da opinião que se sustente relativamente ao sentido da dignidade humana enquanto valor moral ou referência identitária das nossas sociedades e qualquer que seja a posição defendida sobre as suas controversas virtualidades, há nestes diferentes enunciados normativos um irrecusável reconhecimento de uma dimensão jurídico-constitucional da dignidade da pessoa humana.

Nessa qualidade, a dignidade da pessoa humana impõe-se juridicamente à observância de todos os poderes do Estado, vinculados que eles ficam, por força da recepção constitucional do princípio, ao seu respeito, à sua protecção e à sua promoção.

Com esta relevância multifacetada, ou seja, na medida em que se considere que, em Estado social de Direito, o Estado está não apenas obrigado a respeitar, mas também a proteger e a promover os valores constitucionais, a questão de saber se, enquanto norma constitucional, a dignidade da pessoa humana vincula apenas os poderes públicos ou também os particulares, sem perder relevância dogmática, vê atenuada a sua importância prática.

Com efeito, a partir do momento em que se considera que o Estado está obrigado a proteger a dignidade da pessoa humana – incluindo, portanto, a protecção contra riscos ou contra ameaças provindas de outros particulares –, então, seja directa seja indirectamente, a dignidade da pessoa humana acaba a produzir consequências jurídicas em todos os planos e domínios relevantes da ordem jurídica, tanto nas relações entre o Estado e os particulares quanto nas relações horizontais entre estes.

Não faria, de resto, sentido que o princípio e valor supremo em que assenta toda a ordem jurídica visse o seu campo de accão artificialmente constrangido por considerações puramente teóricas. Em todo o caso, embora relevemos ao longo do trabalho a maior abrangência do princípio, ele assume, todavia, como é próprio de qualquer norma constitucional,

uma importância primária decisiva enquanto vinculação directa de todos os poderes públicos, do legislador ao juiz.

c) Por último, quando se aborda o preceito constitucional que acolheu a ideia de dignidade, um dado imediato que não deve ser ignorado é que a dignidade de que fala a Constituição é a da *pessoa humana* e, logo, a garantia constitucional assim criada assume uma dimensão subjectiva primária e indiscutível. Independentemente da intensa discussão que o tópico suscita, a dignidade que é objecto do concreto princípio jurídico-constitucional de que aqui falamos é a dignidade de toda e qualquer pessoa humana individualmente considerada.

Veremos como, ao longo da história e mesmo na actualidade, a dignidade pode assumir sentido e alcance diversos quando referida, por exemplo, a um estatuto, a um cargo, a uma profissão, a uma magistratura, ou quando é aplicada enquanto valoração moral ou social de um comportamento ou de uma postura, mas não é essa a dignidade que aqui nos interessa, dado que, além do mais, não é claramente esse o objecto das disposições constitucionais. Estas referem-se primariamente, ainda que haja outros sentidos que possam ser igualmente retirados do acolhimento constitucional, à dignidade que é reconhecida a qualquer pessoa pelo simples facto de o ser e, portanto, é essa sua qualidade que é objecto do nosso interesse.

Saber se, com esse alcance, há distinção a fazer entre *dignidade humana* e *dignidade da pessoa humana* será tema objecto do terceiro volume, quando considerarmos a controvérsia acerca da natureza jurídica da protecção da dignidade antes do nascimento e depois da morte. Mas, em qualquer caso, e independentemente da dimensão e dos efeitos que a dignidade venha igualmente a desenvolver enquanto valor constitucional objectivo, a referência subjectiva principal do acolhimento constitucional do princípio parece-nos irrecusável.

2. A dignidade como princípio constitucional supremo

a) A dignidade da pessoa humana não surge constitucionalmente consagrada como um de entre vários outros princípios constitucionais, mas como base em que assenta a República, o que, mesmo sem ter um signi-

ficado preciso e imediatamente apreensível, há-de ter, para a afirmação constituinte ser levada a sério, consequências normativas relevantes e correspondentes ao lugar especial que lhe foi reservado na Constituição.

Assim, a concreta recepção constitucional de que foi objecto não pode ser reduzida a facto jurídico trivial, na medida em que a forma como a ideia é constitucionalmente assumida aponta para a atribuição ao princípio de uma relevância especial. Como se percebe imediatamente, até pela própria inserção sistemática formal – a dignidade da pessoa humana vem consagrada no primeiro artigo da Constituição –, o princípio da dignidade da pessoa humana é elevado à qualidade de base ou alicerce em que assenta todo o edifício constitucional e, portanto, é, de algum modo, constitucionalmente reconhecido como *princípio dos princípios*.

Daí que, não obstante as inúmeras controvérsias que se desenvolvem sobre o seu alcance e sobre o seu conteúdo normativo, verificada que seja, pelos órgãos com competência para tanto, a existência de uma violação do princípio, tal assume uma gravidade qualificada e irremissível num contexto de Estado de Direito constitucional.

Dizer, com referência à actuação de um órgão, de um titular de cargo público ou de uma entidade privada, que uma norma deles emanada, um acto por eles praticado ou uma omissão da sua responsabilidade violam o princípio da dignidade da pessoa humana equivale a pretender fulminar esse acto, norma ou omissão da invalidade e da censura que decorrem, como que por definição, da imputação aos respectivos agentes, se fosse possível falar nesses termos, da mais grave das inconstitucionalidades materiais em Estado de Direito.

O valor dignidade da pessoa humana assume, nesse sentido, uma importância essencial, não apenas como primeira referência simbólica de toda a ordem constitucional, mas também enquanto princípio de onde decorrem as consequências práticas próprias da irredutível inconstitucionalidade de que enfermam quaisquer violações do princípio, independentemente da censura política e moral que cai inelutavelmente sobre os responsáveis por essa violação.

Em 2002, um Governo em Portugal retirou aos menores de 25 anos o direito a uma prestação social que então se designava de “rendimento mínimo garantido” e que constitui o actual “rendimento social de inserção”. O Tribunal Constitucional (no Acórdão nº 509/2002) pronunciou-se, em sede de fiscalização preventiva, pela inconstitucionalidade dessa

medida e fundamentou a inconstitucionalidade, não em violação do princípio da igualdade ou em restrição injustificada ao direito à segurança social – como a qualificava o Presidente da República no pedido de fiscalização preventiva que lhe apresentou –, mas, antes, reportou directamente a inconstitucionalidade à violação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Na discussão política que se seguiu a essa decisão, o Governo da altura, procurando escapar da difícil situação em que, por efeito da pronúncia do Tribunal Constitucional, se via politicamente envolvido, argumentava toscamente com o pretenso facto de o Tribunal Constitucional, afinal, não ter dado razão aos argumentos do Presidente da República (que se baseavam, como dissemos, na violação da igualdade e do direito à segurança social). A isto a oposição respondia, no entanto, com o mais demolidor de todos os argumentos: *pois, o Tribunal Constitucional não acolheu os argumentos do Presidente da República, mas foi mais longe, fez ao Governo a mais grave das acusações, disse que o Governo violou a dignidade da pessoa humana!*

b) É um exemplo típico da força de impacto demolidor do argumento, ou seja, de alegação que encerra um debate, põe fim à conversa (*conversation stopper*⁴): argumento cujo impacto letal arruma uma controvérsia de uma vez por todas, não admitindo possível contra-argumentação racional.

De alguma forma, em sentido afim, o conceito de dignidade tem sido igualmente apresentado como sendo dotado de uma espécie de aura ou de função de *tabu*⁵. Veremos posteriormente como essa conotação é

⁴ Remetendo para KEENAN como autor desta expressão, cf. DIETER BIRNBACHER, "Ambiguities in the concept of Menschenwürde" in K. BAYERTZ (org.), *Sanctity of Life and Human Dignity*, Dordrecht, 1996, pág. 107; D. BIRNBACHER, "Menschenwürde – abwägbar oder unabwägbar?" in M. KETTNER, (org.), *Biomedizin und Menschenwürde*, Frankfurt, 2004, pág. 250.

⁵ A associação entre *dignidade* e *tabu*, a que voltaremos, sugere sentidos diversos, mas tem invariavelmente na base uma ideia de garantia ou de intocabilidade absolutas, como se certas zonas da vida social ou da esfera pessoal protegidas pela dignidade ficassem intrinsecamente dotadas de uma protecção imune a qualquer juízo de ponderação futura, envolvendo mesmo a eventual dispensa de fundamentação racional complementar para sustentar a sua garantia. Por outro lado, num sentido aparentemente recíproco, alguns *tabus* sociais consolidados nas nossas sociedades, como os *tabus* do incesto, do canibalismo ou da bestialidade, permitiriam suprir eventuais insuficiências normativas do princípio da dignidade humana para fundamentar a proscrição de tais comportamentos (cf., assim, LEON KASS, "Defending human

correntemente formulada na discussão sobre a tortura⁶, ou seja, a associação de *dignidade humana* a *tabu* é aí frequentemente invocada para ilustrar a impossibilidade de qualquer atenuação ou sequer discussão da proibição da tortura instituída nas nossas sociedades, mesmo nas situações-limite em que os interesses em confronto pudessem sugerir racionalmente uma outra solução: a proteção jurídica da dignidade, que estaria na raiz da proibição de tortura, seria, em última análise, assegurada através da consideração dessa proibição como algo indiscutível, uma espécie de *tabu*.

Afectar a dignidade da pessoa humana seria afectar um valor absoluto de Estado de Direito, pôr em causa o pilar em que assenta toda a ordem jurídico-constitucional, seria cair inapelavelmente numa inconstitucionalidade insanável e insuperável⁷.

Veremos, posteriormente, como esta pretensão não pode ser tão reduitoriamente simplificada, mas não pode deixar de reconhecer-se o impacto que acompanha, normalmente, a alegação jurídica de violação da dignidade da pessoa humana.

c) Por isso mesmo, um menor rigor jurídico na alegação de violação da dignidade da pessoa humana, atendendo aos efeitos destrutivos que produz quando é bem sucedida, é naturalmente problemático. Veja-se, nesse sentido, a utilização muito comum do princípio da dignidade da pessoa humana por parte dos tribunais brasileiros, onde, nomeadamente no que respeita ao direito fundamental à saúde (fornecimento de medicamentos e de cuidados médicos), praticamente por si só, a simples invocação da dignidade da pessoa humana como apoio a essas pretensões individuais tende a derrotar, na prática, qualquer contra-argumentação aduzida pelos poderes públicos accionados.

⁶ Cf. J. in C. man emb Unic nhec J. Si nha nec a co hur pos RE Civ

⁷ Note-se que uma alegação deste tipo que venha a ser bem sucedida no domínio do Direito constitucional (através de uma decisão de um Tribunal Constitucional ou de um Supremo Tribunal) tem como efeito a absoluta inderrogabilidade da decisão correspondente, uma vez que, dada a natureza fundacional que o princípio assume na Constituição, a decisão judicial baseada na dignidade da pessoa humana fica perpetuamente protegida, incluindo contra eventuais tentativas de superar o obstáculo através de revisão constitucional.

Noutro plano, atente-se na utilização muito frequente, mas não menos problemática, do princípio nos domínios da bioética, da biomedicina e da biotecnologia, onde, curiosamente, mesmo quando surge invocada dos dois lados em disputa, a alegação apresenta uma força de impacto que se pretende demolidora, verdadeiro *knock-down argument*⁸ que produz efeitos de enormes consequências na vida das pessoas e no progresso científico.

3. A indeterminação do conteúdo normativo do princípio constitucional

a) Porém, como rapidamente se percebe quando se aprofunda a investigação sobre a ideia de dignidade da pessoa humana, os resultados apurados quanto ao conteúdo concreto do princípio e ao seu preciso sentido normativo estão muito longe da clareza e da determinação que seriam exigíveis, atendendo a que está em causa um comando com importância e consequências dogmáticas tão relevantes, contundentes e definitivas quanto as acima referidas.

De algum modo, é o *preço a pagar* pelo *duplo acordo* que, segundo a interpretação de RICARDO CHUECA, foi a *chave* do sucesso do acolhimento da dignidade humana nas Constituições e nos tratados internacionais do pós-Segunda Guerra Mundial e da sua *centralidade simbólica*: acordo na incorporação do conceito, mas também *acordo no desacordo*, ou seja, um

⁸ Cf. JÜRGEN SIMON, "Human dignity as a regulative instrument for human genome research" in C. MAZZONI, *Ethics and Law in Biological Research*, The Hague, 2002, pág. 37 e seg., chamando a atenção para o facto de a mesma actividade – a pesquisa científica realizada sobre embriões humanos – ser considerada actividade perfeitamente legítima e legal no Reino Unido e ser legalmente proscrita na Alemanha, ainda que ambos os países, notamos, se reconheçam invariavelmente no respeito devido à dignidade da pessoa humana.

J. SIMON assinala, todavia, a forma como tal pesquisa é simplesmente considerada na Alemanha como violação da dignidade humana, sem que quem sustente essa posição sinta sequer a necessidade de desenvolver uma argumentação racional sobre os dilemas morais em questão: a contundência e gravidade do pretenso vício aí presente – a violação da dignidade da pessoa humana – é, por si só, razão para fulminar como inconstitucional, sem mais, qualquer proposta de admissibilidade da dita pesquisa científica. Apoiando a posição de J. SIMON, cf. G. RESTA, "La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità" in *Rivista di Diritto Civile*, 2002, 6, págs. 826 e seg.

acordo cuidadosamente estimulado em não arbitrar o desacordo, em não definir a dignidade⁹.

Daí que, se é comum e quase pacífico admitir a importância basilar do princípio da dignidade da pessoa humana em Estado de Direito e as consequências gravosas que decorrem da sua eventual violação, seja já mais difícil, embora possível e necessário, chegar a uma construção consensual de critérios abstractos que orientem a verificação constitucional da eventual existência de uma violação da dignidade da pessoa humana. E, finalmente, é muito difícil, para não dizer impossível, nos conflitos judiciais de difícil resolução, que não incluem as situações extremas, de violação mais grave e evidente, chegar a um acordo quanto à existência ou não de uma violação do princípio quando se trata de fazer a aplicação daqueles critérios.

b) No entanto, seria relativamente fácil obter esse acordo ou chegar a um consenso num círculo fechado delimitado a partir de uma convergência assente em doutrinas ou concepções *fortes* e comprehensivas (de natureza ideológica, filosófica e, sobretudo, religiosa): o conteúdo do princípio seria então apurado, e as suas eventuais violações consequentemente determinadas, no quadro de um sistema fechado, à luz da interpretação autêntica ou oficial do comando feita segundo os cânones oficiais ou oficiosos das respectivas concepções.

Porém, quando se lida com a ideia na qualidade de princípio constitucional, essa opção não é admissível. Interpretar a dignidade humana segundo uma orientação comprehensiva e *fechada* pressuporia considerar que, por exemplo, a nossa Constituição, quando acolheu o conceito, teria aderido a uma visão ou concepção particular do princípio, ainda que reconhecidamente controversa, não consensualmente partilhada.

Por exemplo, é relativamente fácil, embora cada vez menos, chegar a uma ideia de dignidade da pessoa humana perfilhada pelo catolicismo oficial e, com base no acordo aí gerado, abordar cada caso controverso que surja na vida jurídica segundo os respectivos pressupostos e, assim, identificar as violações concretas da dignidade da pessoa humana a partir das convicções e das premissas valorativas aceites nesse círculo.

⁹ Cf., assim, RICARDO CHUECA, "La marginalidad jurídica de la dignidad humana" in R. CHUECA (ed.), *Dignidad Humana y Derecho Fundamental*, Madrid, 2015, págs. 29 e 31.

Nessa altura, tudo se passaria como se o intérprete ou o juiz mais não tivessem que, para determinar o sentido jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana na sua aplicação a um caso concreto, apurar qual o veredito que a Igreja católica, *maxime* a autoridade que nela interpreta oficiosamente a vontade divina, determina para a situação controvertida em apreço.

No entanto, numa sociedade aberta como é o Estado de Direito democrático dos nossos dias, essa hipótese de partida está, por definição, excluída, já que aquilo que se procura é, desejavelmente, chegar a um conceito e a uma concepção do princípio da dignidade da pessoa humana enquanto princípio jurídico, mas também como princípio constitucional supremo em que assenta toda a ordem jurídica, e, logo, com um conteúdo abrangente, inclusivo, aberto, assente num consenso constitucional em que as várias correntes e concepções próprias de um pluralismo razoável no nosso tempo se possam rever¹⁰.

Identificada tão somente com uma única visão filosófica, com uma concepção do mundo, com uma ideologia ou com uma confissão religiosa particulares, a dignidade da pessoa humana estaria essencialmente inibida de desempenhar a sua função de princípio constitucional de Estado de Direito¹¹.

c) Ora, é aqui que residem as maiores dificuldades de concretização do princípio: a necessidade de chegar a um conceito secular, aberto e inclusivo, de dignidade da pessoa humana que seja suscetível de sustentar uma pretensão de validade consensual e que, simultaneamente, não perca densidade e lhe permita desenvolver efeitos normativos próprios e

¹⁰ Cf., assim, GOMES CANOTILHO, "Brancosos" e Interconstitucionalidade, Coimbra, 2006, págs. 177 e segs. Para a ideia de pluralismo razoável, cf. volume II, cap. III, 3.

¹¹ Veja-se, nesse sentido, como nos trabalhos preparatórios da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, foi massivamente rejeitada a proposta brasileira de incluir uma referência à ideia de criação da pessoa à imagem e semelhança de Deus enquanto fundamento da dignidade da pessoa humana. Obviamente, a proposta foi rejeitada, precisamente, porque afectaria negativamente o carácter secular e inclusivo do conceito. Assim, HEINER BIELEFELDT, *Auslaufmodell Menschenwürde?*, Freiburg, 2011, pág. 25.

No mesmo sentido, também aquando da elaboração da Lei Fundamental alemã se rejeitou, e pelas mesmas razões, proposta análoga. Cf. GERMAN ORFANEL, "La dignidad de la persona en la *Grundgesetz*" in R. CHUECA (ed.), *Dignidad Human y Derecho Fundamental*, Madrid, 2015, pág. 54.

consentâneos com a importância abstractamente atribuída a um princípio jurídico sobre o qual se supõe poder fazer assentar toda a estrutura do edifício constitucional de Estado de Direito.

d) Por outro lado, se a necessária separação das múltiplas águas onde voga o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser conscientemente assumida desde o primeiro momento – de outro modo a confusão de planos morais, religiosos, filosóficos e jurídicos contaminaria, como frequentemente ocorre, toda a tentativa de determinação de um conteúdo normativo operativo para o princípio –, ela não deve fazer esquecer que a separação não pode nem deve ser feita com a pretensão de estabelecer e de se basear numa separação acabada e pacífica entre aqueles diversos planos.

Desde logo, a própria dificuldade, ou até impossibilidade, de determinação de um conteúdo jurídico para o princípio exclusivamente a partir da simples exegese dos textos constitucionais ou legais que o acolhem obriga a buscar orientação e a considerar o legado de uma reflexão milenar oriunda dos outros planos referidos, o teológico, o filosófico e o político.

Com efeito, quando as Constituições contemporâneas acolhem o princípio da dignidade da pessoa humana não criam o conceito *ex novo*, mas, em alguma medida, dão vestes jurídicas a algo cujo conteúdo, por mais difuso ou controverso que pudesse parecer, tinha já uma carga histórica sedimentada de elaboração proveniente essencialmente daqueles outros domínios. Assim, se é certo que o princípio sofre uma profunda e obrigatória reconfiguração material no momento da sua recepção jurídico-constitucional, aquele legado histórico há-de, de algum modo, reflectir-se no conteúdo acolhido e, por isso mesmo, a história do conceito e do princípio não deve ser ignorada pelo intérprete constitucional.

e) Por último, os obstáculos de peso que se travessam na tentativa de determinar um sentido jurídico operativo para o princípio da dignidade da pessoa humana não devem ser superados pela via aparentemente mais simples, mas simultaneamente mais frustrante, qual seja a de, perante aquelas dificuldades, identificar pura e simplesmente o princípio da dignidade da pessoa humana com a liberdade e a autonomia individuais e com os direitos fundamentais em que, no próprio texto constitucional, o princípio também se projecta e concretiza.

Nessa visão, todos os direitos fundamentais seriam, de algum modo, expressão e concretização da dignidade da pessoa humana e, reciprocamente, qualquer violação de um direito fundamental constituiria simultaneamente uma violação da dignidade da pessoa humana. Logo, a sobreposição de conteúdo material entre dignidade e direitos humanos ou direitos fundamentais seria a pretensa resposta para aquelas dificuldades.

Porém, se fosse assim, sobretudo em Constituições, como a portuguesa ou a brasileira, prodigas na consagração de um vasto elenco de direitos fundamentais, então o intérprete e o aplicador mais não teriam que recorrer às próprias normas especiais de direitos fundamentais para resolver os casos *sub judice*, uma vez que, em geral, essas normas são mais determinadas e concretizadas que a vaga alusão à dignidade da pessoa humana.

Nessa altura, o princípio encontraria nesse plano de abstracta e genérica identificação com os direitos fundamentais uma tradução relativamente pacífica e consensual, mas, no fundo, serviria de pouco ou, pelo menos, seria redundante face ao conjunto de direitos fundamentais especificamente considerados.

Logo, o princípio da dignidade da pessoa humana teria sido aparentemente salvo através daquela identificação de sobreposição com os direitos fundamentais, mas para servir de nada. Ou seja, tudo o que ele poderia prestar juridicamente seria igualmente extraível, e com vantagem, por maior especialidade e densidade, das próprias normas de direitos fundamentais constitucionalmente positivadas.

Além do mais, um conceito que, à partida, tinha uma ambição de vinculatividade correspondente à sua natureza de princípio supremo de Estado de Direito, ver-se-ia necessariamente obrigado, por força daquela identificação material dos dois termos, a sofrer o mesmo tipo de compressões e de cedências de que padecem os direitos fundamentais no confronto com outros valores, interesses e direitos dignos de protecção jurídica. Logo, também a dignidade da pessoa humana ficaria sujeita à necessidade de ponderação com outros bens jurídicos.

f) Em contrapartida, sendo redundante quando diluído e equiparado à realização e aplicação dos direitos fundamentais na vida jurídica quotidiana, o princípio da dignidade da pessoa humana poderia acabar, num outro tipo de utilização, por ter como destino e única função de sentido útil a sua invocação sistemática contra os próprios direitos fundamentais.

Ou seja, se enquanto ajuda aos interesses de autonomia e de liberdade prosseguidos pelos direitos fundamentais o princípio se revelaria supérfluo – já que o mesmo trabalho pode ser mais directa e eficazmente realizado, sem intermediários nem tutores, pelos próprios direitos fundamentais –, ele comportaria, paradoxalmente, uma possibilidade de utilização dirigida contra a liberdade e a autonomia individuais quando, como se verifica frequentemente, vem invocado como fundamento de restrição dos direitos fundamentais e surge aí pretensamente dotado de uma suposta evidência que até dispensaria ulteriores justificações.

Nesse quadro, simplesmente, se certas formas de exercício do direito ao desenvolvimento da personalidade, da liberdade de expressão do pensamento, da liberdade de criação artística ou da liberdade de investigação científica desagradam a uma dada concepção ideológica ou a uma mundividência religiosa, basta, sem mais, a sua qualificação como ofensivos da “dignidade humana” para pretender legitimar a sua proibição autoritária ou para requisitar o aparelho jurídico ou coactivo do Estado contra o respectivo exercício.

g) Estas diferentes razões apontam, então, para a imprescindibilidade de uma indagação aprofundada sobre o sentido normativo autónomo do princípio da dignidade da pessoa humana no plano jurídico-constitucional.

E, quando nos referimos a um sentido autónomo, fazemo-lo porque outro tipo de consequências jurídicas que decorrem da consagração constitucional do princípio não chegam, sequer, a ser verdadeiramente problemáticas.

Assim, é relativamente pacífico que, pelo menos em sentido material, a dignidade da pessoa humana e o seu reconhecimento estão na própria base da consagração dos direitos fundamentais, designadamente, e de forma mais directa, nos direitos fundamentais especificamente dirigidos a garantir juridicamente a autonomia individual, a privacidade, a liberdade, a igualdade, o respeito e o bem-estar.

Da mesma forma, não é verdadeiramente controverso chegar à conclusão, todavia relevante, de que o necessário respeito da dignidade da pessoa humana impõe também um novo tipo de relacionamento entre Estado e indivíduos e, com esse alcance, o respectivo princípio se encontra na raiz do desenvolvimento dogmático dos restantes princípios estruturantes do Estado de Direito, como sejam a igualdade, a proporcionalidade ou a segurança jurídica.

Porém, o ponto mais difícil nesta indagação será o de apurar se, para além destes efeitos mediatos, a dignidade da pessoa humana também desenvolve efeitos jurídicos próprios, autónomos, directamente aplicáveis na vida jurídica e quais são, em caso afirmativo, esses efeitos, ou seja, qual é o conteúdo normativo autónomo do princípio da dignidade da pessoa humana. Essa constituirá, de resto, a questão principal objecto do segundo volume, onde procedemos à indagação, fundamentação, proposta e sistematização desse conteúdo normativo autónomo e à discussão da natureza da sua vinculatividade.

Capítulo II

A Dignidade na História

1. As duas *dignidades*

a) Quando se buscam as origens, desde logo a etimológica, da actual ideia de dignidade da pessoa humana, surge a surpreendente verificação de que entre o antigo primeiro *nome* de *dignidade* (a *dignitas* romana ou outras expressões gregas igualmente significando *valor, honra* ou *apreço*) e a *coisa* actual de que falamos (*dignidade da pessoa humana*) há ligação e pontos de contacto, mas há também um verdadeiro abismo.

Apesar de se tratar de uma distinção nem sempre percebida e de haver tentativas de reconstrução da existência de uma linha de continuidade ou de identificação tendencial entre os dois termos, a diferença estrutural que, a nosso ver, não deve deixar de ser tida em conta é a de que aquele *nome* originário se referia essencialmente a honra, a privilégio, a estatuto ou elevação excepcional adquiridos ou merecidos, e a *coisa* actual é assumida como sendo atributo universal e igual, próprio de toda a pessoa em qualquer parte do mundo, independentemente da sua prestação ou do seu comportamento e qualquer que seja a situação em que se encontre.

Aquele nome, *dignitas*, significava atributo condicional, contingente, gradual, que se podia ter ou não ter, adquirir e perder, merecer ou desmerecer, em maior ou em menor medida; já a coisa actual, *dignidade da pessoa humana*, é vista como inerente à condição humana e, por isso, não

apenas ontologicamente incondicional, inalienável e imperdível, como susceptível de funcionar normativamente como princípio jurídico intangível e universal.

Há, portanto, apesar dos pontos de contacto, uma necessária primeira distinção a fazer e que nem sempre é relevada: a história do étimo começa ali, na *dignitas* romana, e o sentido cunhado por aqueles atributos permanecerá até aos nossos dias, mas não deve ser assimilado ao conteúdo e à história da *dignidade humana* tal como hoje a concebemos. Tratando-se de um conceito compatível e estreitamente associado a hierarquia e a privilégio, a ideia *antiga* de dignidade contrapõe-se claramente à *contemporânea* configuração jurídica e ética do princípio de *dignidade humana*, que evoca, ao invés, um sentido de igualdade e de atribuição geral e universal de direitos, de valia e de reconhecimento.

b) São coisas diferentes e que importa diferenciar, não apenas por exigência de rigor, mas também, e sobretudo, porque a ideia de *dignitas* no sentido romano clássico continua ainda a ser regularmente utilizada nos nossos dias e desenvolve efeitos nouros planos, pelo que os dois termos carecem de distinção inequívoca. De resto, há situações jurídicas conflituais em que a argumentação esgrimida a favor de uma e outra posição recorre, por vezes indistintamente, ao uso da *dignidade* com os dois sentidos assinalados, tanto referindo o termo *dignidade* às exigências da dignidade humana, quanto ao sentido de valoração de uma postura pessoal ou a uma situação objectiva especialmente apreciada.

O caso controverso da eutanásia ou do auxílio ao suicídio é, porventura, a situação mais conhecida desta utilização multifacetada, mas objectivamente equívoca dos conceitos, na medida em que a ideia de *morte com dignidade* evoca tanto o sentido antigo da *dignitas* quanto o sentido subjectivo contemporâneo de respeito da autonomia inerente à pessoa, enquanto que a argumentação de sentido contrário já recorre à dignidade humana como fundamento objectivo denegador da decisão pessoal de morrer, portanto, como limite à autonomia pessoal.

c) Porém, no plano linguístico, a distinção é, em geral, facilmente perceptível: *dignidade*, não adjetivada, é uma coisa e *dignidade humana* ou *dignidade da pessoa humana* é outra.

A primeir
ou como un
à ideia de es
vados, de u
posição, un
É també
-se jurídica
dades, priv
dade (honr

A segui
ser, també
grado, ma
as pessoas
ideia de ig

d) Há :
gundo lin
tência act
da antig
e tratame
portanto
dade, co
a dignida
reconhe

¹² Cf. NICI
Essays Cor

¹³ Cf. LEN
69 e segs.

¹⁴ São cor
nidade de
comporta
modelo d
como sta

¹⁵ Susten
da elevac
WHITMA

A primeira, a que não vem adjetivada, é *dignidade* como uma *qualidade* ou como um *status social*¹², como *mérito* ou como *virtude*¹³, e vem associada à ideia de especial apreço que deriva de um estatuto ou posição social elevados, de uma posição privilegiada ou que é utilizada para qualificar uma posição, uma atitude ou um comportamento tidos como exemplares¹⁴. É também o tipo de *dignidade* que pode, ainda hoje, continuar a exprimir-se juridicamente através de diferenciações consubstanciadas em imunidades, privilégios e distinções remuneratórias que visam garantir a *dignidade* (honra) de um cargo ou de uma função.

A segunda, a *dignidade humana* ou *dignidade da pessoa humana* pode até ser, também, reconhecimento de um estatuto elevado, supremo ou sagrado, mas que agora se considera generalizado igualitariamente a todas as pessoas pela simples razão de o serem¹⁵. Nessa altura, é indissociável da ideia de *igual dignidade*.

d) Há assim, se se quiser, uma evolução secular, mas desenvolvida segundo linhas autónomas e claramente distintas, que se prolonga na existência actual das *duas dignidades*: a *dignidade contingente*, ou seja, a herdeira da antiga ideia de *dignitas* como hierarquia e privilégio, como atributo e tratamento de favor reservado só a alguns ou a algumas instituições, portanto, caracterizada pela distribuição inigualitária e pela transitoriedade, como algo que se pode adquirir e perder, merecer e desmerecer; e a *dignidade humana, inherente*, associada à universalidade e à igualdade, ao reconhecimento igual devido a qualquer pessoa pelo facto de ser pessoa,

¹² Cf. NICK BOSTROM, "Dignity and Enhancement", in AAVV, *Human Dignity and Bioethics: Essays Commissioned by the President's Council on Bioethics*, 2008, pág. 175.

¹³ Cf. LENNART NORDENFELT, "The varieties of dignity" in *Health Care Analysis*, 2004, 2, págs. 69 e segs.

¹⁴ São correntes na vida quotidiana expressões como "comportamento digno", "grande dignidade de atitude", "dignidade de Estado", "dignitários", referindo-se sempre a situações, comportamentos, posturas, instituições ou funções positivamente valoradas, tomadas como modelo de especial elevação pessoal ou de proeminência institucional, ou seja, dignidade como *status* especial e particular positivamente valorado.

¹⁵ Sustentando a simples *transmutação* da primeira *dignidade* no seu sentido actual através da elevação de todos ao estatuto *aristocrático* da dignidade, cf. as posições de WALDRON e WHITMAN nas obras citadas *infra* nas notas 21 e segs.

enquanto algo de permanente, intrínseco ou consubstancial à pessoa, irrecusável e indisponível¹⁶.

2. A *dignitas* ou a(s) *dignidade(s)* contingente(s)

a) Na Roma antiga, *dignitas* surgia intimamente ligada à especificidade de um *status*, significando a honra e o especial respeito, deferência e consideração devidos a alguém por força do estatuto pessoal superior que lhe era socialmente reconhecido ou que lhe era circunstancialmente atribuído, por exemplo, pelo facto de exercer uma magistratura ou pela investidura num cargo público em si mesmos objectivamente considerados *dignos*¹⁷.

Mas a *dignitas* não se esgotava aí, na diferenciação que um particular *status* conferia a quem o possuísse. Tratava-se, sobretudo, de uma *dignidade relacional*, em que, a partir da presença objectiva de um motivo ou de uma causa geradores de dignidade, se exigia, em contrapartida, um respeito social condizente; por último, essa situação de privilégio deveria, por sua vez, ser correspondido por aquele que, possuindo dignidade e beneficiando do respeito e da honra, deveria agir em conformidade, comportar-se *dignamente*.

Ou seja, da valoração positiva do atributo da *dignitas* decorria a necessidade de dar àquele a quem se reconhecia ou que tinha *dignitas* um tratamento de favor, privilegiado e distinto do que era conferido à generalidade dos indivíduos. Em contrapartida, de quem se encontra nessa posição a comunidade espera um comportamento condizente, um com-

¹⁶ Cf. ALAN GEWIRTH, *Human Rights*, Chicago, 1982, págs. 27 e seg; JÖRN MÜLLER, "Ein Phantombild der Menschenwürde: Begründungstheoretische Überlegungen zum Zusammenhang von Menschenrechten und Menschenwürde" in G. BRUDERMÜLLER/K. SEELMANN (orgs.), *Menschenwürde*, 2^a ed., Würzburg, 2012, pág. 121.

¹⁷ RIEKE VAN DER GRAAF e JOHANNES VAN DELDEN ("Clarifying appeals to dignity in medical ethics from an historical perspective" in *Bioethics*, 2009, 3, págs. 154 e seg.) identificam, através dos elementos recolhidos na literatura da época, seis traços distintivos deste sentido de *dignitas*: um desempenho extraordinário, normalmente político ou militar; um reconhecimento social de feitos individuais ou de uma integridade moral de relevo; uma autoridade digna de respeito, honra e veneração públicos; uma forma de vida condizente; visibilidade; reconhecimento e atribuição graduais.

portamento *digno*, uma forma de viver exemplar e elevada que tanto se pode traduzir num *labor cum dignitate*, como num *otium cum dignitate*.

Donde se generaliza, depois, na linguagem corrente, e até aos nossos dias, a qualificação de *digna* a qualquer postura ou atitude que se aprecia como especialmente enobecedora, isto é, elevada face à vulgaridade, designadamente quando essa postura *digna* emerge em situações de pressão, em contextos onde personalidades mais débeis ou *vulgares* tenderiam a soçobrar¹⁸.

b) O entendimento provindo da Roma antiga continuou a fazer o seu caminho com uma persistência notável. Ele ressurge esporadicamente, por vezes até de forma cruentamente chocante aos olhos de hoje, no pensamento filosófico da modernidade¹⁹, tem por vezes expressão no próprio texto de Constituições, sobretudo do século XIX²⁰, e prolonga-se em diferentes planos da realidade actual.

É isso que ocorre no domínio da linguagem, onde o uso do termo com aquele sentido é corrente e generalizado no dia a dia, mas que se reflecte também no plano social (onde é comum a referência a dignidade associada a diferenciação de estatutos, a uma superioridade ou a uma especial elevação pessoal, funcional ou institucional) e tem expressão residual no próprio domínio jurídico, onde a aceitação da ideia de especial “dignidade” se traduz, ainda hoje, por exemplo, nas imunidades, no foro ou nas regalias de que gozam uma função, um órgão ou um cargo e para as quais nem sempre se encontra uma justificação racional actualizada.

¹⁸ Cf., assim, DAVID A. JONES, "Is the creation of admixed embryos 'an offense against human dignity?'" in *Human Reproduction and Genetic Ethics*, 2010, 16, pág. 100.

¹⁹ Por exemplo, para HOBBES (*Leviathan*), a dignidade seria o valor público da pessoa, o seu preço, a valia que lhe fosse atribuída pela comunidade, independentemente do mérito ou das qualidades pessoais ou de qualquer valor absoluto, mas exclusivamente resultante das necessidades ou do julgamento dos outros: na linguagem economicista de hoje, dignidade seria o valor de mercado de cada pessoa. Cf. DANIEL P. SULMASY, "Dignity and bioethics: history, theory, and selected applications" in AAVV, *Human Dignity and Bioethics: Essays Commissioned by the President's Council on Bioethics*, 2008, págs. 471 e seg; R. GRAAF/J. DELDEN, "Clarifying appeals to dignity in medical ethics from an historical perspective", cit., pág. 157.

²⁰ Vejam-se, assim, as Constituições espanholas de 1812, 1837, 1845 e 1876 (cf. ROSA R. LAPEÑA, "La dignidad y sus manifestaciones en el ordenamiento constitucional español" in R. CHUECA (ed.), *Dignidad Human y Derecho Fundamental*, Madrid, 2015, pág. 336).

Ou seja, apesar do sucesso actual e da diferenciação desenvolvida por essa outra ideia alternativa da igual dignidade humana – que é a que constitui objecto da nossa atenção –, não desapareceu o filão do conceito de dignidade entendida como hierarquia, privilégio, *status*, no sentido de um valor objectivo elevado, comportando eventualmente consequências jurídicas, que a comunidade atribui a alguém, a um cargo, a uma função.

c) Há mesmo quem identifique uma expressão dessa ideia de dignidade como hierarquia e diferenciação de estatutos nas primeiras receções jurídico-constitucionais da *dignidade* no advento do Estado social, quando, como aconteceu na Constituição de Weimar de 1919 e noutras por ela influenciadas nas décadas seguintes, a dignidade surgia, não enquanto princípio jurídico de garantia da autonomia e igualdade da pessoa, mas enquanto aspiração de um programa económico associado a protecção e garantia de um *status* social, designadamente, a melhoria e protecção das condições de vida das classes trabalhadoras ou economicamente mais desfavorecidas.

Daí que alguns Autores²¹ vejam na história do princípio uma diferenciação essencial entre o que teria ocorrido na Europa – onde a reivindicação da dignidade teria feito o seu caminho em termos de reivindicação da generalização dos privilégios ou de um estatuto elevado aos grupos e classes sociais que anteriormente os não possuíam – e na América, onde a inexistência de uma anterior diferenciação social e a falta de memória de uma anterior sociedade estratificada (excluindo, obviamente, as sequelas persistentes do esclavagismo e da segregação racial) teriam determinado a ausência de um substrato político e sociológico de *luta pela dignidade* segundo os moldes verificados na Europa.

Nesse sentido, e para os Autores que perfilham essa ideia, a actual *dignidade humana* seria essencialmente o resultado de um movimento de conquista ou de luta pelo alargamento a todos os cidadãos do estatuto e dos privilégios outrora reservados só a alguns, os nobres²², numa espécie

²¹ Cf., assim, J. WALDRON, "The dignity of groups", in *Acta Juridica*, 2008, págs. 66 e segs; J. WHITMAN, "'Human dignity' in Europe and the United States: the social foundations" in G. NOLTE (org.) *European and US Constitutionalism*, Cambridge, 2005, págs. 108 segs.

²² Assim, cf. J. WALDRON, "The Dignity of Groups", cit., págs. 86 e seg; WALDRON, *Dignity, Rank, and Rights*, New York, 2012, págs. 17 e segs, pág. 22, pág. 33: "dignidade enquanto nobreza para o homem comum", no sentido de que se passaria a atribuir a todas as pessoas

de “nivelação por cima”²³ ou de *transvaloração* da *dignitas* enquanto *status elevado*, associado agora a toda a humanidade, sem que, todavia, a anterior ideia de *dignidade* como estatuto superior se tivesse desvanecido ou tivesse sido simplesmente substituída por uma nova ideia²⁴.

3. Da *dignidade dos humanos* à *dignidade da pessoa humana* como igual dignidade

a) Porém, a dignidade que nos importa e que é objecto da nossa indagação é aquela a que, no nosso tempo, foi atribuída primazia jurídico-constitucional, a igual dignidade humana, enquanto estatuto universal reconhecido a todas as pessoas pelo facto de o serem, que é, em grande medida, uma novidade do segundo pós-guerra, quando o princípio concebido nestes termos foi recebido nos documentos de Direito Internacional de direitos humanos e nas Constituições nacionais.

É a *genealogia* dessa novidade tão tardivamente reconhecida no plano constitucional que a seguir procuramos traçar abreviadamente²⁵.

a dignidade, a posição social e o respeito que antes eram devidos à nobreza; WALDRON, “Is Dignity the Foundation of Human Rights?”, *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, 2013, págs. 24 segs.

Cf., porém, contestando esta reconstrução da “dignidade enquanto nobreza para o homem comum”, proposta por WALDRON, como não correspondendo à ideia actual de universalização da dignidade, DON HERZOG, “Aristocratic Dignity?” in WALDRON, *Dignity, Rank, and Rights*, cit., págs. 99 e segs.

²³ Cf. WALDRON, “The Dignity of Groups”, cit., págs. 86 e seg; J. WHITMAN, “The two western cultures of privacy: dignity versus liberty” in *Yale Law Journal*, 113, 2003-2004, págs. 1164 segs.

²⁴ Cf. J. WALDRON, *Dignity, Rank and Rights*, cit.; “Dignity, rights, and responsibilities” in *Arizona State Law Journal*, 2011, págs. 1119 e seg; “Citizenship and dignity” in C. McCRUDDEN (org.), *Understanding Human Dignity*, Oxford, 2013, pág. 327.

²⁵ Cf., para uma síntese dessa evolução, C. McCRUDDEN, “Human dignity and judicial interpretation of human rights” in *European Journal of International Law*, 2008, 4, págs. 656 e segs; M. ROSEN, *Dignity*, Cambridge, Mass., 2012, págs. 11 e segs.

Cf., todavia, a diferente visão de OLIVER SENSEN (*Kant on Human Dignity*, Berlin, 2011, págs. 141 e segs), para quem a principal divisão a fazer será entre um *paradigma tradicional* e um *paradigma contemporâneo* de dignidade. O *paradigma tradicional* assenta na ideia de dignidade como *hierarquia, estatuto elevado*, algo que se ergue acima de outro algo, sendo essas entidades variáveis a preencher consoante o contexto. Por sua vez, e daí a diferença da sua posição, integra no *paradigma tradicional* todo o pensamento teológico e filosófico até à contemporaneidade.

b) Não obstante o peso que, na Roma antiga, ostentava a dignidade entendida como *status* privilegiado particular, alguns autores salientam, no entanto, que a preocupação com um sentido potencialmente universal de dignidade teria já aí despontado quando, numa atitude bem mais próxima das preocupações que envolvem actualmente o conceito, alguns autores clássicos desenvolveram também uma reflexão sobre o que caracterizaria especialmente, não a dignidade de um cargo, de uma função ou de um *status* particular, mas a *dignidade dos humanos*, inscrevendo esse tema na resposta à interrogação existencial sobre o lugar que eles ocupariam no universo²⁶.

De facto, na linhagem do pensamento estóico, com CÍCERO e SÉNECA, embora conservando as referências à *dignitas* como *status*, honra e privilégio, abriu-se uma outra e nova indagação sobre os fundamentos que, independentemente do *status*, distinguiriam especificamente a dignidade dos humanos relativamente aos atributos das criaturas não humanas²⁷. E o resultado apurado foi, já então, tal como era para os estóicos gregos, que o atributo distintivo que identificava singularmente os humanos e que, em alguma forma, eles, e só eles, partilhavam com a divindade, era o da presença da razão, no sentido da razão prática e da capacidade de escolha moral, da capacidade de aprender e de contemplar²⁸.

raneidade, nele incluindo o próprio KANT (cf. págs. 164 e segs). Já o *paradigma contemporâneo*, que só teria sido desenvolvido no século XX e inscrito então nos actuais documentos de Direito Internacional, baseia-se na dignidade enquanto valor objectivo intrínseco à pessoa e no consequente respeito que lhe é devido. Com o mesmo sentido, cf. OLIVER SENSEN, "Human dignity in historical perspective: The contemporary and traditional paradigms" in *European Journal of Political Theory*, 2011, 1, págs. 71 e segs.

²⁶ Cf. O. SENSEN, "Human dignity in historical perspective: The contemporary and traditional paradigms", *cit.*, pág. 75.

²⁷ Indagação essa que, em todo o caso, se compatibilizava com a defesa da existência e da manutenção de diferentes *dignidades* na comunidade política. Assim, CÍCERO rejeitava a democracia igualitária com o argumento da iniquidade que adviria do facto de uma democracia desse tipo não reconhecer normativamente a existência de diferentes *graus de dignidade*. Cf. HEINER BIELEFELDT, *Auslaufmodell Menschenwürde?*, Freiburg, 2011, págs. 69 e seg.

²⁸ Cf. H. CANCIK, "'Dignity of man' and 'persona' in stoic anthropology: some remarks on Cicero *De Officiis I*, 105-107" in KRETZMER/KLEIN (orgs.), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, The Hague, 2002, págs. 19 e segs; C. MCCRUDDEN, "Human dignity and judicial interpretation of human rights", *cit.*; A. SCHULMAN, "Bioethics and the question of human dignity" in AAVV, *Human Dignity and Bioethics: Essays Commissioned by the President's Council on Bioethics*, 2008, págs. 7 e seg; MARTHA NUSSBAUM, "Human dignity and political entitlements" in AAVV, *Human Dignity and Bioethics ...*, *cit.*, págs. 352 e segs; GRAAF/DEL-

Esta dignidade, todavia de reconhecimento excepcional na época, e que só posteriormente, com a influência do cristianismo, viria a encontrar eco significativo, é já concebida como uma *dignidade incondicional*, não relacional, independente de feitos ou de realizações individuais especiais; é uma *dignidade* própria do homem, que distinguiria os humanos dos animais²⁹.

3.1. Dignidade e *imago Dei* do judaísmo e do cristianismo

a) Seria sobretudo na Idade Média, a partir da ideia bíblica da *imago Dei*, que se afirmaria a *dignitas homini*, isto é, a dignidade distintiva enquanto ser humano, a ideia da atribuição de um *status superior* aos humanos a partir da presença de características só por eles partilhadas com a divindade. Ou seja, o traço distintivo e decisivo seria, agora, a ideia de superioridade derivada da criação sobrenatural do homem à imagem e semelhança de Deus, que o cristianismo³⁰ colhera do judaísmo, onde essa origem vinha já associada à ideia de *santidade da vida* e de *igualdade* entre as pessoas³¹, reforçada ainda, na tradição cristã, pela *prova* da incarnação humana da divindade³².

Dessa crença religiosa judaico-cristã, que vê no homem uma criatura (a única) feita por Deus à sua imagem e semelhança (a referida *imago Dei* do *Velho* e do *Novo Testamento*), decorrem tendencialmente, não apenas a ideia da superioridade moral dos humanos face a qualquer outra espécie

DEN, “Clarifying appeals to dignity in medical ethics from an historical perspective”, *cit.*, págs. 154 e seg; ANTONIO PELE, *La Dignidad Humana – Sus Orígenes en el Pensamiento Clásico*, Madrid, 2010, págs. 237 e segs, págs. 287 e segs; C. FOSTER, *Human Dignity in Bioethics and Law*, Oxford, 2011, págs. 28 e segs; M. ROSEN, *Dignity*, *cit.*, págs. 11 e seg.

²⁹ Cf. RIEKE VAN DER GRAAF/JOHANNES VAN DELDEN, “Clarifying appeals to dignity in medical ethics from an historical perspective”, *cit.*, pág. 155.

³⁰ Colhem-se as primeiras referências à dignidade associada à *imago Dei* nos sermões do Papa Leão I, no século V (cf. O. SENSEN, “Human dignity in historical perspective: The contemporary and traditional paradigms”, *cit.*, págs. 78 e seg).

³¹ Cf. AHARON BARAK, *Human Dignity – The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge, 2015, págs. 18 e segs.

³² Cf., recentemente, CHARLES FOSTER, *Human Dignity in Bioethics and Law*, *cit.*, págs. 28 e segs; DAVID GUSHEE, “A christian theological account of human worth” in C. McCRUDDEN (org.), *Understanding Human Dignity*, *cit.*, págs. 285 e seg.

ao cimo da Terra (onde a presença e imortalidade da alma, mas também a postura e o caminhar erecto, a centralidade do homem no universo e o livre arbítrio³³), como ainda, e para o que aqui especialmente nos interessa, a ideia da dignidade de cada ser humano por facto simplesmente de o ser, independentemente do seu estatuto ou de características particulares.

Essa era a consequência de a pessoa humana ser criatura especial e distintamente honrada pela intenção divina de lhe atribuir a centralidade no mundo, donde que qualquer enfraquecimento dessa ideia³⁴ ou qualquer degradação e destruição de uma pessoa sejam tanto uma ofensa à sua dignidade como, simultaneamente, um sacrilégio contra Deus³⁵ ou, na perspectiva recíproca, que qualquer bem que se faça a um necessitado seja também um bem que se faz a Cristo, isto é, à imagem personificada do Deus invisível³⁶.

b) Todavia, integrado nos projectos de salvação da alma e nas preocupações etéreas da vida pós-morte, com a consequente subordinação e desvalorização da vida terrena a mero resultado efémero dos designios imaginados da divindade³⁷, esse pioneirismo confessional, apesar da proclamação da ideia de *igual dignidade*, era estruturalmente incoerente e incapaz de fundamentar, por si só, o desenvolvimento e o sentido de dignidade que se viriam a afirmar contemporaneamente.

³³ Cf. NICK BOSTROM, "Dignity and Enhancement", in AAVV, *Human Dignity and Bioethics. Essays Commissioned by the President's Council on Bioethics*, 2008, pág. 174; L. R. BARROSO, *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*, Belo Horizonte, 2012, págs. 15 segs.

³⁴ Por isso se percebe como Galileu foi perseguido pela Inquisição, por facto de a sua defesa do heliocentrismo contrariar a adesão da Igreja católica ao sistema ptolomaico, dada a maior conformidade deste à ideia da centralidade da Terra no Universo e, a ela associada, à dignidade do Homem criado à imagem e semelhança de Deus. Cf., DAVID HYMAN, "Does technology spell trouble with a capital 'T'? human dignity and public policy" in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2003, 1, pág. 11.

³⁵ Cf. JAMES HANVEY, "Dignity, person, and *imago trinitatis*" in C. MCCRUDDEN (org.), *Understanding Human Dignity*, cit., pág. 216.

³⁶ Cf. JANET SOSKICE, "Human dignity and the image of God" in C. MCCRUDDEN (org.), *Understanding Human Dignity*, cit., págs. 234 e seg.

³⁷ Cf. SANDKÜHLER, "La dignité humaine et la transformation des droits moraux en droit positif" in POULAIN/TRIKI/SANDKÜHLER, *La Dignité Humaine*, Bern, 2009, págs. 14 e seg.

Naturalmente, os referidos designios divinos são *recriados* em conformidade às concepções de cada época e, por isso, essa concepção de dignidade – supostamente reconhecida a todas as pessoas pelo facto de o serem – compatibilizava-se com a aceitação da desigualdade institucionalizada entre as pessoas e acolhia a ideia matricial do sacrifício redentor de humanos à divindade ou o combate armado contra os *infiéis*, tal como, já modernamente, aceitaria e praticaria a tortura sobre humanos em nome da pureza espiritual, ao mesmo tempo que patrocinava ou convivia pacificamente com o genocídio e com a escravatura.

c) Assim, apesar da influência decisiva que o pensamento cristão viria a ter no reconhecimento e, sobretudo, na contemporânea aceitação social praticamente incontestável da ideia de *igual dignidade*, esta teria permanecido letra morta – no sentido de indiferença e até mesmo de oposição aos direitos fundamentais das pessoas concretas – não fora a recomposição proporcionada posteriormente pelo pensamento filosófico e, no plano político e jurídico, o impulso decisivo e a ancoragem que as revoluções liberais e democráticas e o ideal de direitos fundamentais iguais para todos deram à concepção contemporânea de dignidade na segunda metade do século XX³⁸.

Verdadeiramente inovadora era, no entanto, independentemente dos desmentidos práticos, a potencialidade dessa ideia segundo a qual um estatuto moral qualificado, derivado do acto da criação divina, deveria prevalecer sobre quaisquer diferenças particulares.

³⁸ Sobre a importância de, quando se estuda a genealogia de um conceito como o de *dignidade da pessoa humana*, não se ter apenas em conta a *história* da ideia, tal como foi escrita ao longo dos tempos por eminentes pensadores, correntes de pensamento e religiões, mas também o contexto social de luta por ideais e transformações sociais que se reflectem na actual vivência da dignidade – como foram as lutas contra a escravatura, contra a intolerância religiosa, pelos direitos das classes trabalhadoras, contra o racismo e o *apartheid*, pela emancipação das mulheres e a igualdade entre sexos e contra a discriminação em função de inúmeras *categorias suspeitas*, como a da orientação sexual –, pois, no seu conteúdo axiológico e na presença implícita da ideia de dignidade da pessoa, elas são tão ou mais importantes que as elaborações teóricas para compreender aquilo que a dignidade humana é e deve ser hoje, cf. MATTHIAS MAHLMANN, “Six antidotes to dignity fatigue in ethics and law” in “Dignity in a legal context and as an absolute right” in C. McCRUDDEN (org.), *Understanding Human Dignity*, cit., págs. 594 e segs.

É que acaba por ser essa mesma ideia de uma igual dignidade por facto de se ser pessoa humana que, despida das vestes teológicas, actualmente se acolhe nos documentos internacionais de direitos humanos e nas actuais Constituições. Donde que, apesar de conviver com uma prática estratificada e hierárquica de dignidade e com grandes iniquidades entretanto cometidas em seu nome na face da Terra³⁹, o cristianismo, na medida em que contribuiu decisivamente para a criação de um ambiente cultural propício à aceitação de um postulado proclamado doutrinariamente ao longo de séculos, pode, em última análise, com propriedade⁴⁰, assumir-se na qualidade de precursor desta dimensão igualitária e universal da dignidade humana.

3.2. A reconstrução filosófica da *dignidade* no Renascimento e no iluminismo

a) No Renascimento, com PICO DELLA MIRANDOLA (*Oratio de hominis dignitate*⁴¹, 1486), mantendo-se a lógica da dádiva divina, retoma-se a pioneira inspiração estoica, recolocando a tônica, não já na instância da criação, mas na associação entre o atributo humano particular da razão e a consequente diferença específica da natureza humana, na medida em

³⁹ Assim, C. STARCK, "The religious and philosophical background of human dignity and its place in modern Constitutions" in KRETZMER/KLEIN (orgs.), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, The Hague, 2002, pág. 181.

⁴⁰ O que, note-se, respeitando à influência daquela concepção num contexto cultural e político favorável como é o que se segue ao segundo pós-guerra, não significa que esse reconhecimento da igual dignidade tenha sido, ou seja, prática ou mesmo teoricamente acolhido no seio das confissões religiosas correspondentes. Não apenas ao longo de uma história de séculos, mas ainda no século XIX, como M. ROSEN sublinha (*Dignity*, cit., págs. 47 segv.) num ambiente oficial católico (Papa Leão XIII) de rejeição das ideias de contrato social e de soberania popular, as encíclicas *Quod Apostolicum Muneris* (1878) e *Arcanum Divinitate Sapientiae* (1880) proclamavam a legitimidade das diferenciações de "dignidade, direitos e poder" entre as diferentes ordens sociais, bem como a dignidade da obediência da mulher ao homem. De resto, ainda hoje se recusa na Igreja católica um estatuto de plena igualdade às mulheres ou às pessoas de orientação homossexual.

⁴¹ Note-se que a aparente centralidade atribuída à *dignidade* neste texto é ilusória: o termo só aparece referido duas vezes ao longo da *Oração* e o próprio título é póstumo, pelo que, como dizem R. GRAAF/J. DELDEN (*loc. cit.*, pág. 156), o contributo de PICO deve ser apreciado com a devida contenção.

que, através dele, Deus, tendo fixado o destino de tudo o mais, deu ao homem a liberdade de determinar a sua própria natureza⁴².

A diferença decorria da possibilidade de o homem – e só ele –, dotado que foi, por Deus, da capacidade de fazer escolhas racionais, ser capaz de forjar livremente o seu destino na Terra, de ter aquilo que escolhe e de ser aquilo que quer. A dignidade humana consistia precisamente nessa liberdade de decidir sobre o próprio destino.

No reconhecimento dessa especial capacidade dos humanos, salientada por PICO DELLA MIRANDOLA, se inaugurava, assim, qual *manifesto do Renascimento*⁴³, o sentido moderno de *dignidade humana* como *dignidade subjectiva* e com a tônica colocada na autonomia, na autodeterminação e na liberdade enquanto traços geradores da dignidade que distinguia o *status* dos humanos no Universo⁴⁴.

b) Por sua vez, no iluminismo, com PASCAL, PUFENDORF e, sobretudo, com KANT, desenvolvem-se os contornos do que viria a ser uma concepção, não apenas moderna, mas contemporânea, de dignidade humana, através da associação do conceito a uma visão plenamente emancipada, secular, da razão humana e da capacidade de autonomia. Seria já, portanto, uma dignidade não explicada, como até então, através do atributo da criação divina, mas uma dignidade que era agora considerada de forma independente da crença religiosa e baseada essencialmente na capacidade de actuação racional e de autodeterminação e responsabilização moral da pessoa humana.

Fosse a aptidão racional do homem concebida como dádiva de um Deus que o projectou como ser essencialmente livre ou, diversamente, fosse ela resultado de criação natural, desenvolve-se toda uma construção de dignidade assente sobre as ideias de razão, pensamento independente, valia intrínseca, igualdade, autonomia moral e auto-responsabilidade, ou seja, os atributos que são também inelimináveis no sentido moral e jurídico da dignidade nos nossos dias.

⁴² Cf. JAMES GRIFFIN, *On Human Rights*, 2008, Oxford, pág. 31.

⁴³ Cf. R. GRAAF/J. DELDEN, *loc. cit.*, pág. 156.

⁴⁴ Assim, M. ROSEN, *Dignity*, *cit.*, pág. 15 e págs. 142 segs; R. GRAAF/J. DELDEN, *loc. cit.*, pág. 156.

c) Tal construção foi realizada, sobretudo, no pensamento de KANT (*Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, 1785, e *Metafísica dos Costumes*, 1797), através de uma radicalidade e de uma sofisticação ímpares na elaboração teórica sobre os fundamentos do respeito devido a cada pessoa humana, referenciando-se a dignidade à qualidade única e insubstituível da pessoa como sujeito moral (capacidade de raciocinar sobre princípios morais e de actuar em conformidade) e com autonomia⁴⁵.

Note-se, todavia, que diversamente do que se intui numa leitura mais simplista, se tratava ali de uma autonomia particular, fundada na capacidade de a pessoa se dotar de uma concepção do bem e de a prosseguir racionalmente, enquanto sujeito motivado não por inclinações ou desejos, mas por um imperativo categórico auto-assumido de actuação moral⁴⁶.

Diferentemente do que ocorre na *nossa* autonomia, para KANT não é autónoma uma qualquer decisão livre da pessoa, mas apenas a que for tomada em função do dever moral, tomada por imposição da lei, da máxima, que cada um se dá a si mesmo e só desde que essa lei corresponda ao imperativo categórico, isto é, possa ser generalizável⁴⁷.

Para KANT, a natureza da autodeterminação do indivíduo actuando como co-legislador no *reino dos fins* implicava só ser verdadeiramente autónoma a actuação individual subordinada a uma máxima, a uma motivação, que, segundo a *primeira formulação* do *imperativo categórico*, pudesse pretender ser reconstruída e aplicada como lei moral universal, logo, como comando válido para todos e para quaisquer circunstâncias, acima de desejos, inclinações, fins ou necessidades particulares.

Por outro lado, e de acordo com a *segunda formulação* do mesmo *imperativo categórico*, é por possuir essa capacidade racional e moral única – a que lhe permite a autonomia própria de legislador no *reino dos fins* e a consequente capacidade de decisão autónoma – que cada pessoa deve

⁴⁵ Cf. ALASDAIR COCHRANE, "Undignified bioethics" in *Bioethics*, 2010, 5, pág. 237.

⁴⁶ Cf. M. SANDEL, *Justice*, New York, 2009, págs. 103 e segs.

⁴⁷ Para uma compreensão das diferenças entre a *nossa* autonomia (liberdade de escolher e actuar de acordo com os nossos próprios fins) e a *livre autodeterminação* kantiana (liberdade de actuar de acordo com a lei moral universal, independentemente dos nossos objectivos e desejos, e que é expressão de autonomia porque é simultaneamente lei que damos a nós mesmos), cf. M. SANDEL, *Justice*, cit., págs. 116 e segs; R. DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Mass., 2011, págs. 264 segs; ROSEN, *Dignity*, cit., págs. 25 e seg; ROSEN, "Dignity: the case against" in MCCRUDDEN (org.), *Understanding Human Dignity*, cit., pág. 150.

ser consec
mite equi
fim em si n
dignidade
outro vale
valor intr

Conse
como fim
respeitad
a pessoa
fins, tão
pulável.

Não é
tado con
e, nessa
reduzido
ser visto

Nesse
a proscr
próprio
obrigaç
nidade i
dever p
autónor
mesmo.
dades d
tira, ma
penden
sexualic

d) Pe
igual di
do con

48 "A pró
pessoa (n
deve ser s
dos Costu

ser consequentemente considerada como valor intrínseco, que não admite equivalente de substituição, que não tem um *preço*. Cada pessoa é *fim em si mesma*, possui uma valia interna incondicional, absoluta, uma dignidade, isto é, não está sujeita a troca ou a substituição por qualquer outro valor. Aquela autonomia funda a dignidade e a dignidade é esse valor intrínseco.

Consequentemente, nesse reconhecimento da pessoa com *dignidade*, como *fim em si mesma*, vem imanente, para que a dignidade humana seja respeitada, a proscrição da possibilidade de relativização, a proibição de a pessoa ser reduzida tão só a simples meio para a prossecução de outros fins, tão só a algo instrumentalizável, substituível, negociável ou manipulável.

Não é propriamente o facto de se ser instrumentalizado, de se ser tratado como instrumento que é condenável: é o facto de se ser relativizado e, nessa altura, de se ser degradado à condição de simples meio, de se ser reduzido só a instrumento de outrem, de simultaneamente não se estar a ser visto, respeitado, tratado ou assumido como *fim em si mesmo*⁴⁸.

Nesse sentido, a proibição de instrumentalização incluía também a proscrição da redução da pessoa a instrumento de si mesma e no seu próprio interesse, já que ela estava tão vinculada aos mesmos deveres e obrigações de respeito para consigo como os outros estavam. Isto é, a dignidade não se traduzia apenas no respeito devido aos outros, mas num dever para consigo próprio, no sentido de que só seria verdadeiramente autónoma a escolha individual que fosse não arbitrária para consigo mesmo. Por isso, a moralidade kantiana considerava fora das possibilidades de escolha *autónoma* do próprio, não apenas o suicídio ou a mentira, mas também escolhas que hoje tenderíamos a considerar como dependentes exclusivamente da opção dos próprios, como seja a de uma sexualidade promiscua, dita *não natural*.

d) Pode finalmente dizer-se que, apesar da origem cristã da ideia de igual dignidade, foi esta potencial depuração e emancipação filosófica do conceito de dignidade relativamente aos dogmas do criacionismo

⁴⁸ “A própria humanidade é uma dignidade; porque a pessoa não pode ser usada por nenhuma pessoa (nem pelos outros nem, inclusivamente, por si mesma) meramente como meio, mas deve ser simultaneamente usada como fim e nisso consiste a sua dignidade [...]” (*Metafísica dos Costumes*, Parte II, *Dos deveres de virtude para com os outros*, § 38).

divino produzida pelo pensamento kantiano⁴⁹ que possibilitaria, mais tarde, por um lado, a juridificação do conceito – ou seja, a transição de dever virtuoso a dever jurídico⁵⁰ – e, por outro, a sua recepção jurídico-constitucional por parte de um Estado laico e de um Direito Constitucional inclusivo, não confessional.

Foi com base nesses pressupostos que se chegou a um conceito de dignidade sobre o qual se viria posteriormente a desenvolver e agregar o consenso em que assentam, hoje, as sociedades de Estado de Direito.

Será então possível assumir, no Estado constitucional, os fundamentos de uma noção de dignidade que, numa adaptação *mundana* ou *democrática* do pensamento kantiano, designadamente quanto à relevância da autonomia individual, colhe aí muitos dos elementos que determinam o sentido normativo actual da dignidade, designadamente a ideia da qualidade e valia intrínseca da pessoa humana enquanto ser dotado da capacidade racional que lhe permite, com autonomia, fazer escolhas de acordo com os padrões morais que elegeu e pelas quais se pode e deve responsabilizar perante os outros, que lhe são iguais em autonomia, em liberdade, em direitos e em responsabilidade.

O S

1. A re

a) Na
são jurí
históric
longo p
mento e
apenas a
pós-gue

Com
muito t
e após u
filosofia

si A digni
próximas
como expe
-se, assim,
chinesa ("
artigo 37º)
na qualida

⁴⁹ Cf. M. MAHLMANN, "Human dignity and the culture of republicanism" in *German Law Journal*, 2010, 1, págs. 18 segs.

⁵⁰ Salientando a especial aptidão para essa transição, na medida em que o dever de virtude kantiano assumia também, tal como o dever jurídico, uma natureza negativa, isto é, a obrigação de não coisificar uma pessoa, de não tratar alguém só como mero instrumento, cf. KURT SEELMANN, "Haben Embryonen Menschenwürde? Überlegungen aus juristischer Sicht" in MATTHIAS KETTNER (org.), *Biomedizin und Menschenwürde*, Frankfurt, 2004, págs. 64 e seg; R. GRAAF/J. DELDEN, "Clarifying appeals to dignity in medical ethics from an historical perspective", cit., pág. 157.

Capítulo III

O Sentido da Recepção Constitucional da Dignidade

1. A recepção jurídico-constitucional do conceito

a) Não obstante o reconhecimento praticamente universal⁵¹ da dimensão jurídica do conceito de *dignidade humana* nos dias de hoje, em termos históricos há, todavia, um contraste claramente perceptível entre um longo percurso de referência à ideia e a juventude de um reconhecimento constitucional que, com o seu pleno sentido actual, se localiza apenas a meio do século XX, com as Constituições aprovadas no segundo pós-guerra.

Com efeito, a dignidade humana só *chegou* ao Direito Constitucional muito tempo depois de ser correntemente usada na linguagem comum e após um longo percurso de elaboração pelos caminhos da religião, da filosofia e das ideias políticas.

⁵¹ A dignidade humana é acolhida tanto nas Constituições das ordens jurídicas que nos são próximas quanto nas política e culturalmente mais afastadas e habitualmente identificadas como experiências onde a violação do princípio, tal como o entendemos, é sistemática. Veja-se, assim, a título de exemplo, como o princípio é igualmente adoptado pela Constituição chinesa (“a dignidade pessoal dos cidadãos da República Popular da China é inviolável”, no artigo 37º) ou surge na Constituição norte-coreana (artigo 82º), mas aí, mais dubiamente, já na qualidade de dever que os cidadãos devem observar.

Durante o século XIX, com exceções pouco significativas⁵², a dignidade permanece ausente dos textos jurídicos e constitucionais e, mesmo durante a primeira metade do século XX, o surgimento é escasso, e muito tímido.

A primeira manifestação é a Constituição finlandesa de 1919, onde se incumbe a lei de proteger a vida, a *dignidade*, a liberdade pessoal e a propriedade dos cidadãos⁵³. Também no mesmo ano de 1919, o artigo 151º da Constituição de Weimar, na parte sistemática da *Constituição económica*, acolheu indirectamente o conceito, não no sentido de *dignidade da pessoa humana* que hoje é comum à generalidade das novas Constituições, mas enquanto objectivo programático de “garantia de uma existência humana digna para todos”⁵⁴.

No fundo, a Constituição de Weimar, pioneira das Constituições de Estado social de Direito, dava expressão ao projecto oriundo do legado do movimento republicano e socialista que, durante o século XIX (LASALLE, PROUDHON), desenvolvera uma luta política em torno da reivindicação da “vida digna” para as classes trabalhadoras, ou seja, um sentido de exigência ou programa de vida digna e de promoção da dignidade pessoal que a organização social e económica do Estado deveria assegurar aos cidadãos⁵⁵.

Posteriormente, só nos últimos anos da década de trinta, combinando as referidas preocupações sociais com a chamada “doutrina social da Igreja”, a ideia de *dignidade humana* surgiu em algumas Constituições e textos constitucionais onde havia uma evidente inspiração católica. Foi o que

⁵² Para anteriores referências à *dignidade humana* (no preâmbulo do decreto francês de abolição da escravatura, em 1848, e especialmente relacionadas com a proibição de penas degradantes, na Constituição de 1849, a *Paulskirchenverfassung*, na Alemanha), cf., respectivamente, REBECCA J. SCOTT, “Dignité/dignidade: organizing against threats to dignity in societies after slavery” in McCRUDDEN (org.), *Understanding Human Dignity*, cit., pág. 61, e A. BENDOR/M. SACHS, “The constitutional status of human dignity in Germany and Israel” in *Israel Law Review*, 44, 2011, pág. 26.

⁵³ Cf. AHARON BARAK, *Human Dignity – The Constitutional Value ...*, cit., pág. 50.

⁵⁴ Sob sua influência, para além dos reflexos no artigo 46º da Constituição republicana espanhola de 1931, praticamente a mesma redacção e o mesmo sentido viriam a constar do artigo 115º da Constituição brasileira de 1934: “A ordem económica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna”.

⁵⁵ A Constituição do Equador de 1929 viria a acolher a mesma ideia. Cf. A. BARAK, *op. cit.* pág. 50.

aconteceu na Constituição irlandesa de 1937 (a primeira referência do constitucionalismo à dignidade da pessoa – "the dignity and freedom of the individual" – no respectivo preâmbulo) ou, já no segundo pós-guerra, na Constituição italiana de 1947/48⁵⁶.

b) Assinale-se, como curiosidade, que, ao contrário do que vem sendo sistematicamente, mas também erroneamente, referido em recente literatura anglo-saxónica⁵⁷, a Constituição portuguesa de 1933, a Constituição salazarista, não integra este conjunto de experiências constitucionais onde se manifesta uma adesão precoce à ideia de dignidade.

É verdade que, em afinidade de inspiração e de programa político com as Constituições acima referidas e na mesma linha retórica, também a Constituição portuguesa de 1933, na sua versão originária, incumbia o Estado de impedir que as classes sociais mais desfavorecidas descessem "abaixo do mínimo de existência humanamente suficiente" (artigo 6º, 3).

Essa norma permaneceria inalterada no período entre as duas guerras, mas, na revisão constitucional de 1951 – portanto já depois do acolhimento do conceito em textos constitucionais e de Direito internacional do segundo pós-guerra – sofreu uma alteração: a incumbência do Estado passou a ser a de "assegurar-lhes [às classes sociais mais desfavorecidas] um nível de vida compatível com a dignidade humana" e depois, na revisão constitucional de 1971, "assegurar a todos os cidadãos um nível de

⁵⁶ De notar ainda algumas referências esparsas em documentos paraconstitucionais de experiências e ambientes autocráticos conservadores do período entre as duas guerras, como sejam as leis fundamentais franquistas de 1938 (*Fuero del Trabajo*) e de 1945 (*Fuero de los Españoles*) ou no projecto constitucional de Pétain, em França, em 1940. Cf., assim, GIMENO-CABRERA, *Le Traitement Jurisprudentiel du Principe de Dignité de la Personne Humaine*, Paris, 2004, págs. 34 segs.

⁵⁷ Assim, entre muitos outros que recebem e difundem sistematicamente este erro, segundo o qual a Constituição salazarista seria pioneira, com a Constituição de Weimar, no acolhimento da "dignidade" ou que faria parte das Constituições que, entre as duas guerras, receberam o conceito, cf. FRANZ J. WETZ, *Illusion Menschenwürde – Aufstieg und Fall eines Grundwerts*, Stuttgart, 2005, pág. 59; PAUL TIEDEMANN, *Menschenwürde als Rechtsbegriff: eine philosophische Klärung*, Berlin, 2007, pág. 10; JÖRG LUTHER, "Razonabilidad y dignidad humana" in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 7, 2007, pág. 301; CHRISTOPHER McCRUDDEN, "Human dignity and judicial interpretation of human rights", *cit.*, págs. 656 segs, pág. 664; NICK BOSTROM, "Dignity and Enhancement", *cit.*, pág. 175; FABRICE JOTTERAND, "Human dignity and transhumanism: do anthro-technological devices have moral status?" in *The American Journal of Bioethics*, 2010, 10, pág. 46; CHARLES FOSTER, *op. cit.*, pág. 86; M. ROSEN, *Dignity*, *cit.*, pág. 51.

vida de acordo com a dignidade humana". Também na revisão constitucional de 1971, o respeito da "dignidade das pessoas" surge no artigo 45º como condição do reconhecimento da liberdade de religião e de culto.

Portanto, a "dignidade humana" chegou à Constituição salazarista, não em 1933, como erroneamente se vem propalando, mas apenas em 1951, já depois do fim da Segunda Guerra e após o início da difusão generalizada do conceito em documentos jurídicos da segunda metade do século XX⁵⁸.

c) Portanto, na sua actual configuração de princípio jurídico-constitucional em que assenta o Estado de Direito, a dignidade da pessoa humana só viria a ser verdadeiramente acolhida no segundo pós-guerra, sem dúvida como resultado directo da tomada de consciência humanitária que se seguiu às experiências autocráticas anteriores e às tragédias que elas provocaram. Desde logo, tal ocorreu através do impulso dado pelas Nações Unidas em 1945 e 1948.

Veja-se, assim, no preâmbulo da Carta:

"Nós, os povos das Nações Unidas, decididos a: [...] reafirmar a nossa fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, [...]."

⁵⁸ A origem do erro reside no facto de se confundir o texto que saiu das revisões constitucionais de 1951 e de 1971 com a versão originária da Constituição de 1933. Como na tradução disponibilizada na década de sessenta, na Alemanha, o texto revisto da (suposta) Constituição de 1933 incluía já a "dignidade", alguns autores alemães começaram a indicar erroneamente a Constituição salazarista como exemplo do acolhimento pioneiro da dignidade da pessoa humana.

Por sua vez, a origem do erro nos autores de língua inglesa pode residir no facto de P. C. MANUEL e M. MOTT, ("Une messe est possible": the imbroglio of catholic church in contemporary latin Europe" *Center for European Studies working paper*, 2004) terem, a partir de uma tradução inglesa da Constituição de 1933 publicada em 2001, assumido o artigo 45º, introduzido, todavia, na revisão constitucional de 1971, como se da versão salazarista originária se tratasse. Mais tarde, em 2006 e 2008, no trabalho acima citado, C. MCCRUDDEN assume esta indicação como boa e refere a Constituição salazarista de 1933 como pioneira no acolhimento da dignidade e, a partir de então, o erro vem sendo imparavelmente repetido (de resto, apesar da qualidade do trabalho, a enumeração das recepções constitucionais constante do texto de MCCRUDDEN é, e não apenas relativamente à Constituição portuguesa de 1933, uma estranha série de referências simplesmente erradas; cf. MATTHIAS MAHLMANN, "Human dignity and autonomy in modern constitutional orders" in ROSENFELD/SAJÓ (orgs.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2013, pág. 372).

Por sua vez, ainda mais pronunciadamente, na Declaração Universal dos Direitos do Homem:

“Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...]” (do Preâmbulo).

“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos [...]” (artigo 1º).

“Toda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e a obter, mediante o esforço nacional e a cooperação internacional e tendo em conta a organização e os recursos de cada Estado, a satisfação dos direitos económicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade” (artigo 22º)⁵⁹.

“Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana” (artigo 23º, 3).

A dignidade da pessoa humana adquiriu, a partir daí, uma vocação de referência e princípio universal da comunidade internacional e das sociedades democráticas, posteriormente bem patente na sucessiva reprodução nos vários textos de Direito Internacional dos Direitos Humanos e particularmente nas convenções internacionais nos domínios da bioética e da biomedicina onde, como veremos⁶⁰, viria a ser profusa, mas também abusivamente, acolhida⁶¹.

⁵⁹ Note-se que se fez aqui uma tradução própria do artigo 22º da Declaração Universal, uma vez que a lamentável tradução oficial deste artigo para português (de Portugal, já que no Brasil tal não aconteceu) não apenas tornou a norma incompreensível, como conseguiu a proeza de ter suprimido as referências à dignidade e ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Veja-se, assim, e compare-se com a surpreendente tradução portuguesa oficial do artigo 22º: “Toda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social; e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos económicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada país”.

⁶⁰ Especialmente no terceiro volume deste trabalho.

⁶¹ Cf. as referências à dignidade humana em diferentes documentos e convenções internacionais em A. BARAK, *op. cit.*, págs. 37 e segs.

d) Nesse sentido, os textos oficiais do Direito Internacional dos direitos humanos tiveram uma influência decisiva e precursora do extraordinário acolhimento jurídico-constitucional que se desenvolveria nos anos seguintes⁶².

Com um alcance inteiramente novo, a recepção da dignidade como princípio supremo no primeiro artigo da Lei Fundamental de Bona de 1949⁶³ – concomitantemente ao acolhimento da fórmula noutras Constituições do pós-guerra, como o Japão (1946) e a Itália (1947/48) – foi posteriormente seguida por inúmeras outras Constituições, como a Constituição portuguesa de 1976, onde o papel dominante e fundador da dignidade da pessoa humana surge também definido de forma paradigmática logo no artigo primeiro da versão originária do texto constitucional⁶⁴, e, depois, sintomaticamente adoptada pela generalidade das Constituições de Estados saídos de experiências autocráticas (Grécia, Espanha, Brasil, África do Sul e países do anterior bloco do Leste europeu).

Por último, cabe notar que, mesmo quando as Constituições de Estado de Direito não consagram expressamente o princípio, as jurisdições constitucionais e o poder judicial assumem-no progressivamente e de forma generalizada como parâmetro implícito de decisão e de interpretação constitucional⁶⁵.

⁶² M. REIS MARQUES (“A dignidade humana: *minimum* invulnerável ou simples cláusula de estilo?” in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Coimbra, 2012, págs. 408 e seg) refere a noção de *crimes contra a humanidade* acolhida no *Estatuto de Nuremberg* de 1945 como primeira manifestação substancial do sentido contemporâneo de dignidade humana que viria, logo a seguir, a chegar ao Direito Internacional dos direitos humanos e ao Direito Constitucional.

⁶³ “A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público” (artigo 1º, I).

⁶⁴ “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana [...].”

⁶⁵ Cf. L. BARROSO, *op. cit.*, págs. 19 e segs, e, especialmente para os Estados Unidos da América, cuja Constituição não refere o princípio, págs. 40 e segs.

Para a doutrina, legislação e jurisprudência constitucionais nos Estados Unidos da América, cf. R. GLENSY, “The right to dignity” in *Columbia H.R.L.R.*, 43, 2011, págs. 65 e segs; NEOMI RAO, “Three concepts of dignity in Constitutional Law” in *Notre Dame L. R.*, 86, 1, 2011, *passim* e pág. 270; CONOR O’MAHONY, “There is no such thing as a right to dignity” in *International Journal of Constitutional Law*, 2012, pág. 554; M. MAHLMANN, “Human dignity and autonomy in modern constitutional orders”, *cit.*, págs. 381 e seg; M. COHN/D. GRIMM, “‘Human dignity’ as a constitutional doctrine” in M. TUSHNET *et alii* (orgs.) *Routledge Handbook of Constitutional Law*, New York, 2013, pág. 197 e seg, incluindo também referências ao Canadá e ao Reino Unido; YOLANDA LUGO, “La dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

1.1. A novidade do reconhecimento jurídico-constitucional da dignidade da pessoa humana no segundo pós-guerra e a influência dúplice do cristianismo

a) No contexto da recepção constitucional de que é objecto a partir do segundo pós-guerra, e independentemente das diversas inspirações e influências, o princípio da dignidade da pessoa humana apresenta-se como algo radicalmente novo no Direito Constitucional⁶⁶.

Novo, porque só agora assume, na plenitude, a natureza de princípio jurídico vinculativo de toda a acção estatal. Novo também porque, associado à ideia de uma pessoa humana tomada na sua individualidade, concretamente situada, livre e autónoma, marca um novo tipo de relacionamento entre Estado e cidadãos em que a primazia é atribuída à pessoa, assumindo-se, nessa dimensão, enquanto fim e referência suprema de legitimação da organização jurídica e política estadual. Novo, na medida em que, em qualquer destes planos, surge intimamente ligado à igualdade e à universalidade – designadamente à ideia de igual dignidade, de igualdade jurídica entre as pessoas, de direitos fundamentais iguais para todos –, com a consequente erradicação dos privilégios, bem como da proibição de qualquer forma de estigmatização ou de discriminação da pessoa individualmente considerada, fosse a discriminação justificada nas características e atributos pessoais, fosse fundamentada na pertença a um grupo, a uma classe, a uma ideologia, a um sexo, a uma religião, a uma raça ou a uma etnia⁶⁷.

de los Estados Unidos” in R. CHUECA (ed.), *Dignidad Human y Derecho Fundamental*, Madrid, 2015, págs. 81 e segs.

Para a França, cuja Constituição também não faz referência expressa ao princípio, cf. GIMENO-CABRERA, *Le Traitement Jurisprudentiel ...*, cit.; S. HENNETTE-VAUCHEZ, “When ambivalent principles prevail: leads for explaining western legal orders’ infatuation with the human dignity principle” in *Legal Ethics*, 2007, 2, págs. 201 e segs; M. COHN/D. GRIMM, *cit.*, págs. 199 e seg; XAVIER BIOY, “Dignidad humana y derecho fundamental: Francia y España” in R. CHUECA (ed.), *Dignidad Human y Derecho Fundamental*, Madrid, 2015, págs. 175 e segs.

⁶⁶ Cf., todavia, J. HABERMAS, *Um Ensaio sobre a Constituição*, Lisboa, 2012 (trad. de *Essay zur Verfassung Europas*, Berlin, 2001), págs. 27 e segs., falando num reconhecimento *tardio*, mas simultaneamente *retrospectivo* do conceito, já que, em seu entender, ele sempre teria estado implícito nas Declarações de Direitos dos primórdios do Estado liberal. Contra, R. CHUECA, *loc. cit.*, págs. 38 e seg.

⁶⁷ Veja-se, neste último sentido, a preocupação da nossa Constituição, com inspiração na Constituição italiana, quando, mesmo depois de ter acolhido o princípio no artigo 1º como

Por isso discordamos da interpretação proposta pelos autores atrás referidos (designadamente WALDRON) e segundo a qual a *dignidade humana* agora acolhida nos textos constitucionais não seria mais, no fundo, que a reivindicação de alargamento a todos da antiga *dignidade/status* ou *dignidade/privilégio*⁶⁸.

Diferentemente, em nosso entender, ela é sobretudo o resultado de uma luta pelo que é justo, pelos ideais utópicos ou revolucionários da igualdade⁶⁹ e da liberdade, da abolição dos privilégios, do reconhecimento da igual dignidade das pessoas pelo simples facto de o serem, reconhecimento esse cuja assunção generalizada e consensual se deve nas sociedades ocidentais, como dissemos, à influência marcante judaico-cristã, mas que encontra na elaboração filosófica kantiana o seu fundamento racional.

De facto, quando se reconhece a dignidade de cada pessoa como *fim em si mesma*, como *absoluto*, como valor insubstituível e sem equivalente, então a consequência lógica é, necessariamente, a da não comparação de *dignidades*, a ideia de igual dignidade de todas as pessoas como sujeitos racionais⁷⁰.

Por isso, hoje, quando o conceito de dignidade se deve emancipar da inspiração teológica – porque tal conotação seria incompatível com a neutralidade e inclusividade de um Estado de Direito secular, democrático e pluralista –, o que fica como essencial na fundamentação da ideia, como veremos posteriormente⁷¹, é, sobretudo, o sentido de justiça e não essa eventual aspiração utilitarista a uma *nivelação por cima* na atribuição de honrarias e privilégios.

É certo que, em grande medida, todos aqueles elementos de novidade estavam já parcialmente contidos, pelo menos potencialmente, em cada uma das inspirações e anteriores assomos da ideia de dignidade, mas a

base da República, insiste na referência expressa à *dignidade igualitária* no artigo 13º, nº¹ (“todos têm a mesma dignidade social”) e, no nº 2 do mesmo artigo, quando exclui expressamente todas as formas de discriminação baseadas nas *categorias suspeitas* acima referidas.

⁶⁸ Igualmente crítico da ideia de dignidade enquanto generalização de privilégios, cf. D. HERZOG, “Aristocratic Dignity?”, *cit.*, pág. 103.

⁶⁹ Ao invés da *dignitas* que, como assinala S. HENNETTE-VAUCHEZ, era um antónimo da igualdade e pôde constituir-se, nessa sua qualidade anti-igualitária, como alicerce fundador dos regimes pré-revolucionários (cf. “When ambivalent principles prevail: ...”, *cit.*, pág. 196).

⁷⁰ Cf. H. BIELEFELDT, *Auslaufmodell Menschenwürde?*, *cit.*, pág. 70.

⁷¹ Cf. volume II, cap. II, 2.

sua declinação como norma, como princípio jurídico-constitucional de recepção decisivamente influenciada pela consciência traumática da experiência dos totalitarismos europeus, com esta ambição de vinculação normativa de todos os poderes do Estado (agora obrigados a respeitar, proteger e promover a dignidade humana), com esta dimensão subjetiva e de igual dignidade, é algo de substancialmente inovatório e que constitui uma marca original do constitucionalismo do Estado social e democrático de Direito a partir da Segunda Guerra Mundial.

Por fim, o contexto político que caracteriza grande parte das experiências constitucionais do pós-guerra que acolhem o princípio da dignidade da pessoa humana nas Constituições – Estados democráticos de Direito que sucedem a regimes totalitários e ditatoriais – tende a reforçar no conceito de dignidade, não apenas o sentido vinculativo, subjetivo e igualitário, mas também a dimensão de primazia da pessoa face ao poder estatal ou a quaisquer instâncias transpessoais, bem como a inerente dimensão de autonomia individual que dela emana.

Por isso se pode dizer que a dignidade da pessoa humana consagrada como princípio jurídico supremo, tanto no plano do Direito Internacional, como do Direito Constitucional na segunda metade do século XX, é algo de radicalmente novo, sem prejuízo das inevitáveis influências de um legado *ocidental* com múltiplas origens no domínio da religião, da filosofia e das ideias políticas.

Mas, sobretudo, esse novo entendimento resultou da tomada de consciência da barbárie que as sociedades ocidentais tinham acabado de produzir e sofrer – em grande medida, sob patrocínio das anteriores ideias avassaladoras do engrandecimento do Estado, da Nação, da Pátria, da classe ou da raça –, a que se contrapunha, agora, a necessidade de construção de um Mundo assente num diferente modelo, o da primazia do indivíduo concreto sobre quaisquer construções metafísicas ou míticas que durante séculos, permeando intensamente o pensamento político, filosófico e religioso, determinaram, frequentemente com consequências trágicas, a vida nas sociedades ocidentais.

b) Na origem de uma ideia que associa intimamente três elementos constitutivos do Estado de Direito dos nossos dias (igual dignidade, liberdade e autonomia da pessoa humana) há, em primeiro lugar, o contributo inspirador decisivo do cristianismo, na medida em que a ele se deve

a formatação sedimentada dos quadros mentais e culturais que permitiria a assunção generalizada e consensual da ideia de igual dignidade de cada pessoa humana por facto de ser pessoa.

Porém, essa ideia de dignidade permanecia no pensamento cristão estritamente associada à visão teológica da *criação* do homem e da concessão divina a todos os seres humanos de igual oportunidade de comunhão no processo de salvação da alma e de garantia da sua vida eterna, limitando-se a sua tradução normativa na vida terrena à expressão de uma verdade confessional que acompanhava, com atraso, mas também com relutância, os progressos igualitários que as revoluções liberais introduziam na vida política.

Como vimos, apesar de um ponto de partida potencialmente inclusivo e igualitário, no plano temporal a concepção confessional cristã da dignidade era perfeitamente compatível – conforme prática secular das igrejas – com aceitação do privilégio e da discriminação institucionalizada, por exemplo, em função do sexo, da religião, da classe ou da ideologia.

Mais, tanto a *imago Dei* quanto a elaboração filosófica, que entretanto foram criando as condições para aceitação prática da ideia de igual dignidade, conviveram pacificamente com as maiores ignomínias e o desrespeito mais chocante da dignidade que ao longo de séculos foram cometidos: com o não reconhecimento de dignidade às mulheres, com a discriminação em função da religião, com o genocídio dos povos indígenas da América, com a Inquisição e a tortura, e, prova maior da absoluta irrelevância da ideia de igual dignidade da pessoa humana entre os povos católicos da Europa, com a escravatura e o tráfico de escravos⁷².

De facto, foi necessário esperar até ao Estado constitucional dos nossos dias para que uma concepção potencialmente *igualitária* da dignidade obtivesse consagração e reconhecimento jurídicos e progressiva realização prática, designadamente através das ideias dos direitos humanos universais e dos direitos fundamentais e iguais para todos.

Não obstante, há um peso significativo no contributo do cristianismo para a possibilidade da actual consagração constitucional do princípio. É por sua influência que nas nossas sociedades, e diferentemente do que acontece em outras civilizações, a ideia abstracta de igual dignidade por facto de se ser pessoa pôde, actualmente, ser consensualmente partilhada

⁷² Cf. F. J. WETZ, *Illusion Menschenwürde*, cit., págs. 70 e segs.

como se fosse, afinal, algo de natural, óbvio e indiscutível. Nesse sentido, o cristianismo tem uma responsabilidade considerável na estabilização do modelo ocidental de reconhecimento constitucional do actual conceito de dignidade.

c) Veremos como⁷³, todavia, esse mesmo pensamento cristão, naturalmente enquistado, por definição, nos dogmas de uma religião particular vocacionada para a concretização daquela ideia de igual dignidade da pessoa humana a partir de um preenchimento *fechado* do conceito, pode também constituir objectivamente uma ameaça à possibilidade de formação de um consenso constitucional em torno da ideia de igual dignidade.

Mais ainda, a contradição pode assumir riscos de distorção do próprio sentido normativo da dignidade quando confissões religiosas, como a católica, institucionalizam, elas próprias, designadamente no seu interior, comportamentos, práticas e teorizações frontalmente contrários ao entendimento da dignidade da pessoa humana dos nossos dias.

Ora, quando, numa acepção *fundamentalista*, simultaneamente se assume a ideia de dignidade como um *conceito de combate* em prol da hegemonia social e política de uma mundividência religiosa particular e, portanto, não apenas se lhe confere um conteúdo forte e densamente preenchido num sentido divergente daquilo que é adequado num Estado de Direito secular e neutral, como também se pretende impô-lo coercivamente, através do aparelho legal do Estado, a toda a sociedade, aqueles riscos transformam-se em ameaça que é tanto maior quanto maior for a influência política da vivência *fundamentalista* da religião.

d) Uma consciência clara desta duplicidade inherente ao pensamento cristão, isto é, a duplicidade que deriva de ter constituído um contributo decisivo para a formação do conceito e se colocar, simultaneamente, numa relação de tensão ou mesmo de oposição à sua actual concretização em Estado de Direito – como se evidencia hoje, ostensivamente, nos campos mais problemáticos de aplicação prática do princípio, como sejam os das chamadas ciências da vida –, será, como veremos, da maior importância para a delimitação de um conteúdo juridicamente operativo para o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

⁷³ Cf. *infra*, cap. VI.

e) Para além do cristianismo, são também as ideias de racionalidade, autonomia e liberdade do iluminismo, expandidas sob influência e contributo decisivos do pensamento filosófico kantiano, que permitem fundar aquele sentido da igual dignidade de cada pessoa humana sobre um conjunto de pressupostos susceptíveis de colher, nos quadros do pluralismo de Estado de Direito, uma possível adesão consensual, pelo menos quando a questão se coloca num plano de abstracção elevada⁷⁴.

As ideias de autodeterminação pessoal, autonomia e liberdade individuais, mesmo quando já significativamente destacadas dos pressupostos filosóficos originários, e, sobretudo, a ideia kantiana da pessoa humana com um valor absoluto, como fim em si mesma, e nunca reduzida a simples meio, viriam genericamente a constituir os alicerces susceptíveis de fundar, isolada ou conjuntamente, a ideia de dignidade da pessoa humana no ambiente de pluralismo da nossa época.

2. Sentido normativo geral do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana em Estado de Direito

a) Da história do princípio, do contexto e das causas próximas que justificam a sua recepção constitucional, do facto de se inscrever, como princípio jurídico, nos quadros de um Estado de Direito democrático, pluralista e secular, bem como de uma experiência de realização judicial, nesse novo ambiente, já ao longo de várias décadas, é possível, hoje, chegar a alguns pontos seguros ou, pelo menos, de reconhecimento partilhado quanto ao sentido jurídico normativo geral do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

No contexto do actual *Estado de direitos fundamentais*, a dignidade da pessoa humana, pese embora toda a indeterminação que afecta o conceito, tem como núcleo essencial caracterizador, dir-se-ia objecto de adesão consensual, todo o mesmo conjunto de princípios ou de elementos que também fundamentam, apesar da variabilidade do conteúdo das diferentes Constituições, a existência de um catálogo típico de direitos fundamentais.

Entre eles estão, pelo menos, a ideia de um valor próprio, supremo e inalienável atribuído à pessoa só pelo facto de o ser, por simples facto da

⁷⁴ H. DREIER, *Grundgesetz Kommentar*, 2^a ed., Tübingen, 2004, pág. 166.

sua humanidade; a ideia de respeito, de igual consideração dos interesses de cada pessoa, da sua vida, da sua autonomia, liberdade e bem-estar; a ideia da pessoa como fim e não como mero meio ou instrumento de outros; a ideia de que é a pessoa individualmente considerada, e não qualquer realidade transpersonalista, que justifica a existência do Estado e do poder político organizado da comunidade⁷⁵.

b) Nesses pontos, que a seguir percorremos abreviadamente⁷⁶, destacamos, de um ponto de vista objectivo, que o facto de a dignidade da pessoa humana ser considerada a base em que assenta a República determina necessariamente a conformação de toda a natureza da organização, funcionamento e fins do Estado a essa luz. Uma vez que a Constituição faz da dignidade da pessoa humana e, portanto, da pessoa concreta, individualmente considerada, o alicerce fundamental do Estado de Direito, o relacionamento entre o Estado e os cidadãos fica estruturalmente marcado pela primazia da pessoa.

Reflexivamente, a consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado de Direito democrático afasta, como que por definição, qualquer ideia de projecção do Estado como fim em si, como se ele devesse prosseguir o seu próprio engrandecimento enquanto destino de uma pretensa entidade ética em que o indivíduo se devesse, subordinadamente, integrar. A elevação da dignidade da pessoa humana a princípio constitucional dá expressão e fundamento a um novo tipo de relacionamento entre o Estado e o cidadão, ambos reconhecidos ou finalisticamente reconstruídos como pessoas jurídicas que vivem sob a égide do Direito.

Num Estado baseado na dignidade da pessoa humana, é a pessoa que é um fim em si, enquanto indivíduo singular e não enquanto membro de qualquer corpo ou entidade transpersonalista, seja a família, a corporação, a classe ou casta, a etnia, a nação ou a comunidade; o Estado é meio, é instrumento que não existe para si, mas que serve as pessoas individuais e concretas, assegurando e promovendo a sua dignidade, autonomia, liberdade e bem-estar⁷⁷.

⁷⁵ Cf. M. MAHLMANN, "Six antidotes to dignity fatigue in ethics and law", cit., pág. 598.

⁷⁶ Seguindo, de perto, o que sobre a matéria escrevemos em *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, 2004 (última reimpressão, 2014), págs. 51 e segs.

⁷⁷ Cf. Cf. K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, III/1, München, 1988, págs.

27 e segs; A. CASTANHEIRA NEVES, *A Revolução e o Direito*, Lisboa, 1976, pág. 207; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, t. IV, cit., págs. 223, 230 e seg.

c) Por outro lado, quando é formalmente acolhida no texto constitucional, a dignidade da pessoa humana, sem perder a sua qualidade de valor moral legitimador da força normativa da Constituição de um Estado de Direito material, transforma-se também em dever-ser jurídico, em princípio que vincula toda a actuação dos poderes do Estado⁷⁸,

Nessa qualidade, o princípio da dignidade da pessoa humana desenvolve consequências jurídicas em várias direcções, enquanto limite e parâmetro de controlo da actividade do Estado, designadamente quando, no relacionamento com os cidadãos, ele invade as respectivas esferas de autonomia individual, mas também enquanto tarefa ou obrigação jurídica, tanto de protecção da dignidade das pessoas relativamente a eventuais ofensas provindas de outros particulares, como de promoção das condições materiais que permitam uma vida digna⁷⁹.

Por sua vez, de um ponto de vista subjectivo, a base de todo o desenvolvimento dogmático do princípio é a ideia de igual dignidade assente no valor moral supremo reconhecido a cada pessoa pelo facto de o ser, independentemente de características particulares, de comportamentos e de contextos relacionais.

Nessa perspectiva, a consagração constitucional de um elenco de direitos fundamentais de que o Estado não dispõe, mas que respeita, garante e promove, corresponde ao desenvolvimento e atribuição de força normativa, vinculativa e concretizada a essa ideia de República baseada na dignidade da pessoa humana. Pode acontecer que nem todos os direitos fundamentais constitucionalmente enumerados apresentem o mesmo grau de incindibilidade e de proximidade daquele núcleo inspirador, mas, em última análise, é a dignidade da pessoa humana que confere unidade de sentido explicativo ao chamado sistema constitucional de direitos fundamentais e, nessa qualidade, orienta as margens de abertura e de actualização do respectivo catálogo.

d) Na ideia de direitos fundamentais furtados à disponibilidade do Estado e oponíveis à maioria e aos titulares conjunturais do poder, mas,

⁷⁸ Cf. ERNST BENDA, "Dignidad humana y derechos de la personalidad" in AAVV, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, 1996 (trad. *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, 1994), pág. 120.

⁷⁹ Cf. DÜRIG, "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde" in AöR, 81, 1956, págs. 118 e segs.

simultaneamente e em contrapartida, todos limitáveis em função da prossecução de um bem comum moldado, também ele, pela mesma ideia de realização da dignidade da pessoa humana, espelha-se essa actualização continuamente renovada do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, apesar da inevitável relativização que aí vem envolvida, a dignidade da pessoa humana não pode ser considerada ilegitimamente afectada só pelo facto de os direitos fundamentais em que se desenvolve e concretiza poderem ou deverem ser restringidos com vista à garantia de outros valores igualmente dignos de protecção. Mas, mesmo então, mesmo quando a restrição se apresenta como constitucionalmente adequada ou necessária, o princípio da dignidade da pessoa humana funciona, enquanto base em que assenta a República, como referência e critério último da solução dessa questão central em Estado de Direito que é a da composição equilibrada entre valores igualmente dignos de tutela jurídica e que entram em tensão ou em colisão.

e) Desde logo, independentemente da complexidade e das dificuldades de estabelecimento de uma composição adequada entre direitos, valores e interesses divergentes, da ideia de igual dignidade decorre a proscrição absoluta de um tratamento discriminatório, estigmatizante ou humilhante da pessoa e a necessidade de ser preservado, na sua esfera jurídica, uma dimensão essencial e intocável de liberdade, privacidade, autonomia e bem-estar.

Por outro lado, fruto da decisiva influência kantiana no preenchimento moral, mas também jurídico do princípio, cabe à ideia de autonomia, assumida na adaptação *mundana* a que já fizemos referência, um papel chave na determinação do conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana. Esse papel desenvolve-se em várias direcções, designadamente no reconhecimento da pessoa como sujeito independente e responsável pela sua própria vida, na proibição da coisificação e da instrumentalização denegradora da pessoa e na necessidade de garantia razoável de condições materiais mínimas que permitam a conformação autónoma do seu destino.

De uma perspectiva de preenchimento *negativo* do conceito, o reconhecimento da autonomia individual implica a proscrição da *coisificação* da pessoa, a rejeição de um tratamento que faça do indivíduo um simples *objecto* da intervenção estatal ou que o reduza tão só à condição de mero

instrumento para a realização de fins alheios, num sentido de degradação objectiva do seu estatuto como pessoa ou da sua consideração como ser inferior⁸⁰.

f) Mas não é apenas a proibição de instrumentalização que responde às necessidades de reconhecimento da autonomia enquanto exigência de respeito da dignidade da pessoa humana no nosso tempo. O conceito actual de dignidade tende a desenvolver-se na continuidade de assunção do legado axiológico iluminista, segundo o qual dignidade é essencialmente identificada com autonomia ética da pessoa.

Se o sentido essencial da definição de dignidade da pessoa humana se centra na impossibilidade de a pessoa ser tratada como mero objecto, então tal terá, como consequência lógica, que na sua plena consequente assunção como sujeito responsável é ao indivíduo que cabe, primacialmente, a configuração e a densificação do conteúdo preciso da sua dignidade⁸¹.

Na relevância da autonomia pessoal como valor e fim em si vem, portanto, também implicado o reconhecimento da pessoa como sujeito capaz de produzir o sentido da sua própria dignidade, o que remete para as ideias-chave da autodeterminação, do livre desenvolvimento da personalidade, da livre e autónoma eleição e adopção de planos e formas de vida.

A partir dessa capacidade de *prestaçao* e *representação* da própria dignidade, só serão admissíveis interferências estatais que sejam estritamente derivadas da necessidade de garantir a reciprocidade do respeito pela igual dignidade de todos, com a consequente proibição da diferenciação de estatutos de dignidade estabelecidos em função de atributos pessoais sobre os quais o indivíduo não dispõe de qualquer controlo.

A assunção da dignidade da pessoa humana como valor supremo por parte do Estado de Direito dos nossos dias garante aos indivíduos uma posição absoluta de igualdade na definição e prossecução autónomas de fins e modos de vida, o que, na relação entre os indivíduos e o Estado, se traduz no reconhecimento constitucional, expresso ou implícito, de uma margem de liberdade incomprimível que conforma, se se quiser, um núcleo ou conteúdo essencial em cada direito fundamental onde as

⁸⁰ Cf. DÜRIG, "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde", *cit.*, págs. 117 e segs.

⁸¹ Cf. E. BENDA, "Dignidad humana y derechos de la personalidad", *cit.*, pág. 121.

concepções, representações e mundividência de cada um valem tanto quanto as concepções da autoridade estatal, da maioria política ou dos restantes concidadãos.

De facto, no Estado de Direito dos nossos dias são as ideias do pluralismo, respeito, tolerância, neutralidade confessional e inclusividade, baseadas na igual liberdade e dignidade de cada um, que mais adequadamente correspondem à actualização do ideal de racionalização e limitação jurídica do Estado com vista à garantia dos direitos e liberdades fundamentais. Neste Estado, o conteúdo da dignidade da pessoa humana não pode ser determinado como produto de definições ou preconceitos ideológicos particulares ou de ordenações fechadas e abstractamente hierarquizadas de valores, por mais que se pretendam sustentados ou deduzidos a partir de pretensas "verdades" morais, religiosas ou filosóficas.

É certo que as exigências da integração comunitária das pessoas e as necessidades de convivência social e de compatibilização de valores e interesses em tensão sempre hão-de determinar que o indivíduo seja objecto de imposições ordenadas pelo interesse geral, tal como elas venham a ser decididas pela maioria democrática. Em qualquer caso, a dignidade da pessoa humana exige, pelo menos, que em tais circunstâncias seja dada ao indivíduo a possibilidade de participar em condições de liberdade e igualdade na formação da vontade democrática; exige, por outro lado, que as imposições que afectem a sua liberdade de autodeterminação não sejam inigualitárias, arbitrárias, desproporcionais ou desrazoáveis.

Por último, exige que não seja afectado ou esvaziado um núcleo de possibilidades de levar uma vida digna em condições de liberdade e de autoconformação, tal como resulta da necessária consideração do indivíduo como sujeito, mas também que o Estado se responsabilize, na medida das disponibilidades materiais da comunidade, pela promoção dessas condições e, em qualquer caso, pela garantia de um conjunto mínimo de possibilidades materiais de expressão e desenvolvimento da autonomia individual.

g) Pensada assim, esta é uma dignidade da pessoa em si, uma dignidade que o sentido de justiça do nosso tempo funda numa capacidade abstracta e potencial de autodeterminação, mas alarga a todas as pessoas independentemente da capacidade ou vontade concreta da sua realização,

que pode mesmo nem sequer existir facticamente, como na situação dos menores, dos profundamente incapacitados ou dos doentes mentais. Nesse mesmo sentido, a vinculação do Estado à protecção da dignidade da pessoa humana, enquanto valor constitucional objectivo, inclui a protecção da dignidade antes do nascimento e após a morte, independentemente da sua não titularidade subjectiva nessas circunstâncias.

h) Uma tal concepção de dignidade da pessoa humana tem ainda consequências dogmáticas importantes num domínio em que a auto-representação pode ser decisiva, ou seja, no tema da relevância do consentimento individual na aceitação de intervenções que, objectivamente e em abstracto, poderiam, noutras condições, ser consideradas violadoras da dignidade da pessoa humana.

Não se aceitando que seja o Estado, a sociedade, a maioria ou terceiros a impor ao próprio representações de dignidade que lhe são alheias, são sempre problemáticas, em Estado de Direito, as situações em que o Estado se arroga o poder de defender a dignidade de uma pessoa contra a vontade, as representações ou as convicções livre e conscientemente formadas por essa pessoa⁸².

Sendo certo que a intervenção do consentimento do próprio não afasta, por si só, a possibilidade de violação da dignidade da pessoa humana, esse consentimento ou essa vontade não podem deixar de ser relevados no juízo sobre a existência de uma violação concreta, havendo seguramente actuações que, feitas contra a vontade do particular, serão indiscutivelmente consideradas atentatórias do princípio da dignidade da pessoa humana, mas que, beneficiando do consentimento do lesado, perdem ou vêm relativizado aquele carácter.

Assim, do reconhecimento da dignidade da pessoa humana decorre o reconhecimento do poder de a pessoa dispor livremente das possibilidades de autoconformação da sua vida, incluindo aí o poder de se vincular ao não exercício ou invocação de uma posição de direito fundamental, desde que tal não anule ou destrua as condições futuras de autodeterminação e de livre desenvolvimento da personalidade⁸³. O consentimento do interessado é, pois, relevante para efeitos de relativização do alcance

⁸² Cf. W. HÖFLING, *Offene Grundrechtsinterpretation*, Berlin, 1987, págs. 125 e seg.

⁸³ Cf. G. STURM, "Probleme eines Verzichts auf Grundrechte" in *Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung, Festschrift für Willi Geiger*, Tübingen, 1974, págs. 181 e seg; G. ROBBERS,

do princípio da dignidade da pessoa humana na medida em que possa ser invocado como fundamento do próprio poder de disposição sobre posições protegidas por normas de direitos fundamentais.

Numa concepção de dignidade da pessoa humana como conceito aberto a um preenchimento onde impera a autonomia do interessado e o seu poder consequente de conformação da própria vida, aceitar-se-á dificilmente que possam ser a sociedade, a autoridade pública, o intérprete oficial ou terceiros a impor ao titular do direito representações de dignidade da pessoa humana pretensamente objectivas que colidam com as concepções segundo as quais o próprio pretende conduzir a sua vida.

Muito menos se aceitará que, em nome de uma concepção de dignidade em que o interessado não se revê, a autoridade pública se arrogue o poder de o proteger contra si próprio, impedindo-o, por exemplo, de renunciar a posições protegidas de direitos fundamentais. Não está tanto aqui em causa saber se o particular pode renunciar à pretensão de respeito e protecção da sua dignidade – o que seria inadmissível –, mas, fundamentalmente, saber quais os limites aceitáveis ao poder de o particular determinar por si próprio o sentido e o conteúdo da sua dignidade⁸⁴.

i) Tanto basta para concluir que, mesmo quando há um acordo de partida sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, o aprofundamento das questões suscitadas pelo seu preenchimento normativo e a sua concretização nas circunstâncias fácticas de aplicação quotidiana desencadeia inevitavelmente a possibilidade de dissenso, de dedução de conclusões de concretização divergentes ou até frontalmente opostas, como sucede, por exemplo, quando num caso judicial a dignidade da pessoa humana surge invocada dos dois lados do conflito.

A vaguidade de conteúdo de muitas das proposições acima referidas e, sobretudo, o subjectivismo de concretização envolvido na sua aplicação às situações conflituais determinam a necessidade, não apenas de desenvolvimento de um esforço de fundamentação dos pontos de aparente acordo, mas também o confronto aberto com as diferentes perspectivas de configuração teórica dos pontos de desacordo ou de dúvida.

⁸⁴ "Der Grundrechtsverzicht" in JuS, 1985, pág. 930; GEDDERT-STEINACHER, *Menschenwürde als Verfassungsbegriff*, Berlin, 1990, pág. 87.

⁸⁴ Este será o tema principal objecto do volume IV deste trabalho.

Um acordo não é difícil de encontrar nas situações mais extremas de violação da dignidade objectivamente reconhecíveis e identificadas segundo os parâmetros e critérios de avaliação consensualmente partilhados em Estado de Direito. Porém, este tipo de situações extremas de indignidade, podendo verificar-se e surgir excepcionalmente nas nossas sociedades, encontram o seu domínio normal de aplicação no plano dos conflitos internacionais, quando aí se confrontam visões radicalmente distintas e opostas sobre a relação entre a pessoa e o poder, e são tendencialmente resolvidas, com as dificuldades e insuficiências conhecidas, segundo as práticas e o regime do Direito internacional dos direitos humanos.

Já no plano constitucional, as violações extremas são, em princípio, raras, pelo que a dignidade da pessoa humana tende, sobretudo, a surgir invocada em situações complexas, onde o sentido normativo da dignidade não aponta para um resultado inequívoco, pelo que se exige um esforço redobrado, embora de resultados sempre controversos, de fixação dos respectivos contornos normativos.

Questões como as da protecção ou respeito da dignidade antes do nascimento, da relação entre direito à vida e dignidade humana, da possibilidade de determinação heterónoma de um sentido objectivo de dignidade humana que possa valer e ser coercivamente imposto contra as opções individuais, da relevância do consentimento individual, entre muitas outras que conduziram a um renovado e intenso apelo ao princípio como critério de arbitragem do desacordo, designadamente nos domínios da biomedicina e das biotecnologias, exigem um tratamento dogmático e um aprofundamento que não se compadece com o simples estabelecimento de pontos mínimos de acordo ou com a simples remissão da resolução do problema para o poder judicial que, sem pontos de apoio suficientemente sólidos, ficaria incapaz de ultrapassar os riscos de um puro decisionismo.

Por isso se inicia um percurso em que, ao longo de quatro volumes sobre o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, se confrontarão as questões mais importantes e controversas suscitadas pela sua aplicação numa ordem jurídica de Estado de Direito.

Capítulo IV

A Identificação Problemática da Dignidade da Pessoa Humana com os Direitos Fundamentais

Independentemente das muitas dúvidas sobre o conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana, pode dizer-se que o reconhecimento constitucional contemporâneo da ideia e do princípio vem muito estreitamente associado ao simultâneo reconhecimento dos direitos fundamentais enquanto garantias jurídicas de nível constitucional que se impõem igualmente à observância de todos os poderes do Estado.

De alguma forma, a dignidade da pessoa humana desenvolve-se, concretiza-se e densifica-se especificamente através das normas de direitos fundamentais. Algumas Constituições reconhecem até expressamente esta ligação e, em sentido recíproco, mesmo quando a dignidade não vem expressamente acolhida nos textos constitucionais, a simples presença dos direitos fundamentais ou de uma declaração de direitos na Constituição confere-lhe, como vimos⁸⁵, um reconhecimento implícito que permite aos tribunais recorrerem ao princípio como se de norma constitucional expressa se tratasse⁸⁶.

⁸⁵ Cf., *supra*, nota 65.

⁸⁶ A mesma coisa acontece quando, por exemplo, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos recorre à dignidade humana e a aplica na fundamentação das decisões dos casos que aprecia, apesar de o princípio se encontrar ausente do texto da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (consta apenas do Protocolo nº 13, referente à abolição da pena de morte).

Daí que essa associação entre os dois termos – dignidade e direitos fundamentais – de alguma forma sirva e seja utilizada para ajudar a resolver uma das maiores dificuldades na utilização jurídico-constitucional do conceito, a da determinação de um seu conteúdo normativo preciso.

Ou seja, assumindo conscientemente a vagueza e diluição de contornos do princípio da dignidade da pessoa humana quando considerado *a se*, a saída seria encontrada através da identificação do conceito, de forma genérica, com tudo aquilo que de mais substancial valorizamos e prezamos no Estado de Direito do nosso tempo: direitos fundamentais, em geral, incluindo autonomia, autodeterminação, participação democrática e liberdade individual, igualdade, direitos sociais, promoção do igual respeito e consideração devidos a todos os seres humanos, deveres estatais de protecção desses valores e direitos, bem como deveres estatais de prestação dos mínimos materiais necessários a uma vida condigna. Dignidade da pessoa humana seria, afinal, a referência material, o sentido derradeiro ou o fundamento do conglomerado de todos esses bens, interesses e valores protegidos pelos direitos fundamentais.

No entanto, não sendo esta proposta, que é muito difundida, teoricamente implausível e, ainda menos, inadmissível, na *praxis jurídica* uma estratégia desse tipo apresenta insuficiências sérias que ficam mais evidentes quando analisamos as diferentes expressões em que se desenvolve e que vamos percorrer.

Normalmente, a identificação da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais é processada segundo três direcções principais que a seguir consideramos: a dignidade seria o fundamento dos direitos fundamentais; a dignidade constituiria o próprio conteúdo dos direitos fundamentais; a dignidade seria um verdadeiro direito fundamental, o direito à dignidade⁸⁷.

Cf. JEAN-PAUL COSTA, "Human dignity in the jurisprudence of the European Court of Human Rights" in C. McCRUDDEN (org.), *Understanding Human Dignity*, cit., págs. 393 e segs.

⁸⁷ Sobre a relação entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, cf., com posições diferenciadas, MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, I, 6^a ed., München, 1989, Art. 1º, I, anotações 3 e segs; W. HÖFLING, *Offene Grundrechtsinterpretation*, cit., págs. 104 e segs; T. GEDDERT-STEINACHER, *Menschenwürde als Verfassungsbegriff*, cit., págs. 164 e segs; INGO SARLET, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 11^a ed., Porto Alegre, 2012, págs. 93 e segs.

1. Dignidade como fundamento dos direitos fundamentais

a) A dignidade da pessoa humana é geralmente reconhecida, e de forma relativamente pacífica⁸⁸, como o fundamento dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. Umas vezes claramente expresso no texto constitucional, outras vezes implícito, esse reconhecimento deriva da ideia de que, em última análise, a simples existência como pessoa exige das comunidades politicamente organizadas que aspirem ao reconhecimento como Estados de Direito o respeito, a proteção e a promoção de um conjunto ineliminável de direitos fundamentais associados impreterivelmente a essa existência e destinados a garantir juridicamente interesses indispensáveis à vida e à prosperidade das pessoas, mais concretamente, os interesses individuais de liberdade, de autonomia e de bem-estar⁸⁹.

É porque se reconhece a todas as pessoas uma igual dignidade e porque, no relacionamento com os poderes públicos, a pessoa humana é elevada à condição de fim último justificador da própria existência do Estado, que as Constituições consagram um elenco de direitos fundamentais destinados a assegurar juridicamente a autonomia, a liberdade e uma vida condigna a todos os cidadãos (incluindo potencialmente, para prosseguir adequadamente esses fins, os direitos fundamentais de liberdade e de igualdade e os direitos fundamentais sociais).

Ser reconhecido como pessoa humana significa, nos termos já analisados, ou seja, em função do sentido de justiça próprio da nossa época e das nossas sociedades⁹⁰, ser e dever ser tratado como portador ou titular

⁸⁸ Cf., todavia, J. WALDRON, "Is Dignity the Foundation of Human Rights?", *cit.* No mesmo sentido, R. CHUECA, *loc. cit.*, pág. 39, salientando o paradoxo da ideia de dignidade como fundamento dos direitos fundamentais, só susceptível de ser entendida como reconstrução filosófica, já que o conceito actual de dignidade surge posteriormente às Declarações de Direitos e aos catálogos de direitos fundamentais nas Constituições.

⁸⁹ Sustentando uma visão duplamente pluralista da fundamentação dos direitos humanos (haveria um fundamento deontológico na especial valia intrínseca do estatuto derivado da igual dignidade, mas também um fundamento prudencial referido à importância dos interesses prosseguidos que, por sua vez, se sustentariam também uma pluralidade diversificada de razões), cf. JOHN TASIOULAS, "Human dignity and the foundations of human rights" in McCRUDDEN (org.), *Understanding Human Dignity*, Oxford, 2013, págs. 292 e segs.

⁹⁰ Repita-se, no entanto, que se trata, em rigor, de uma reconstrução do surgimento e desenvolvimento dos direitos fundamentais feita à luz das concepções contemporâneas, uma vez

da dignidade de pessoa humana e, enquanto tal, pessoa jurídica, não apenas titular de direitos e deveres que garantem juridicamente interesses próprios, mas também titular de um direito absoluto, irrevogável, indisponível e irrenunciável a ser sujeito jurídico responsável, a ter direitos, designadamente, a ter aqueles direitos fundamentais.

Nesse sentido, é através do reconhecimento da sua dignidade que a pessoa se alça à qualidade de sujeito jurídico. É enquanto exigência e pressuposto de igual reconhecimento na titularidade dos direitos fundamentais e de igual capacidade jurídica para o desenvolvimento da sua personalidade, que a dignidade da pessoa humana pôde então, mais do que *um direito* ou mais do que uma garantia jurídica, ser considerada como um verdadeiro “direito originário a ter direitos” (*Recht auf Rechte*)⁹¹.

Fazia-se, assim, a adaptação da lógica de HANNAH ARENDT que, situando o derradeiro reduto da dignidade humana na pertença juridicamente reconhecida a integrar uma comunidade política, via o direito à cidadania, de que autênticas multidões haviam sido privadas na época do totalitarismo entre as duas guerras, como sendo verdadeiramente o único direito humano, o «direito a ter direitos» (*Recht, Rechte zu haben*), “o direito de cada indivíduo pertencer à humanidade”, sem o qual toda a dignidade e mesmo toda a humanidade ficavam privadas de sentido⁹².

que, historicamente, os direitos fundamentais surgiram nos textos revolucionários e nas Constituições liberais sem qualquer referência à ideia de dignidade e antes como resposta às necessidades desenvolvidas nas experiências políticas particulares de cada sociedade e interpretadas à luz dos quadros conceptuais do liberalismo iluminista. Cf., assim, FRANZ J. WETZ, *Illusion Menschenwürde*, Stuttgart, 2005, págs. 57 e segs, pág. 68; H. BIELEFELDT, *Auslaufmodell Menschenwürde?*, cit., págs. 105 e segs.

⁹¹ Cf. CHRISTOPH ENDERS, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung*, Tübingen, 1997, págs. 502 e seg; C. ENDERS, “Die normative Unantastbarkeit der Menschenwürde” in ROLF GRÖSCHNER/OLIVER LEMCKE, *Das Dogma der Untastbarkeit*, Tübingen, 2009, pág. 74; C. ENDERS, “The right to have rights: the concept of human dignity in German Basic Law” in *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, 2010, 2, pág. 3.

Considerando este direito a ter direitos numa dupla dimensão de fundamento e pressuposto dos direitos da pessoa a quem se reconhece dignidade e, simultaneamente, de direito subjectivo próprio, cf. K. SEELMANN, “Haben Embryonen Menschenwürde?...”, cit., págs. 65.

⁹² Cf. HANNAH ARENDT, “Es gibt nur ein einziges Menschenrecht” (1949), republicado in *HannahArendt.net*, Bd. 5, 1, 2009, pág. 760, e que constitui a base do cap. IX do *The Origins of Totalitarianism*, 1951 (trad. portuguesa, *O Sistema Totalitário*, Lisboa, 1978).

Para ARENDT, no contexto da sua crítica à concepção *naturalista* dos direitos humanos oriunda das Declarações de Direitos do século XVIII, esse *direito humano*, o único, significava o direito a pertencer a uma comunidade politicamente organizada (como condição para ter

Seria tanto quanto na situação como denunciado como violado.
Note-se que os direitos são de um sucessivo de dignidade BIELEFELDT -conceptual ou extra-experiencial não apenas sempre.

A reconstituição da pessoa ou a constituição. É com os conceitos expressos de Direito.

Enquanto pressuposto de fundamento fundado

o direito em fundamento ou da Sobre o direito CHRE in M. Perspectiva 93 Cf. 94 Cf. 95 Cf. 96 A.

Seria também em função dessa natureza da dignidade como fundamento que qualquer violação de um direito fundamental, especialmente na situação de uma violação extrema, grave, poderia ser configurada como denegação indirecta daquele fundacional⁹³ *direito a ter direitos*, logo, como violação da dignidade da pessoa humana⁹⁴.

Note-se, no entanto, que a relação entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais não deve ser realisticamente percebida, no sentido de uma relação de sentido unidireccional que permitisse deduzir sucessivas vagas de novos direitos fundamentais a partir de um conceito de dignidade humana também em contínua evolução. Como assinala BIELEFELDT⁹⁵, mais que fruto mecânico de uma interpretação jurídico-conceptual da dignidade da pessoa humana de onde fossem deduzidos ou extraídos, os direitos fundamentais são respostas político-jurídicas a experiências concretas de opressão e de injustiça e daí, o seu carácter não apenas histórica e socialmente situado, como também de realização sempre inacabada.

A recondução genética dos direitos fundamentais à ideia de dignidade da pessoa humana só se opera, muitas vezes posteriormente à sua criação ou acolhimento constitucional, em termos de reconstrução reflexiva crítica. É isso que explica, de resto, que, realisticamente, encontremos elementos constitucionais de direitos fundamentais sem qualquer referência expressa à dignidade humana, por exemplo, em Constituições de Estado de Direito de que a dignidade está *ausente*⁹⁶.

Em qualquer caso, seja com base em referência constitucional expressa, seja a partir de um reconstrução filosófica que a eleve à categoria de fundamento *implícito*, esta concepção *bidireccional* da dignidade como fundamento dos direitos fundamentais projecta consequências de ordem

o direito à igualdade e os outros direitos de cidadania) e o direito a cada pessoa ser avaliada em função dos seus actos e das suas opiniões e não em função da sua origem, da sua religião ou da sua visão do mundo.

Sobre a relação de HANNAH ARENDT com o conceito de dignidade humana, cf., por último, CHRISTOPH MENKE, "Dignity as the right to have rights: human dignity in Hannah Arendt" in MARCUS DUWELL et alii (orgs.), *The Cambridge Handbook of Human Dignity: Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge, 2014, págs. 333 e segs.

⁹³ Cf. JEREMY WALDRON, "The dignity of groups", *cit.*, pág. 68.

⁹⁴ Cf. K. SEELMANN, "Haben Embryonen Menschenwürde?...", *cit.*, pág. 66.

⁹⁵ Cf. H. BIELEFELDT, *Auslaufmodell Menschenwürde?*, *cit.*, págs. 105 e segs.

⁹⁶ Assim, R. CHUECA, *loc. cit.*, pág. 43.

prática em vários sentidos: em primeiro lugar, eleva a dignidade da pessoa humana a fonte de interpretação do sentido normativo das disposições constitucionais de direitos fundamentais e em critério de orientação da solução judicial de conflitos envolvendo direitos fundamentais; em segundo lugar, faz da dignidade da pessoa humana o critério último da abertura material do catálogo constitucional de direitos fundamentais a novos direitos; reforça a ideia de indivisibilidade dos direitos fundamentais e, por último, reciprocamente, faz dos próprios direitos fundamentais critérios de interpretação do sentido normativo que deve ser reconhecido à dignidade da pessoa humana.

b) Na medida em que constitui a base em que assenta a República, a dignidade da pessoa humana é, por definição, princípio fundamental da sua ordem de valores, pelo que, em primeira linha, o seu acolhimento constitucional ajuda a identificar a natureza do relacionamento jurídico entre Estado e indivíduo e, nesse sentido, determina consequências significativas na interpretação das normas constitucionais, incluindo, como não poderia deixar de ser, as de direitos fundamentais e, logo, influindo na conformação jurídica da natureza e do alcance dos direitos fundamentais⁹⁷.

Assim, é esse padrão específico de relacionamento entre Estado e indivíduo baseado na dignidade da pessoa humana que afasta qualquer ideia de *status subjectionis* na relação entre eles⁹⁸ e que funda, desde logo, o chamado princípio da *repartição* ou de *distribuição* do Estado de Direito (SCHMITT), segundo o qual a liberdade e autonomia individuais, sem prejuízo da necessária delimitação jurídica dos direitos fundamentais em que se concretizam, são, à partida, ilimitadas; em contrapartida, as possibilidades de o Estado interferir na liberdade e na autonomia individuais são limitadas, condicionadas, carentes de justificação e, por consequência, juridicamente controláveis.

Nessa perspectiva, a consagração constitucional de um elenco de direitos fundamentais de que o Estado não dispõe, mas que deve respeitar, proteger, garantir e promover, enquadra-se perfeitamente no desenvolvimento e atribuição de força normativa, vinculativa e concretizada a essa ideia de República baseada na dignidade da pessoa humana.

⁹⁷ Cf. DÜRIG, "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde", cit., pág. 118, págs. 123 e seg.

⁹⁸ Cf. OLIVER LEMCKE, "Über die doppelte Normativität der Menschenwürde" in ROLF GRÖSCHNER/OLIVER LEMCKE, *Das Dogma der Untastbarkeit*, Tübingen, 2009, pág. 235.

c) A dignidade da pessoa humana pode, então, ser percebida como fundamento da consagração constitucional de um elenco constitucional e uma vida condigna a todos os cidadãos (incluindo-se potencialmente nesse elenco os direitos de liberdade, de igualdade, de participação política e os direitos sociais), que o Estado e os poderes públicos ficam obrigados a respeitar e a observar, não enquanto liberalidade, não enquanto autolimitação livremente assumida, mas enquanto vinculação jurídica de que, se o Estado pretender reivindicar para si mesmo a qualificação como Estado de Direito, não se pode isentar.

É certo que nem todos os direitos fundamentais constitucionalmente enumerados apresentam o mesmo grau de proximidade àquele núcleo inspirador, na medida em que a respectiva consegração constitucional é, na realidade do facto constituinte, essencialmente determinada por um conjunto imponderável de circunstancialismos políticos ou jurídicos. As escolhas concretas de cada poder constituinte não têm de ser necessariamente adoptadas em qualquer outro Estado de Direito, ou seja, pode haver elevação de algumas garantias jurídicas à categoria de direitos fundamentais sem que elas correspondam, necessariamente, a exigências indeclináveis da dignidade.

Por outro lado, mesmo no que respeita a cada direito fundamental, visto *como um todo*, há, relativamente ao conjunto abrangente de faculdades e garantias que o integram, substanciais diferenças de grau da correspondente proximidade à dignidade da pessoa humana.

De resto, se não existisse essa associação diferenciada e gradativa dos direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana nem sequer seria possível procurar resolver quaisquer conflitos ou colisões entre direitos fundamentais através de ponderação, já que a comum referência à matriz inderrogável da dignidade da pessoa humana impediria qualquer cedência pontual recíproca.

Mas, em última análise, é a dignidade da pessoa humana, nas dimensões assinaladas, que, mesmo remotamente, confere unidade de sentido explicativo ao chamado sistema constitucional de direitos fundamentais⁹⁹ e, por isso mesmo, orienta as margens de abertura e actualização do respectivo catálogo.

⁹⁹ Salientando os riscos ou, no mínimo, a dispensabilidade da ideia de dignidade da pessoa humana para este fim, e sustentando, ao invés, a auto-suficiência de um sistema de direitos

Independentemente da sua inserção comunitária, independentemente dos condicionamentos externos a que está necessariamente vinculada, a pessoa individualmente considerada é sempre o sujeito, a referência de imputação da sua realidade vital, a medida e a instância decisiva de determinação do conteúdo da sua dignidade¹⁰⁰.

Com esse alcance, todos os casos complexos de direitos fundamentais devem ser resolvidos em conformidade à natureza dessa estrutura de relacionamento entre o Estado e o indivíduo e o próprio sentido normativo a extrair de cada norma de direitos fundamentais deve respeitar e ter em conta essa posição determinante da pessoa, das suas concepções, da sua autonomia e da conformação que ela pretende dar ao respectivo exercício.

Na medida em que constitui fundamento, não só dos direitos fundamentais, mas de todo o edifício do Estado de Direito e, logo, também dos bens e valores eventualmente em confronto com os direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana é chamada a desempenhar um papel “de princípio, de programa e de parâmetro dos direitos fundamentais em Estado de Direito”¹⁰¹ comportando, em cada uma dessas dimensões, múltiplas possibilidades de utilização.

A dignidade da pessoa humana funciona como princípio interpretativo e desempenha igualmente um papel regulativo enquanto princípio orientador das ponderações que têm inevitavelmente lugar na realização dos direitos fundamentais, tanto no âmbito de uma função protectora, de defesa, quanto na qualidade de orientação, de impulso e de programa de conformação positiva da ordem jurídica.

d) Por outro lado, e em sentido afim, sobretudo nas Constituições com cláusula aberta de direitos fundamentais, como é a nossa (artigo 16º, nº 1, da Constituição), a dignidade da pessoa humana possui a potencialidade de funcionar como critério material para o acolhimento/criação, desig-

fundamentais sustentado no princípio da equivalência moral de todas as pessoas plasmado na igualdade política, cf. R. CHUECA, *loc. cit.*, págs. 45 e segs.

¹⁰⁰ Cf. CHRISTOPH ENDERS, “Die normative Unantastbarkeit der Menschenwürde” *cit.*, págs. 70 e seg.

¹⁰¹ Cf. Cf. OLIVER LEMBCKE, “Über die doppelte Normativität der Menschenwürde”, *cit.*, pág. 251.

nadamente jurisprudencial, de novos direitos fundamentais não expressamente enumerados no texto constitucional.

Por exemplo, no nosso caso, como vimos, o Tribunal Constitucional, seguindo, de resto, o sentido da jurisprudência constitucional germânica, deduziu, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, a existência de um direito fundamental a um mínimo para uma existência condigna sem que a Constituição diga, expressamente, alguma coisa a esse respeito¹⁰².

e) Num outro plano, também a dignidade pode ser vista como fundamento e justificação da indivisibilidade dos direitos fundamentais¹⁰³, o que tem a maior importância, designadamente nos contextos, como o nosso, em que a cultura jurídica tradicional, por diferentes vias, resiste, na prática, a reconhecer aos direitos sociais a natureza de direitos fundamentais mesmo quando eles são consagrados como tal pela Constituição.

Ou seja, o reconhecimento constitucional da dignidade da pessoa humana concretiza-se e desenvolve-se necessariamente, no plano da comunidade internacional, em direitos humanos e, no plano do Estado nacional, em direitos fundamentais – na medida em que a viabilidade prática de uma situação individual de liberdade, de autonomia e de bem-estar, que a dignidade da pessoa humana pressupõe e exige, apela a uma protecção jurídica face ao Estado ou através do Estado. Essa protecção jurídica, em Estado constitucional do nosso tempo, é essencialmente assegurada pelos direitos fundamentais.

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana constitui, do ponto de vista lógico, a referência genética originária do sistema de direitos fundamentais e, reciprocamente, cabe aos direitos fundamentais concretizar, desenvolver e garantir a vinculação geral do Estado e dos poderes públicos ao comando constitucional da dignidade da pessoa humana¹⁰⁴.

¹⁰² Cf., por último e decisivamente, o Acórdão nº 509/2002 do Tribunal Constitucional. Sobre o tema da “abertura material do catálogo dos direitos fundamentais” orientada pela dignidade da pessoa humana, cf. P. HÄBERLE, “A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal” in I. SARLET (org.), *Dimensões da Dignidade*, Porto Alegre, 2005, págs. 102 e segs.

¹⁰³ Cf., por último, HABERMAS, *Um Ensaio...*, cit., págs. 32 e segs.

¹⁰⁴ Veja-se, nesse sentido, a fórmula da Constituição alemã que, no seu artigo 1º, consagra no nº 1 a intangibilidade da dignidade da pessoa humana e, logo a seguir, retirando a consequência dessa posição, afirma no nº 2 do mesmo artigo: “O povo alemão reconhece, por

Daí a frequência com que, na jurisprudência constitucional dos mais diferentes países, a dignidade da pessoa humana vem sistematicamente invocada, nos casos judiciais concretos, em conjunto ou em associação de reforço normativo dos mais variados direitos fundamentais, seja o direito à vida, o direito à integridade física e psíquica, o direito ao desenvolvimento da personalidade, o direito à privacidade, o direito à autodeterminação informacional ou os direitos sociais em geral. Em última análise, na prática, apesar de correntemente invocada na jurisprudência constitucional, raramente a dignidade da pessoa humana surge produzindo consequências jurídicas *a se*, isto é, produz efeitos independentes da aplicação dos direitos fundamentais de que se considera fundamento e raiz.

Compreende-se, assim, a razão pela qual, com muita frequência, a dignidade da pessoa humana surge, consequentemente, identificada com liberdade, com igualdade e com o próprio conteúdo dos direitos fundamentais especificamente consagrados no texto constitucional, ou também porquê, numa outra perspectiva, vem ela mesma caracterizada como direito fundamental, o direito à dignidade.

f) Reciprocamente, a enunciação constitucional dos direitos fundamentais, na sua diversidade e multifuncionalidade, repercute, na medida em que ajuda a identificar o respectivo conteúdo, sobre o sentido constitucional da dignidade da pessoa humana neles explicitada¹⁰⁵.

Assim, como se percebe a partir da simples enumeração e sistematização do elenco de direitos fundamentais, se a Constituição identifica os direitos sociais na qualidade de direitos fundamentais, então a dignidade

isso, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa como fundamento de toda a comunidade humana [...]” (sublinhado nosso).

Da mesma forma, o Pacto Internacional sobre os direitos civis e políticos da ONU reconhece expressamente que “estes direitos [os direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana] decorrem da dignidade inherente à pessoa humana” (do Preâmbulo).

Sobre o significado polissémico e incerto desta natureza fundacional da dignidade da pessoa humana, cf., todavia, J. WALDRON, “Is Dignity the Foundation of Human Rights?”, *cit.*

¹⁰⁵ Sobre a forma como diferentes concepções de dignidade da pessoa humana influenciam a compreensão e a jurisprudência dos direitos fundamentais, mas como, reciprocamente, o conteúdo atribuído ao princípio da dignidade da pessoa humana é, por sua vez, influenciado por diferentes concepções sobre direitos fundamentais, cf. NEOMI RAO, “Three concepts of dignity in Constitutional Law”, *cit.*, págs. 183 segs.

da pessoa humana de que se fala nessa Constituição não pode ser mais vista como a *dignidade* típica do individualismo possessivo, a do homem burguês e isolado, que dispensava a ajuda do Estado para aceder aos bens sociais e erigia a garantia de uma esfera de autonomia do proprietário livre de qualquer intervenção estatal em paradigma de realização do ideal de limitação jurídica do Estado. Diferentemente, numa Constituição com direitos sociais na qualidade de direitos fundamentais, a dignidade vigente é a que é própria de um Estado social e democrático de Direito¹⁰⁶.

Em sentido convergente, também entre nós, e a tomar a sério a Constituição, a dignidade da pessoa humana não pode ser hipostasiada segundo os pressupostos de qualquer ideia de conservação social historicamente situada e superada.

É o que resulta, interpretativamente, da forma como a nossa Constituição faz, na própria sistematização acolhida na parte dos direitos fundamentais, a representação do homem titular de direitos fundamentais enquanto pessoa, mas também enquanto cidadão e enquanto trabalhador; da desvalorização relativa, também reflectida na sistematização, da propriedade e da iniciativa privada, anteriormente consideradas como direitos absolutos e supremos; da forma como acolhe uma visão universalista dos direitos; da tónica na criação de condições de uma igualdade real ou do carácter profundamente social das tarefas fundamentais atribuídas ao Estado.

A dignidade da pessoa humana do Estado social e democrático de Direito é circunstancial e temporalmente determinada e, nesse sentido, é própria de um indivíduo comunitariamente integrado e condicionado, titular de direitos fundamentais oponíveis ao Estado e merecedores de um dever de respeito da parte dos restantes concidadãos, mas socialmente vinculado aos limites da liberdade e ao cumprimento dos deveres e obrigações que a decisão popular soberana lhe impõe como condição da possibilidade de realização da dignidade e dos direitos de todos.

¹⁰⁶ Cf. E. BENDA, "Dignidad humana y derechos de la personalidad", *cit.*, págs. 118 e segs.

2. Dignidade como conteúdo dos direitos fundamentais

a) Já aludimos ao facto de, perante as dificuldades experimentadas na determinação de um sentido normativo preciso para a dignidade da pessoa humana, frequentemente se procurar *superar* o problema simplesmente através da identificação do conteúdo da dignidade com o conteúdo dos direitos fundamentais.

Assim, tendencialmente, uma definição de dignidade da pessoa humana que procure integrar no seu conteúdo todas as garantias igualmente proporcionadas pelos direitos fundamentais produz no limite, nessa abrangência, um resultado de perfeita identidade ou de perfeita equiparação entre os dois termos, tanto no que se refere aos bens protegidos, ao âmbito de protecção, como aos respectivos efeitos normativos. No entanto, não sendo essa identificação errónea, dada a referida tendencial associação dos dois termos, ela é dogmaticamente problemática.

Nada haveria, em princípio, a opor a essa via, uma vez que, de uma ou outra forma, há uma interdependência na relação entre dignidade e direitos fundamentais e porque, directa ou indirectamente, dignidade da pessoa humana tem sempre a ver com direitos fundamentais.

Por um lado, é porque fazemos assentar o Estado de Direito na dignidade da pessoa humana que os direitos fundamentais são de realização imprescindível em qualquer comunidade política que se pretenda afirmar como Estado de Direito e, por outro, sempre que os valores, bens ou interesses jufundamentalmente protegidos são afectados ou os direitos fundamentais são violados, podemos dizer que, simultaneamente, ocorre, em alguma forma, directa ou indirectamente, afectação ou mesmo violação da dignidade da pessoa humana.

b) No entanto, em primeiro lugar, sendo potencialmente diversos os âmbitos e os programas normativos da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais específicos, aquela identificação tende a inibir, se bem que não necessariamente, o desenvolvimento dogmático dos efeitos normativos próprios e específicos do reconhecimento constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em segundo lugar, como veremos, não há qualquer vantagem garantística naquela identificação e, em rigor, dela resulta um enfraquecimento da força normativa da dignidade da pessoa humana.

2.1. A potencial divergência entre bens de protecção e conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais

a) É frequente referir-se a norma constitucional da dignidade da pessoa humana como visando garantir a liberdade e a autonomia individuais, a igualdade entre os cidadãos e os pressupostos materiais de uma vida digna. No entanto, em rigor, aquilo que garante especificamente a liberdade, a igualdade, a autonomia e o bem-estar ou, pelo menos, aquilo que foi criado para esse efeito e que aspira a realizar esse objectivo na ordem jurídica são os direitos fundamentais.

São os direitos fundamentais e as normas que os consagram, enquanto direitos de liberdade, direitos de igualdade e direitos sociais, que assumem esse programa e que existem constitucionalmente para esse fim. As normas de direitos fundamentais delimitam e garantem as áreas materialmente diferenciadas e específicas de acesso juridicamente protegido à liberdade, à autonomia e ao bem-estar que o Estado fica obrigado a respeitar, proteger e promover, pelo que, em caso de violação dessas obrigações constitucionais, a inconstitucionalidade deriva directamente, em princípio, da violação das correspondentes normas de direitos fundamentais.

b) É certo que, na medida em que os próprios direitos fundamentais são uma decorrência da ideia de dignidade da pessoa humana, a violação dos direitos fundamentais significa também, de algum modo, pelo menos indirecta e remotamente, uma afectação da dignidade da pessoa humana, mas nem em rigor a inconstitucionalidade reside primariamente aí nem, na generalidade dos casos, se ganha alguma coisa, que não seja um mero efeito retórico, na invocação da dignidade da pessoa humana num caso concreto em que se verifique uma violação específica de um direito fundamental particular.

Para além disso, e no sentido da não coincidência, pelo menos integral, dos dois termos, é possível, numa distinção mais analítica e rigorosa, conceber situações em que haja violação de direitos fundamentais sem que seja adequado falar em violação da dignidade da pessoa humana, tal como, reciprocamente, poderemos ter violação da dignidade humana sem que haja, num sentido preciso, violação de quaisquer direitos fundamentais concretamente individualizados.

Desde logo, as diferentes Constituições, na sua extrema variabilidade, podem conter direitos fundamentais que só muito indirecta e remotamente constituem decorrência da dignidade humana. Por exemplo, só muito esforçadamente um direito fundamental como é o direito de antena consagrado no artigo 40º ou o direito a constituir tendências nas organizações sindicais, como o que vem garantido no artigo 55º, 2, e), da Constituição portuguesa podem ser considerados uma exigência da dignidade humana. Por outro lado, nem sequer se pode falar em dignidade da *pessoa humana*, nem mesmo numa associação remota, relativamente a muitos dos direitos fundamentais cujos titulares são, primariamente, as pessoas colectivas. Logo, uma eventual violação dos direitos fundamentais em questão não seria, por si só, afectação da dignidade da pessoa humana.

Mas, mesmo em direitos fundamentais directamente decorrentes da dignidade, como o direito ao desenvolvimento da personalidade, o direito à protecção da saúde ou a liberdade de expressão do pensamento, podemos conceber violações menos graves ou que afectem aspectos marginais destes direitos que, em rigor, não constituem ou não deveriam ser configuradas como violações da dignidade.

Em contrapartida, por exemplo, uma profanação de túmulos num cemitério judeu levada a cabo por um grupo nazi, até pelos acontecimentos de um passado histórico que evoca, constitui uma violação da dignidade humana sem que, ao mesmo tempo, possamos dizer que haja (que direitos seriam, quem seriam os seus titulares?) direitos fundamentais violados¹⁰⁷.

c) Por último, se partirmos da identificação entre os dois termos – dignidade e direitos fundamentais –, então tendemos a negligenciar ou, pelo menos, a não investir o devido esforço na elaboração dogmática sobre o possível conteúdo normativo, próprio e específico, da dignidade da pessoa humana. Mas, nessa altura, se não pudéssemos apurar a existência de um conteúdo autónomo para o princípio, chegariam a essa situação quase paradoxal: o princípio supremo em que se funda a ordem jurídico-política de uma comunidade seria dotado de um conteúdo normativo

¹⁰⁷ Exemplo retirado de JOHN TASIOULAS, "Human dignity and the foundations of human rights", cit., pág. 308.

redundante, inócuo, na medida em que não proporcionava outro sentido jurídico útil que não fosse, simplesmente, o de replicar ou apoiar retoricamente o conteúdo normativo que se retirava igualmente de cada uma das normas constitucionais de proteção dos direitos fundamentais.

2.2. Riscos da identificação entre dignidade e direitos fundamentais

a) Uma vez que os valores, bens e interesses de liberdade, de autonomia e de bem-estar são especificamente protegidos, com vantagem, por normas constitucionais próprias e específicas, as que consagram os direitos fundamentais, correm-se ainda riscos desnecessários de desvalorização na referida associação entre dignidade e direitos fundamentais.

Em primeiro lugar, como se disse, o princípio da dignidade da pessoa humana tende a ficar privado de um conteúdo normativo próprio e específico, limitando-se a uma utilização retórica de mero reforço do alcance normativo daquelas outras normas constitucionais.

Em segundo lugar, a inflação de utilização proporcionada e estimulada por aquela associação – uma vez que se considerava que em cada conflito ou controvérsia jurídica envolvendo um direito fundamental era igualmente a dignidade da pessoa humana que estava envolvida e podia, consequentemente, ser invocada – reflecte-se em consequente banalização do conceito, com a consequente desvalorização e desqualificação do princípio jurídico da dignidade a *fórmula vazia* ou a *redundância verbal*¹⁰⁸.

Por último, a extensão praticamente ilimitada do âmbito de invocação e de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, que decorreria daquela identificação, gera também enfraquecimento da sua força normativa.

b) De facto, há um efeito quase automático de progressiva rarefação normativa sempre que estendemos o âmbito de proteção de um princípio ou de um direito ou sempre que diluímos as respectivas fronteiras de aplicação. Ou seja, uma visão aparentemente mais ambiciosa e mais amiga da dignidade da pessoa humana – porque, identificando-a indi-

¹⁰⁸ Cf., assim, PAUL TIEDEMANN, "Vom inflationären Gebrauch der Menschenwürde in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts" in *DöV*, 2009, 15, pág. 607.

ferenciadamente com os valores da liberdade, da autonomia e do bem-estar individuais, aumenta as possibilidades de invocação do princípio de forma praticamente ilimitada – acaba, tendencialmente, na maior parte das situações em que é convocado, por privar o princípio de um sentido normativo forte e efectivo.

Se há violação da dignidade da pessoa humana sempre que um qualquer de entre aquele extenso elenco de valores e direitos é violado, então o princípio pode ser esgrimido e aplicado, sem critério, a cada momento. Em última análise, mesmo que remotamente, há sempre possibilidade de invocar alguma afectação da dignidade da pessoa humana em toda e qualquer afectação de um direito fundamental.

Porém, a invocação do princípio com tal amplitude e frequência não apresenta vantagem visível, uma vez que, havendo normas específicas a regular a situação, nada é utilmente acrescido na simultânea alegação de violação da dignidade. Em contrapartida, se nada se ganha em termos de garantia jusfundamental, potencia-se o inconveniente prático da desvalorização normativa do princípio da dignidade da pessoa humana que resulta necessariamente da frequência, trivialidade e facilidade de invocação.

Inevitavelmente, a utilização banalizada e inflacionária deste ou de qualquer outro princípio – que deveriam ser invocados pela reconhecida força que possuem e pelo seu elevado peso normativo – gera *desvalorização* e *desqualificação*. Até a moeda mais forte desvaloriza com a inflação¹⁰⁹.

c) Por outro lado, conferir a maior abrangência ao conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana significa, necessariamente, o seu enfraquecimento, já que tem de se aceitar que as manifestações mais periféricas, indirectas ou marginais do princípio não possam usufruir do mesmo grau de resistência ou da força impositiva de que devem gozar as suas manifestações nucleares. Maior abrangência é tendencialmente acompanhada de menor densidade, de menor força normativa e de consequente eventual necessidade de cedência perante o maior peso de valores contrários.

Ou seja, teoricamente pode até admitir-se que há uma dimensão de dignidade em cada exercício concreto de um qualquer direito fundamental, mas não pode, depois, pretender-se, a partir daí, que a qualquer exercício de direito fundamental se deva reconhecer o mesmo peso nor-

¹⁰⁹ Cf. H. DREIER, *Grundgesetz Kommentar*, cit., pág. 164 e seg.

mativo que atribuímos, normalmente, à dignidade da pessoa humana enquanto valor supremo da ordem jurídica.

Se se considera o princípio da dignidade da pessoa humana presente em cada exercício de direito fundamental, então, por exemplo, qualquer manifestação da liberdade geral de acção – direito ao desenvolvimento da personalidade – é manifestação da dignidade da pessoa humana; logo, qualquer afectação da liberdade geral de acção é simultaneamente afectação da dignidade da pessoa humana, com a conclusão necessária de que as manifestações menos materialmente significativas do exercício desse direito fundamental deverão naturalmente ceder perante valores de sentido contrário.

Por exemplo, restringir a possibilidade de fumar num recinto fechado constituiria uma afectação da dignidade da pessoa humana, na medida em que o direito geral de liberdade ou o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (direitos fundamentais susceptíveis de invocação para tutelar de algum modo a liberdade de fumar) são direitos fundamentais e, logo, expressão da dignidade.

Ora, nessa altura, ou se entendia que toda e qualquer afectação de direito fundamental era, por definição, inconstitucional, na medida em que constituía simultânea afectação da dignidade da pessoa humana, o que, por exemplo naquela situação concreta, seria insustentável (nessa lógica, a liberdade de fumar não poderia, em quaisquer circunstâncias, ser limitada), ou se entendia que o interesse público que justificava a proibição de fumar poderia, afinal, prevalecer sobre uma faculdade juridicamente protegida pela dignidade da pessoa humana, o que degradaria o seu carácter de princípio supremo da ordem jurídica.

A partir do momento em que se reconhece a dignidade da pessoa humana em qualquer exercício de direito fundamental, por menos relevante que ele seja, recusar a possibilidade da respectiva cedência seria, não apenas uma incongruência teórica, como também uma impossibilidade prática. A conclusão inevitável seria a de transformar a dignidade da pessoa humana em norma ou garantia jurídica susceptível de ceder, de ser limitada, restringida.

d) Com efeito, a alternativa razoável seria, necessariamente, a de acabar por aceitar algum tipo de afectação da dignidade da pessoa humana, reservando unicamente uma protecção de carácter absoluto para os núcleos mais fortes e resistentes do seu âmbito de protecção.

Porém, aceitar essa lógica diferenciadora é enfraquecer o princípio da dignidade da pessoa humana no seu todo, já que da admissibilidade da sua cedência pontual, do necessário envolvimento da dignidade humana em juízos de ponderação e da grande dificuldade em fixar fronteiras de resistência diferenciada dentro do conteúdo normativo do mesmo princípio, resulta uma condescendência de partida face a possíveis limitações e, inevitavelmente, uma debilitação da sua força normativa como um todo.

A partir do momento em que admitimos que a dignidade da pessoa humana possa e deva ceder perante outros valores, então isso corresponde a uma debilitação objectiva da força normativa que, à partida, tenderíamos a atribuir ao princípio supremo do Estado de Direito.

3. Dignidade como direito fundamental

a) De alguma forma, as dúvidas sobre a plausibilidade dogmática da identificação da dignidade com os direitos fundamentais ressurgem quando se considera o problema da *verdadeira* natureza constitucional da dignidade da pessoa humana: direito fundamental ou princípio constitucional.

Ou seja, também neste plano, e se bem que não se possa qualificar como errónea a configuração da dignidade da pessoa humana como direito fundamental, enquanto direito à dignidade (consustanciado em direitos específicos ao respeito da dignidade, à protecção da dignidade e à promoção da dignidade), parece mais dogmaticamente promissora a configuração da dignidade da pessoa humana na qualidade de princípio constitucional estruturante de Estado de Direito, tanto mais que a Constituição portuguesa, como muitas outras Constituições, não consagra expressamente um direito à dignidade, antes sugerindo a qualificação da dignidade como valor ou como princípio supremo sobre que assenta a República.

Em qualquer caso, a consideração da dignidade da pessoa humana como verdadeiro direito fundamental não é errónea, mas só desde que se tenha em conta a sua especificidade. Ele não seria um direito fundamental vocacionado para proteger o acesso a um determinado bem, identificável e delimitável, mas, como se viu atrás, seria mais um direito fundamental a ter direitos, a ser titular dos direitos fundamentais que a Constituição consagra.

Nada haveria então, em princípio, a opor a uma tal consideração da dignidade da pessoa humana como direito fundamental desde que se tivesse sempre presente essa sua natureza única. O risco seria, contudo, o de que, numa utilização jurídica corrente, essa particular natureza se perdesse e a dignidade da pessoa humana passasse a ser efectivamente tratada como os outros direitos fundamentais, como um de entre os muitos direitos fundamentais.

b) À primeira vista tal risco nada teria de problemático, sobretudo na lógica de que um direito fundamental e, especialmente, um direito subjectivo, seriam normativamente mais *fortes* que um princípio constitucional. É essa, de algum modo, a lógica subjacente à jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão quando, assumindo a dignidade da pessoa humana tanto como princípio constitucional supremo quanto como verdadeiro direito fundamental, para além dessa pretensa vantagem, pretende também, tendo em conta o modelo de fiscalização da constitucionalidade adoptado, assegurar a possibilidade de acesso directo dos cidadãos à justiça constitucional para a sua defesa.

Assim, pretensamente, um direito fundamental à dignidade seria mais *forte* que um simples princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, segundo a concepção de que a subjectivização e a fundamentalização de um princípio objectivo resultam em reforço da sua vinculatividade jurídica e da sua força normativa.

No entanto, tal como vimos atrás a propósito das pretensas vantagens na identificação da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais, também a conformação da dignidade nas vestes de um direito fundamental à dignidade não reforça a sua força normativa e, com grande probabilidade, enfraquece-a.

3.1. A redundância da jusfundamentalização do princípio da dignidade da pessoa humana

a) As Constituições dos nossos dias tendem, como acontece com a portuguesa ou a brasileira, a explicitar um elenco tão pormenorizado e extenso de direitos fundamentais, abrangendo as várias necessidades e dimensões vivenciais da pessoa humana, que a necessidade de jusfunda-

mentalização da dignidade da pessoa humana para defesa da liberdade, da autonomia, da igualdade ou do bem-estar resulta praticamente supérflua.

Além do mais, para evitar a eventualidade de lacunas de protecção, actuais ou potenciais, as Constituições acolhem, na qualidade de direito fundamental, o direito ao desenvolvimento da personalidade ou o direito à liberdade, entendidos enquanto garantias da liberdade geral de acção, ou seja, visando a protecção abrangente, residual e subsidiária de todas as facetas da actividade humana e, particularmente, as associadas à auto-determinação pessoal.

Assim, mesmo nas ordens constitucionais em que a titularidade de um direito fundamental específico é requisito de acesso directo à justiça constitucional pelos particulares para protecção de um direito subjectivo posto em causa por intervenção restritiva estatal, a necessidade de configuração jusfundamental do princípio da dignidade da pessoa humana acaba por ser desnecessária e redundante.

Com efeito, na medida em que o particular poderá invocar sempre a lesão do referido direito ao desenvolvimento da personalidade em todas as situações em que considera afectada a sua própria dignidade (a eventual não consagração constitucional positiva deste direito ao desenvolvimento da personalidade poderia, quando muito, obrigar a deduzi-lo, implicitamente, seja do próprio princípio da dignidade da pessoa humana seja do princípio do Estado de Direito), basta-lhe, nesse contexto, reforçar as suas alegações de inconstitucionalidade por violação do direito ao desenvolvimento da personalidade com a invocação concomitante da lesão da dignidade.

b) De resto, este direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade apresenta uma natureza particular que resulta, em grande medida, da sua identificação potencial com os próprios conceitos de dignidade, autonomia e liberdade.

Ou seja, ele pode ser caracterizado¹¹⁰ como tendo o sentido de proceder à jusfundamentalização da liberdade geral de acção, o que apresenta

¹¹⁰ Sobre a importância do direito ao desenvolvimento da personalidade, entendido enquanto liberdade geral de acção, cf. J. REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra, 2012, págs. 50 segs; contra, MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, II, Coimbra, 2006, págs. 492 segs.

duas consequências dogmáticas. De um lado, tem uma importância vital, na medida em que, a partir dessa jusfundamentalização, toda a intervenção restritiva estatal na liberdade individual carece de justificação e pode, consequentemente, ser judicialmente controlada, o que significa, no mínimo, a possibilidade de tutelar juridicamente a proscrição de todo o arbítrio no relacionamento entre o Estado e o indivíduo.

No fundo, qualquer limitação estatal da liberdade geral de acção individual sem fundamento ou com fundamento arbitrário passa a poder ser configurada como violação de direito fundamental e a liberdade afectada passa a merecer a correspondente tutela.

Mas, por outro lado, com um âmbito normativo tão abrangente, o direito ao desenvolvimento da personalidade acaba por ser o direito fundamental mais *fraco*, na medida em que, excluídas as referidas restrições arbitrárias, é um direito compatível com cedência face a quaisquer limitações admitidas pelo legislador democrático. Por isso, em consonância, a Constituição alemã, que consagrou pioneiramente este direito ao livre¹¹¹ desenvolvimento da personalidade, simultaneamente, logo acrescentou que ele pode ser limitado pela *triade* mais abrangente de limites: a moral, a ordem pública e os direitos dos outros.

c) Há, no entanto, enquanto liberdade geral e direito geral de autodeterminação, uma fronteira interna que não pode ser transposta por qualquer restrição actuada pelo Estado e que é, precisamente, a dignidade da pessoa humana, no sentido de que qualquer limitação deste direito não pode pôr decisivamente em causa uma capacidade mínima de autodeterminação, autonomia e liberdade que deve ser reconhecida à pessoa humana em Estado de Direito.

Logo, se se quiser, podendo configurar-se a relação entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais no sentido de que a primeira constituiria o conteúdo essencial dos últimos¹¹², há um direito funda-

¹¹¹ Por alguma razão, quando consagrou o direito ao desenvolvimento da personalidade (artigo 26º), a Constituição portuguesa não reproduziu este “livre”, o que, implicitamente, dispensou o legislador constituinte de ter de explicitar, a seguir, aqueles limites gerais, dado que, logo à partida, o direito fundamental português já não era tão amplo, tão “livre” quanto o congénere alemão.

¹¹² Cf. *infra*, cap. VIII, 2.2.

mental onde essa relação é mais óbvia, evidente e operativa, o direito ao desenvolvimento da personalidade.

De facto, pode haver violações tão marginais do direito ao desenvolvimento da personalidade que não equivalham a violação da dignidade, mas toda a violação da dignidade da pessoa humana é simultaneamente violação qualificada e grave do direito ao desenvolvimento da personalidade individual.

3.2. O enfraquecimento normativo da dignidade da pessoa humana como resultado da sua jusfundamentalização

a) Numa apreciação imediata da questão da eventual consideração da dignidade da pessoa humana como direito fundamental, a ideia mais comum era, como vimos, a de que uma tal configuração constituiria, em algum modo, um reforço normativo do conceito. No entanto, um aprofundamento do problema resultará na conclusão exactamente oposta, ou seja, a jusfundamentalização pode enfraquecer o papel e a força da dignidade da pessoa humana na ordem jurídica.

Como vimos, aquela primeira ideia assentaria no pressuposto de que, à partida, um direito fundamental ou um direito subjectivo são normativamente mais fortes que um princípio jurídico.

No entanto, sem prejuízo da vitalidade dos direitos fundamentais, não é mais possível, hoje, deixar de ter em conta que a força especial constitucionalmente reconhecida aos direitos fundamentais, mormente a sua natureza de *trunfos* oponíveis ao Estado e às maiorias de governo, só é adequadamente compreendida quando se considera e se lhe associa simultaneamente o reconhecimento da sua natureza *principiológica*, ou seja, a sua natureza de garantias limitáveis, ponderáveis, susceptíveis de cederem perante outros valores, princípios e interesses igualmente dignos de protecção em Estado de Direito.

Uma concepção pretensamente *absolutista* da força normativa dos direitos fundamentais virar-se-ia, de tão evidentemente impraticável, contra a efectividade de aplicação das respectivas normas.

b) Assim, se é certo que no relacionamento entre o Estado e o indivíduo há uma presunção de partida a favor da pessoa e da sua autonomia,

no sentido tradicional de que, em Estado de Direito, a liberdade é, em princípio, ilimitada e que as possibilidades de o Estado nela intervir são limitadas e carentes de justificação, não é mais possível, no Estado de Direito democrático dos nossos dias, fazer assentar na máxima *in dubio pro libertate* o critério último de resolução dos conflitos e colisões de valores e interesses que a própria Constituição não resolve.

Na base dessa máxima, que conduziria em todos os casos jurídicos *difícies* ou duvidosos à prevalência do direito fundamental sobre os interesses que se lhe opusessem, está a mesma ideia de que, na ordem constitucional de valores, a dignidade e a liberdade da pessoa humana, com a consequente prioridade do homem relativamente ao Estado, ocupam o lugar de topo.

Dai decorreria a possibilidade, nos casos de mais difícil compatibilização entre valores colidentes, de recorrer a uma presunção geral em favor da liberdade: *in dubio pro libertate*, no sentido de que, partindo da posição prevalecente da liberdade individual em Estado de Direito e da presunção fáctica de que, em princípio, o homem faz um uso legítimo da sua liberdade, a norma jusfundamental só deve ceder quando aquelas presunções básicas puderem ser indiscutivelmente ilididas.

Porém, com este alcance – e só com ele poderia desenvolver, pelo menos nos casos duvidosos, as pretendidas virtualidades de determinação objectiva das soluções dos conflitos entre direitos fundamentais e outros bens constitucionais –, o princípio *in dubio pro libertate* é merecedor de críticas insuperáveis. Ele não se afigura ser um princípio adequado de interpretação numa ordem jurídica em que os fins do Estado são, essencialmente, os de garantia da dignidade da pessoa humana e da autonomia individual e de promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

No Estado de Direito dos nossos dias a máxima *in dubio pro libertate* perde, paradoxalmente, razão de ser, na medida em que a sua aplicação efectiva redundaria em concretização constitucional inadequada e, até, eventualmente, em próprio prejuízo da liberdade.

De facto, estando toda a ordem constitucional e consequente actividade do Estado estruturalmente orientadas à promoção da dignidade, liberdade e autonomia individuais, o prejuízo na realização de quaisquer bens constitucionalmente protegidos que o Estado quisesse prosseguir e ficasse, por força daquela máxima, impedido de alcançar redundaria sempre, mais ou menos directa, remota ou indirectamente, em prejuízo da própria liberdade.

Com efeito, se, por exemplo, as actividades de segurança pública visam, não o engrandecimento do Estado, mas a garantia das condições objectivas que permitem a todos o exercício dos seus direitos, liberdades e garantias, então, se uma restrição das liberdades de alguns particulares, actuada para incrementar a segurança pública, é inviabilizada por força de uma aplicação mecânica do princípio *in dubio pro libertate*, em última análise é a liberdade de todos que resulta inadequadamente prejudicada.

No mesmo sentido, dada a integração relacional e comunitária do exercício das liberdades individuais, uma interpretação demasiado extensiva das possibilidades de acção de uns reflecte-se, inevitavelmente, na correspondente diminuição da liberdade dos outros.

Portanto, o conflito de bens constitucionais deve ser resolvido, não necessariamente em função da prevalência do interesse imediato de liberdade jusfundamentalmente protegido, mas em função de qual deva ser a solução constitucionalmente mais adequada na composição dos referidos bens. Ora, numa ordem constitucional orientada à promoção dos direitos fundamentais, como é a ordem jurídica de Estado de Direito, a solução constitucionalmente mais adequada não é necessariamente a que dê sempre prevalência ao interesse pontual ou parcelar de liberdade em colisão com outros bens constitucionais.

c) Não seria, pois, a configuração da dignidade da pessoa humana como constituindo um específico direito fundamental que, em si mesma, lhe reforçaria o sentido normativo. Pelo contrário, nessa identificação viria implicitamente assumida uma natural relativização da vinculatividade jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana, no sentido da sua eventual limitabilidade. Ou seja, como qualquer outro direito fundamental considerado como um todo, também a dignidade da pessoa humana, se fosse juridicamente tomada como direito fundamental, poderia e deveria ceder perante outros valores considerados de maior peso no caso concreto¹¹³.

¹¹³ Sustentando esta posição, ou seja, a concepção de um direito fundamental à dignidade que, como qualquer outro direito fundamental, estaria sujeito a limitações ou restrições – condicionadas, embora, pela necessidade de observância do princípio da proporcionalidade –, cf., por último, AHARON BARAK, *Human Dignity – The Constitutional Value ...*, cit., *passim*.

Ora, e
mente aj
em que a
qualidad
corrosão
Como se
assenta
que se l

d) E
dade d
fundan
re com
é, o dir
como c

É e
jurisp
releva
dificu

No
pode
tais (j
entâc
dame
uma
– em
prop
cion
expor
culd

¹¹⁴ So
Lei F
56 e
¹¹⁵ Cr
geric
2009
Men

Ora, esta natureza relativa seria incompatível ou, pelo menos, dificilmente ajustável à relevância da dignidade da pessoa humana como pilar em que assenta todo o edifício do Estado de Direito. Como poderia, nessa qualidade, a dignidade da pessoa humana *ceder* sem que, na consequente corrosão da rigidez do *pilar*, cedesse todo o edifício que sobre ele assenta? Como se poderia continuar a considerar a dignidade como a base em que assenta a República e, simultaneamente, dar prevalência a outros valores que se lhe opusessem?

d) Em teoria, haveria uma forma de escapar a esta dificuldade: a dignidade da pessoa humana poderia ser configurada na qualidade de direito fundamental, embora com a reserva de que, diferentemente do que ocorre com todos os outros direitos fundamentais, ela não seria limitável, isto é, o direito fundamental em questão seria excepcionalmente considerado como direito constitucional absoluto, definitivo.

É essa a posição sustentada, tanto por alguma doutrina¹¹⁴, como na jurisprudência constitucional alemã¹¹⁵, mas, a nosso ver, sem préstimo relevante, uma vez que se procura, apenas, resolver semanticamente uma dificuldade dogmática.

No fundo, é a confissão de que se a dignidade da pessoa humana não pode ser considerada da mesma forma que os outros direitos fundamentais (já que seria o único insusceptível de cedência ou de ponderação), então deveria ser considerada como algo diferente de um direito fundamental; o *nome* que se lhe dá não altera a realidade. Quando muito, uma concepção desse tipo pode apresentar razão de ser na Alemanha – em função do seu sistema de garantia da Constituição –, para efeitos de proporcionar queixas constitucionais directas para o Tribunal Constitucional fundamentadas na lesão da dignidade, mas não é, nesse sentido, exportável para ordens jurídicas que não se defrontem com idêntica dificuldade.

¹¹⁴ Sobre a discussão doutrinária germânica acerca da natureza da cláusula da dignidade na Lei Fundamental, cf. G. ORFANEL, “La dignidad de la persona en la *Grundgesetz*”, cit., págs. 56 e segs.

¹¹⁵ Cf. DIETER HÖMIG, “Menschenwürde in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts” in ROLF GRÖSCHNER/OLIVER LEMCKE, *Das Dogma der Untastbarkeit*, Tübingen, 2009, págs. 27 e segs., 48 e segs.; OLIVER LEMCKE, “Über die doppelte Normativität der Menschenwürde”, loc. cit., pág. 253.

e) Significa isto que a jusfundamentalização do princípio da dignidade da pessoa humana acabaria por enfraquecer o respectivo sentido normativo. Com efeito, para que o seu carácter de princípio estruturante supremo, absoluto, se mantenha, não é aconselhável a via da sua configuração como direito fundamental ou a sua identificação pura e simples com os direitos fundamentais.

Considerar a dignidade um direito fundamental significa, afinal, reconhecê-la, à partida, como valor limitável, sujeito a ponderação, a cedência, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Mantê-la exclusivamente na qualidade de princípio constitucional – e de princípio constitucional supremo – assegura-lhe uma firmeza definitiva e incontestável ou deixa, na hipótese mais desfavorável, a questão em aberto.

De facto, ao contrário do que vem sugerido pela própria terminologia mais correntemente utilizada na teoria dos direitos fundamentais, enquanto que estes apresentam uma natureza de *normas-princípio* (como tal, sujeitas a ponderação, a cedência), os princípios estruturantes de Estado de Direito, apesar de designados tradicionalmente como *princípios*, apresentam uma natureza bem mais consentânea com a de *normas-regra* ou, pelo menos, normas com estrutura dual¹¹⁶.

3.3. Os destinatários (ou os obrigados) do comando constitucional da dignidade

a) Sendo seguro que a dignidade da pessoa humana, nas várias dimensões em que projecta efeitos normativos enquanto princípio constitucional, vincula todos os poderes públicos, trata-se agora de saber em que medida os destinatários do princípio – no sentido dos que ficam obrigados juridicamente por ele – incluem também os particulares e as entidades privadas.

O tema é conhecido da teoria dos direitos fundamentais – sob as designações tradicionais de *Drittwirkung* ou de *eficácia horizontal* – podendo aí, apesar de alguma controvérsia, concluir-se que a posição largamente

¹¹⁶ Cf., sobre o sentido dessa aparente contradição, J. REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2^a ed., 2010, págs. 347 e segs.

dominante, com a excepção do Brasil e de alguns países da América latina, é a de que os direitos fundamentais vinculam juridicamente, de forma directa, os poderes públicos e só produzem efeitos jurídicos nas relações privadas indirectamente ou através dos deveres estatais de protecção da liberdade contra agressões de outros particulares¹¹⁷.

Significaria isso que, em princípio, e a não ser que se aderisse à tese, a nosso ver dogmaticamente implausível, da aplicabilidade directa e imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a ser concebida na qualidade de direito fundamental, a dignidade da pessoa humana teria como exclusivos destinatários o Estado e as entidades públicas. Ora, tal não seria ajustado relativamente a um princípio que se considera a base sobre que assenta a República.

Assim, no que se refere à dignidade da pessoa humana, mesmo grande parte da doutrina que não reconhece potencialidade de vinculação directa dos particulares pelos direitos fundamentais conclui diversamente, ou seja, considera-se que a dignidade humana vincula directamente poderes públicos e entidades privadas.

b) Parece seguro que, enquanto princípio jurídico basilar em que assenta o Estado de Direito, a dignidade da pessoa humana é de aplicação geral, directa e imediata em quaisquer circunstâncias, em quaisquer domínios e ramos de Direito¹¹⁸. Desde logo, não restarão quaisquer dúvidas que a dignidade, enquanto princípio constitucional supremo, *invade* e conforma materialmente toda a ordem jurídica do Estado de Direito e o princípio servirá uniformemente, em quaisquer ramos do Direito, incluindo o Direito privado, como fonte de conformação e critério geral de interpretação, aplicação e de integração.

Mas, mesmo em termos de aplicabilidade directa, não haverá desacordo sensível quanto à vinculação de todos, independente das dúvidas sobre eventual variação da intensidade e do alcance da vinculação. Divergências existirão, sim, quando se tratar de determinar o alcance concreto

¹¹⁷ Cf. J. REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais – Trunfos contra a Maioria*, Coimbra, 2006, págs. 69 e segs; “A intervenção do Provedor de Justiça nas relações entre privados” in *O Provedor de Justiça – Novos Estudos*, Provedoria de Justiça, Lisboa, 2008, págs. 229 e segs.

¹¹⁸ Cf., assim, J. ISENSEE, “Menschenwürde: die säkulare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten” in *AöR*, 131, 2006, págs. 180 e seg.

dos comandos normativos que se extraem do princípio¹¹⁹, plano em que se manifestam dificuldades quase insuperáveis para chegar a soluções consensualmente reconhecidas.

c) Mesmo assim, e apesar da convergência quanto à ideia de vinculação geral e directa da dignidade da pessoa humana, não há uma indiferença completa quando se apreciam os vários níveis de vinculação jurídica ao princípio por parte de entidades públicas e de entidades privadas.

Ou seja, nas diferentes dimensões de vinculação – traduzíveis especificamente, do lado dos destinatários, em dever de respeito da dignidade da pessoa humana, em dever de a proteger e em dever de a promover – o princípio repercute sobre os particulares de forma *quantitativamente* distinta da que ocorre relativamente às entidades públicas, se bem que os elementos *qualitativos* da definição sejam os mesmos.

Assim, no que se refere aos deveres de protecção e de promoção da dignidade humana, eles decorrem, é certo, dos deveres de solidariedade que valem tanto nas relações privadas quanto nas relações com o Estado, mas, na ausência de normas legais vigentes que os imponham especificamente aos particulares em cada preciso sector de actividade ou em cada relacionamento típico, esses deveres ficam confinados a um plano moral e sem directas repercussões jurídico-constitucionais. Ao invés, o Estado e as entidades públicas estão sempre jurídica e directamente vinculados a proteger e promover a dignidade da pessoa humana.

d) Também no que se refere ao dever de respeito, sem prejuízo da vinculação jurídica a que os particulares estão igualmente sujeitos – e que determina, para além da vinculação destes, a necessidade da intervenção preventiva e repressiva de protecção exercida pelos poderes públicos perante eventuais quebras de observância do dever de respeito da parte de particulares –, a interpretação/concretização dos comandos normativos da dignidade sofre a atenuação natural decorrente dos efeitos de sentido contrário, isto é, ampliativos da margem de acção dos particulares, produzidos pelo princípio da autonomia privada, ele próprio fundado decisivamente na dignidade da pessoa humana, sempre que se verifique um acordo ou um consentimento livre e esclarecido dos participantes.

¹¹⁹ Cf. o volume II, *passim*, especialmente cap. III, 3 e 5.

Assim, desde que não se trate de relações claramente assimétricas – isto é, relações em que não se possa falar de exercício livre, consciente, informado e responsável de autodeterminação pessoal, portanto, de relações em que não exista uma composição e encontro verdadeiramente livres e igualitários das autonomias pessoais –, há inúmeras situações toleráveis de vida prática ou que permanecem numa zona de indiferença ao Direito, em que particulares utilizam o outro como instrumento de satisfação ou realização de interesses e projectos pessoais sem que, até sob pena de banalização, o princípio jurídico da dignidade da pessoa humana possa ser tido como violado.

Já será diferente no caso de situações extremas ou das situações de vida privada em que, independentemente do consentimento, a desumanização, a *coisificação*, a instrumentalização de outras pessoas ou a supressão da capacidade de autodeterminação actual ou futura do próprio extravasam da esfera pessoal e se traduzem numa degradação inadmissível da imagem da própria pessoa humana na esfera social que exige a intervenção do Direito.

O problema só será devidamente apreciado, com desenvolvimento, quando analisarmos, no quarto volume deste trabalho, a relevância do consentimento genuíno da *vítima* para efeitos de apuramento de violação da dignidade, mas, enquanto orientação geral, como veremos a propósito do chamado *caso do anão*¹²⁰, dir-se-ia que, apesar da vinculação directa, sempre que exista um consentimento livre e esclarecido, e sob pena de se caucionar um paternalismo dificilmente compatível com a autonomia privada própria de Estado de Direito e exigida pela própria dignidade da pessoa humana, deverá reservar-se a aplicação directa e imediata do princípio constitucional para as situações mais gravosas e extremas¹²¹.

¹²⁰ Cf. *infra*, cap. V, especialmente, 2.3.

¹²¹ Cf. K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., págs. 29 e segs; U. NEUMANN, "Die Menschenwürde als Menschenbürde – oder wie man ein Recht gegen den Berechtigten wendet" in M. KETTNER (org.), *Biomedizin und Menschenwürde*, Frankfurt, 2004, págs. 55 e seg.

Capítulo V

Dignidade da Pessoa Humana

Contra os Direitos Fundamentais?

1. A dignidade humana como justificação para restringir os direitos fundamentais

a) Percorremos até agora alguns dos problemas ou dúvidas que se podem suscitar no âmbito da interacção entre dignidade e direitos fundamentais na perspectiva de uma sua associação *amigável*. Nesse plano, para além do reconhecimento da dignidade como fundamento dos direitos fundamentais, abordámos criticamente duas de entre as possíveis formas de um relacionamento *amigável*: a ideia de que a dignidade constitui o conteúdo normativo dos direitos fundamentais – e, nesse sentido, sobrepõem-se ou identificam-se os dois termos – e a ideia de que há um direito fundamental à dignidade.

Como vimos, suscitando-se aí a questão da eventual relação de independência ou de consumpção entre os dois termos quando ambos se encontram do lado do favorecimento de bens como a autonomia, a liberdade e o bem-estar individuais e são invocáveis nessa perspectiva, concluímos, em geral, pela vantagem de consideração da dignidade da pessoa humana como princípio que, mantendo relações estreitas com os direitos fundamentais, só adquire uma relevância jurídica condizente com a sua natureza de princípio supremo de Estado de Direito quando é considerado

com autonomia, como comando susceptível de desenvolver um conteúdo normativo autónomo.

Veremos ainda, posteriormente, que a mesma conclusão sairá reforçada quando abordarmos as principais manifestações de aplicação jurídica da dignidade da pessoa humana *ao lado dos direitos fundamentais*, isto é, quando o princípio é utilizado enquanto parâmetro de verificação da eventual constitucionalidade de restrições impostas a direitos fundamentais, seja como instrumento de controlo da admissibilidade das razões invocadas pelos poderes públicos para fazerem ceder os direitos fundamentais, seja como *limite aos limites* em sentido estrito¹²².

Entende-se nestas duas modalidades, e utiliza-se a dignidade humana em conformidade, que quando as autoridades públicas pretendem limitar os direitos fundamentais têm de apresentar razões que não contradigam as exigências da dignidade da pessoa humana e, mesmo quando podem apresentar razões legítimas, a forma, a medida e o alcance da limitação têm igualmente de respeitar e observar aquelas exigências.

Ora, para poder desempenhar com efectividade esse papel de parâmetro de controlo que vá para além de uma utilização puramente retórica ou ritual, a dignidade da pessoa humana tem de apresentar um conteúdo normativo próprio, autónomo.

Porém, se é assim, ou seja, se a dignidade humana, como princípio constitucional, tem um sentido normativo independente dos direitos fundamentais, então nada garante que a dignidade não possa ser igualmente invocada e aplicada *contra* os direitos fundamentais, apoiando, no conflito jurídico que é chamada a resolver, posições ou argumentos de sentido contrário a direitos fundamentais igualmente invocados na situação em causa.

b) De resto, na medida em que a dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado de Direito e, neste tipo histórico de Estado, embora sejam considerados garantias jurídicas *fortes*, por isso de nível constitucional, os direitos fundamentais são também concebidos como susceptíveis de serem limitados em função da necessidade de prossecução de outros bens, interesses e valores igualmente dignos de tutela jurídica, então a dignidade da pessoa humana, podendo ser consequentemente invocada

¹²² Cf. *infra*, capítulo VIII.

em apoio da realização desses outros bens carentes de protecção em Estado de Direito, é igualmente convocável com esse outro sentido, o de fundamento da admissibilidade de imposição de restrições aos direitos fundamentais.

De facto, e sempre que os direitos fundamentais não vêm constitucionalmente consagrados na forma de regra com carácter definitivo e absoluto – e esse é um tipo de acolhimento excepcional em qualquer Constituição –, eles apresentam-se como garantias jurídicas *sui generis*, modernamente caracterizadas como tendo uma natureza *principiológica*, com um sentido normativo frequentemente vago, genérico, de percepção não inequívoco quanto às consequências jurídicas efectivamente impostas ou comportadas.

De normas como “todos têm liberdade de expressão”, “todos têm direito a uma habitação condigna”, “a vida humana é inviolável”, não é possível perceber, com certeza e segurança jurídicas, aquilo que é permitido, que é proibido ou que é exigido nas várias situações conflituais da vida real em que aqueles direitos fundamentais são invocáveis e que deverão ser judicialmente reguladas com base, directa ou indirecta, naquelas normas constitucionais.

Por outro lado, para além da consequente dificuldade das operações tendentes à determinação do respectivo conteúdo normativo, há ainda a elevada complexidade que resulta do facto de, simultaneamente, os direitos fundamentais constituírem garantias jurídico-constitucionais *fortes*, furtadas à disponibilidade do Estado e oponíveis à maioria e aos titulares conjunturais do poder, mas serem também garantias que, em contrapartida, podem ter de ceder no confronto ou na colisão com outros bens, valores, interesses ou direitos. Dir-se-ia, assim, que os direitos fundamentais são dotados, por natureza, de uma reserva geral imanente de ponderação com outros direitos, princípios, bens ou valores cuja igual necessidade e dignidade de protecção aconselha ou exige compromisso, compatibilização, cedência ou possibilidade de derrogação recíprocos.

Ora, como se referiu, a dignidade da pessoa humana desempenha, num contexto de potencial conflitualidade ou de tensão entre diferentes valores materialmente constitucionais, um papel de parâmetro ou de critério orientador das ponderações que aí necessariamente se realizam,

desenvolvendo, nesse papel, e relativamente à eventual prevalência dos direitos fundamentais, funções de sentido divergente ou até oposto. Assim, para além de um papel *neutral*, a dignidade pode assumir, relativamente à realização dos direitos fundamentais e à sua concretização quotidiana na ordem jurídica, funções de natureza *emprenhada*, mas potencialmente divergente, mais concretamente, entrando *em jogo ao lado* dos direitos fundamentais potencialmente ameaçados por uma eventual restrição, mas também *contra* os direitos fundamentais, designadamente, quando vem em apoio de bens, valores ou interesses que se opõem aos direitos fundamentais em causa.

c) Importa-nos, agora, a invocação da dignidade humana enquanto fundamento autónomo e directo da restrição de direitos fundamentais. Já não se trata apenas da sua susceptibilidade para vir em apoio de cada uma das partes em confronto num conflito de direitos fundamentais, mas também da possibilidade de a dignidade humana surgir como fundamento único ou principal de justificação objectiva de uma restrição a um direito fundamental actuada pelos poderes públicos.

Ou seja, pode suceder que o Estado pretenda limitar um direito fundamental, restringir as possibilidades de exercício de um direito fundamental ou proibir mesmo o seu exercício em nome da protecção da dignidade humana, seja esta assumida enquanto valor objectivo, sem referência a uma pessoa concreta e determinada – sem haver, se se quiser, uma vítima identificável –, seja ela perspectivada como dignidade humana de outros titulares de direitos fundamentais ou mesmo enquanto dignidade humana do próprio titular do direito fundamental em questão.

1.1. Os riscos da utilização da dignidade humana como fundamento de restrição de direitos fundamentais

a) No último capítulo percorremos modalidades de utilização da dignidade da pessoa humana que, de alguma forma, podemos considerar retóricas ou redundantes, na medida em que do princípio jurídico da dignidade não se retiravam outras consequências que não fossem igualmente proporcionadas por outras normas constitucionais, designadamente, as normas de direitos fundamentais. Nessa altura, uma tal identi-

ficação de planos traduzia-se ainda, a nosso ver, num uso potencialmente inflacionário da dignidade humana, já que o conceito poderia ser chama- do a regular toda e qualquer questão de direitos fundamentais.

Redundância e inflação resultam, objectivamente, não apenas em banalização do princípio e em consequente enfraquecimento da sua força normativa, mas também em tendencial inibição das virtualidades de aplicação e desenvolvimento da dignidade da pessoa humana enquanto princípio jurídico-constitucional estruturante de Estado de Direito com um significado normativo autónomo.

b) Já na modalidade de utilização da dignidade da pessoa humana que agora consideramos, o tipo de riscos que podem surgir de uma utilização inadequada da dignidade da pessoa humana enquanto princípio constitucional apresenta um sentido radicalmente distinto.

Com efeito, ao contrário daquelas outras modalidades de utilização da dignidade que diluíam o seu conteúdo no próprio conteúdo dos direitos fundamentais e nessa dispersão acabavam por debilitar a respectiva força normativa, atribui-se agora à dignidade da pessoa humana um conteúdo normativo *forte*, densamente preenchido e com um alcance contundente em termos de consequências jurídicas práticas, tanto mais quanto resulta em justificação da afectação negativa ou desvantajosa de direitos fundamentais.

Essa nova modalidade de utilização é objectivamente possível porque, a partir do momento em que logrou consagração nos textos constitucionais, a dignidade da pessoa humana, enquanto valor constitucional objectivo, passou a desenvolver potencialmente efeitos jurídicos restritivos da liberdade individual em diferentes planos normativos.

Por um lado, a dignidade é susceptível de uma invocação tendente à inviabilização, por inconstitucionalidade, de opções políticas do legislador ordinário que eventualmente tenham favorecido interesses de liberdade jusfundamentalmente protegidos. Ou seja, procedendo o legislador democrático a ponderações entre bens que resultam na prevalência ou na precedência de uns relativamente aos outros, a dignidade da pessoa humana pode ser posteriormente convocada como eventual fundamento de anulação dessas opções por suposta inconstitucionalidade.

Por outro lado, em situações de silêncio da lei, o princípio da dignidade passou igualmente a ser convocável enquanto fundamento de im-

posição ao legislador democrático de obrigações legiferantes, normalmente de cariz proibicionista, e que não raramente exigiriam mesmo a criminalização de comportamentos individuais que, de outra forma, sem o constrangimento imposto pela observância desse princípio, estariam dentro do perímetro da liberdade geral de acção admitida numa sociedade democrática.

Por último, mesmo sem correspondente previsão legal, a dignidade da pessoa humana é igualmente invocada como fundamento directo e imediato de intervenções restritivas em direitos fundamentais, actuadas tanto pela Administração como pelo poder judicial.

Portanto, comparativamente às modalidades de utilização redundante da dignidade da pessoa humana atrás abordadas, esta já é uma utilização *conflictual* e contundente, na medida em que, não apenas convoca a dignidade da pessoa humana enquanto constrangimento do legislador democrático, como, nesse mesmo contexto, dirige potencialmente a dignidade da pessoa humana contra modalidades específicas de exercício de direitos fundamentais de outra forma lícitas, ou seja, ela surge aí como fundamento de restrições, juridicamente controversas, de direitos fundamentais.

c) Em princípio, nada há de surpreendente ou, ainda menos, de intrinsecamente contraditório com a natureza de um Estado de Direito constitucional quando, na vida jurídica, a dignidade não vem utilizada *ao lado* dos direitos fundamentais, ou seja, enquanto apoio ou reforço de posições jurídicas protegidas por direitos fundamentais. Em Estado de Direito, que está obrigado a respeitar os direitos fundamentais, mas também a protegê-los e a promovê-los, a necessidade de proteger a autonomia, a liberdade e o bem-estar pode obrigar os poderes públicos a limitar, a condicionar e até a proibir modalidades de exercício de direitos de que resulte uma ameaça para outros bens ou para outros direitos.

Nesse mesmo contexto, condutas de particulares, em princípio protegidas por normas de direitos fundamentais, podem ameaçar a dignidade de outras pessoas, pelo que, quando eventualmente proíbem ou sancionam esses comportamentos individuais, os poderes públicos invocam, legitimamente, a necessidade de protecção da dignidade da pessoa humana e, com esse alcance, recorrem ao conceito enquanto fundamento de limitação de direitos fundamentais.

Nesse sentido, não se pode excluir, sem mais, a hipótese de uma utilização justificada da dignidade da pessoa humana *contra* direitos fundamentais, ou seja, uma utilização em que o conceito de dignidade vem invocado enquanto fundamento de restrição necessária e adequada de direitos ou de modalidades de exercício concreto de direitos fundamentais.

Por exemplo, num contexto social de eclosão de conflitos raciais ou de assédio racista a um grupo particular, a especial debilidade ou fragilidade do grupo minoritário perante a pressão avassaladora de preconceitos, ideologias ou sentimentos maioritários pode perfeitamente justificar a restrição pontual, por exemplo, da liberdade de manifestação cujo exercício, naquelas circunstâncias, degenera facilmente em violência contra esse grupo e estimula uma atitude social de humilhação e degradação da sua imagem.

Numa situação dessas, se o Estado permanecesse inerte perante a iminência da agressão, essa abstenção de protecção por parte do Estado caucionaria, de forma incompatível com a dignidade humana, as ameaças contra a imagem social e a própria sobrevivência, em condições condignas, do grupo e dos indivíduos que o integram. Então, e de uma forma legítima, a dignidade poderia ser aí invocada como justificação da intervenção restritiva em direitos fundamentais – no caso, a liberdade de manifestação ou de expressão a ela associada.

d) Assim, independentemente da respectiva contundência, se fosse possível retirar do princípio, não apenas um conteúdo normativo autónomo, mas, simultaneamente, consensualmente reconhecido, partilhado por todas as correntes de pensamento que se inscrevem num círculo de pluralismo razoável de Estado de Direito, então, mesmo quando a utilização do princípio envolvesse a limitação de direitos fundamentais, nada haveria aí de problemático e o risco de utilização inadequada do princípio da dignidade da pessoa humana seria negligenciável.

A situação já é completamente diversa, no entanto, quando se pretendem extraír consequências normativas relevantes, que podem envolver, por exemplo, o condicionamento da livre decisão do legislador democrático ou a proibição do exercício de modalidades de liberdade de acção que, de outra forma, seriam consideradas lícitas, e isso é feito à luz de um sentido de dignidade com um conteúdo forte, mas, em simultâneo, materialmente controverso, disputado, conflitual, em que só uma parte da nossa sociedade se revê.

Ora, se tivermos em conta que, normalmente, não é possível retirar do princípio da dignidade da pessoa humana um sentido normativo claro e inequívoco, uma contundência prática com esta grandeza gera, inevitavelmente, reacção, disputa e, objectivamente, uma significativa inseguurança jurídica¹²³.

É que se a dignidade da pessoa humana é invocável em cada problema de direitos fundamentais, mas, simultaneamente, há grande dificuldade em determinar o sentido preciso do princípio; se, dentro daquele vasto conjunto de valores com que identificamos a dignidade da pessoa humana, é possível *seleccionar*, para cada caso, um diferente valor orientador da decisão (a liberdade individual ou a segurança jurídica, a igualdade ou a autonomia individual, os deveres de protecção estatais ou a autodeterminação); se, consoante se coloque a tónica da *dignidade* num ou outro daqueles valores, variamos, correspondentemente, o sentido da decisão; se valores como “o respeito e consideração devidos a cada ser humano” podem ser preenchidos com os mais diferentes conteúdos, então desenvolvem-se naturalmente riscos de utilização do princípio que remetem para a possibilidade e a probabilidade de manipulação e instrumentalização *interessadas* da dignidade da pessoa humana com um sentido não comportado pelos quadros de pluralismo, inclusão e respeito pela diversidade próprios de um Estado de Direito democrático.

Portanto, tal como foi possível distinguir atrás, na utilização da dignidade entendida enquanto reforço da autonomia individual, várias possibilidades de conceber o relacionamento entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, assim também encontramos na utilização da dignidade entendida como *constrangimento*¹²⁴, como restrição de au-

¹²³ Cf., a propósito, C. MCCRUDDEN, “Human dignity and judicial interpretation of human rights”, *cit.*, págs. 702 e segs, ilustrando diferentes situações em que tribunais de diferentes países fazem uma utilização, muitas vezes controversa, da dignidade contra o exercício de direitos de autonomia e de liberdades individuais (são comuns, entre muitos outros, casos de limitação de liberdades na luta contra o terrorismo, de recusa do suicídio auxiliado, de proibição de pornografia para protecção das mulheres como grupo, de censura de opiniões negadoras do holocausto, de proscrição da linguagem de ódio, de proibição de recurso a modalidades de procriação auxiliadas clinicamente, de proibição de pesquisa científica sobre células estaminais embrionárias).

¹²⁴ Abordaremos desenvolvidamente no terceiro e quarto volumes esta distinção, salientada por BEYLEVELD/BROWNSWORD, entre *dignidade* como *empowerment* (reforço da autonomia, empoderamento individual) e *dignidade* como *constraint* (constrangimento, afectação da auto-

tonomia, utilizações legítimas e utilizações controversas ou até abusivas do conceito.

e) Frequentemente, em grande parte das inúmeras situações conflituais vividas nas nossas sociedades e para cuja solução se apela à dignidade da pessoa, este princípio vem invocado como se fosse algo de reconhecimento óbvio, pacífico, consensual, como se fosse algo de naturalmente estabelecido e, por isso mesmo, intuitivamente reconhecível.

No entanto, raramente essa expectativa de inequivocidade e certeza encontra correspondência na realidade da vida jurídica quotidiana. Mesmo em situações em que o sentido normativo extraído do princípio da dignidade da pessoa humana aparenta ser consensual, um aprofundamento da discussão rapidamente faz claudicar as certezas tidas à primeira vista como indiscutíveis.

O chamado *caso do anão*, que abordamos desenvolvidamente no ponto seguinte, é, a este título, exemplar. Um pseudo-divertimento que consiste numa competição entre os clientes de uma discoteca que, entre si, disputam a vitória no *lançamento* à distância de um anão é quase unanimemente considerado como espectáculo degradante, violador da dignidade.

Porém, se for o próprio anão a reagir judicialmente contra a proibição desse espectáculo, a que livre e conscientemente tinha consentido, e invocando, também, a violação da sua dignidade pelo facto de, com a proibição do "espectáculo", o Estado o *lançar* objectivamente numa situação persistente de desemprego, instala-se a dúvida sobre saber onde está, no caso, a violação da dignidade: no *lançamento* do anão pelos participantes no dito espectáculo ou no *lançamento* do anão para o desemprego por parte das autoridades públicas que o proibiram.

Vários outros exemplos vividos nas nossas sociedades em que, tal como acontecia no *caso do anão*, a instrumentalização ou a mercantilização de seres humanos é socialmente mais chocante, confirmam as dúvidas jurídicas atrás assinaladas.

Em inúmeras situações conhecidas de exploração comercial do corpo da mulher, como na prostituição, a afectação da dignidade da pessoa humana parece pacificamente reconhecível, na medida em que se apresen-

nomia individual). Cf. BEYLEVELD/BROWNSWORD, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford, 2001.

tam como exemplos de mercantilização, de degradação e de coisificação humanas tidas como incompatíveis com a ideia de dignidade da pessoa. Porém, uma apreciação mais atenta do problema revela, imediatamente, a falta de consistência de um conceito de dignidade simplesmente assente em intuição moral.

Mesmo sem remeter para a dificuldade que se introduz quando se considera a questão de existência de um consentimento consciente, livre e informado na base daqueles comportamentos de exploração comercial do corpo da mulher, a comparação com outro tipo de actividades pacificamente admitidas e até estimuladas socialmente revela que, muitas vezes, a rejeição associada a pretensas ofensas à dignidade da pessoa é motivada, pura e simplesmente, por um preconceito social ou cultural que constitui a verdadeira razão de ser da valoração subjacente.

Uma *stripteaser* que explora comercialmente a exibição do seu corpo, eventualmente por razões de sobrevivência, num bar de aspecto e de frequência duvidosos é *apontada* como desenvolvendo uma actividade vulgarmente caracterizada como atentatória da dignidade da pessoa humana. Porém, uma jovem modelo da indústria da moda, que faz objectivamente algo de substancialmente semelhante no que respeita à mercantilização e exploração comercial e apelativa do seu corpo, mas o faz num ambiente glamoroso, sofisticado e sob os holofotes das câmaras, é apresentada como exercendo uma profissão digna e, por isso mesmo, *modelo* a ser seguido e emulado.

Um fiel religioso que martiriza o corpo para expiação dos pecados ou por outra motivação afim, mesmo quando provoca a si mesmo danos sensíveis, tem o comportamento socialmente justificado; alguém que, por outro tipo de razões, se apresente com *piercings* chocantes ou que arrisque a integridade física, por exemplo, numa prática de desporto radical, pode ver o seu comportamento censurado em nome da dignidade da pessoa humana.

Assim, na imensidão de ocorrências comuns potencialmente configuráveis, no nosso tempo, como ofensas à dignidade, encontramos outros tantos exemplos de atitudes que deveriam permanecer exclusivamente dependentes das concepções do próprio e das suas decisões autónomas e relativamente às quais se pode sustentar deverem estar isentas de qualquer censura jurídica, independentemente da rejeição ou da adesão social, moral ou religiosa que concitem, exactamente sob pena de tal intrusão externa ser atentatória do princípio da dignidade da pessoa humana.

f) Diga-se, no entanto, que a variabilidade de valorações e a controvérsia subjacente nada têm, em si mesmas, de inédito ou, sequer, de surpreendente. É natural que as pessoas divirjam, que haja valorações morais diferenciadas ou opostas incidindo sobre o mesmo comportamento e, dir-se-ia, tal diversidade é, não apenas inevitável e insuperável, como intelectualmente estimulante e, a prazo, enriquecedora.

Igualmente natural é que as pessoas pugnem pela adopção de conceções e de comportamentos que consideram mais ajustados, convenientes ou aceitáveis e que, quando inseridas em correntes de pensamento, associações ou confissões religiosas, tenham uma posição de grupo sobre as questões que consideram moralmente relevantes. Também é pacificamente aceitável que, nessa eventualidade, actuem de acordo com orientações internamente assumidas em função da adesão a regras e princípios próprios e, também, não apenas que procurem convencer os outros da justeza das suas opiniões, como ainda, quando se vive numa sociedade democrática, que procurem que essa venha a ser a posição maioritária e democraticamente assumida pela sociedade.

Mas, é também e sobretudo nessa altura que o referido risco de manipulação *partidarizada* da dignidade da pessoa humana atinge o ponto crítico, ou seja, quando, a partir de convicções próprias ou grupais sobre o que deve ser a *vida boa*, se pretende passar para a sua imposição como modelo a ser seguido por toda a sociedade e, mais ainda, quando, no domínio em que nos movemos, se procura capturar o aparelho jurídico e coactivo do Estado para garantir legalmente essa imposição a todos os outros que não pensam do mesmo modo, recorrendo mesmo, para o efeito, ao Direito penal.

Ora, o risco transforma-se em realidade de utilização inadequada do conceito quando a prevalência dessas concepções surge justificada, não em argumentação racional demonstrativa da sua justeza, mas vem simplesmente apresentada como pretensa expressão das exigências *naturais*, e como tal irrefutáveis ou indiscutíveis, da dignidade da pessoa humana.

2. Dignidade objectiva contra autonomia individual – o caso do *lançamento de anão*

Há, nas últimas décadas, e em diferentes ordens constitucionais, inúmeros casos submetidos a decisão judicial em que os tribunais, sem apoio em lei prévia, decidem situações complexas intervindo restritivamente no exercício de liberdades e direitos individuais – de outra forma de exercício lícito, não legalmente vedado – com o fundamento directo e exclusivo na dignidade humana.

A doutrina tem tratado sobejamente essas situações, ressaltando frequentemente o carácter controverso e insustentado de grande parte delas, sobretudo quando ostensivamente se fundam em premissas ideológicas particulares ou em opções axiológicas não generalizadamente partilhadas, e muito menos consensuais, quanto ao sentido a atribuir ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Mas a situação que agora consideramos como ilustração do carácter controverso deste tipo de utilização da dignidade da pessoa humana *contra os direitos fundamentais*, o chamado caso do *lançamento de anão* (*lancer de nain*), é normalmente apresentada como exemplo em que a lesão da dignidade, na perspectiva de coisificação da pessoa, é tão evidente que, à primeira vista, surge como situação pacífica de utilização do princípio enquanto fundamento legítimo, directo e exclusivo de intervenção restritiva em direitos fundamentais.

Cabe assinalar que, tratando-se de situação envolvendo o consentimento livre e esclarecido do participante, o respectivo enquadramento teórico só será cabalmente desenvolvido e discutido no quarto volume, quando considerarmos, a título principal, a questão da relevância da anuência autonomamente decidida da suposta vítima de actuação que, de outra forma, isto é, sem consentimento, seria inequivocamente considerada como violação da dignidade. Porém, pela forma como permite evidenciar a discrepância entre uma primeira impressão intuitiva de pretensa violação e as dúvidas que, numa análise mais aprofundada, se revelam em toda a sua complexidade, o que ocorre frequentemente nas situações em que o argumento da dignidade surge invocado dos dois lados do conflito, consideramo-la já aqui preliminarmente.

2.1. O caso do anão violador

a) No início

rial promovia c

que consistia r

te dos partici

física daquel

pamento ade

Na obser

cês sobre p

este lança

proibido y

decisões c

administ

dos nem

pública

Toda

admini

-sur-O

dignid

públic

âmbi

2.1. O caso do anão como aparente situação exemplar de coisificação violadora da dignidade da pessoa humana

a) No início dos anos 90 do século passado, uma sociedade empresarial promovia comercialmente, em França, um espectáculo em discotecas que consistia num concurso de projecção à distância de um anão por parte dos participantes, ainda que em circunstâncias em que a integridade física daquele era devidamente assegurada através de protecções e equipamento adequados¹²⁵.

Na observância e aplicação de circular de Ministro do Governo francês sobre proibição de tratamentos desumanos ou degradantes, em que este *lançamento de anões* era especialmente mencionado, o espectáculo foi proibido por várias autoridades administrativas municipais através de decisões que, todavia, acabariam por ser, a seguir, anuladas por tribunais administrativos (consideravam estes não haver nos espectáculos proibidos nem a alegada violação da ordem pública – na dimensão de moral pública – nem da dignidade humana).

Todavia, decidindo em recurso interposto destas decisões judiciais administrativas, o *Conseil d'État*, em 1995 (caso *Commune de Morsang-sur-Orge*), anulou essas decisões em nome da garantia do princípio da dignidade da pessoa humana associado neste contexto à ideia de *ordem pública*¹²⁶ (em consequência, o conceito de *ordre public* veria, assim, o seu âmbito normativo ampliado para além daquilo que era a conformação

¹²⁵ O espectáculo foi na mesma época replicado noutras latitudes, designadamente nos Estados Unidos e na Nova Zelândia, aí já enquanto concurso *desportivo*, com estruturação de uma competição em diferentes sessões e atribuição de prémios monetários aos vencedores. Cf. ROBERT McGEE, "If dwarf tossing is outlawed only outlaws will toss dwarfs: is dwarftossing a victimless crime?" in *The American Journal of Jurisprudence*, 1993, págs. 335 e segs; C. LEGET/P. BORRY/R. DE VRIES, "Nobody tosses a dwarf! The relation between the empirical and the normative reexamined" in *Bioethics*, 2009, 4, pág. 227.

¹²⁶ Note-se que o princípio da dignidade da pessoa humana não consta expressamente da Constituição francesa, mas foi reconhecido pelo *Conseil Constitutionnel* em 1994, no âmbito da apreciação da constitucionalidade de leis francesas no domínio da biomedicina, como estando implicitamente reconhecido no Preâmbulo da Constituição de 1946. Porém, diferentemente da presente utilização do conceito de dignidade humana por parte do *Conseil d'État*, nesse outro contexto o *Conseil Constitutionnel* adoptara um entendimento do princípio num claro sentido de reforço da livre autonomia individual. Cf. OLIVIER CAYLA, "Le coup d'État du Principe de Dignité de la Personne Humaine", Paris, 2004, págs. 45 segs.

tradicionalmente consolidada do seu conteúdo, até então expresso na trilogia da *sûreté, sécurité, salubrité* a que, entretanto, já se fizera acrescer a *moralité*)¹²⁷.

b) Diga-se que, numa primeira impressão, é difícil encontrar um exemplo mais intuitivamente ilustrativo da utilização do princípio da dignidade da pessoa humana à luz da fórmula kantiana do *objecto*, já que a *coisificação* e degradação do anão parecem aqui evidentes: ele é cruelmente tratado naquele espectáculo como se fosse uma coisa, um *peso* a ser lançado, e, para além disso, a perversidade dos participantes é ultrajante, na medida em que o divertimento advém, mesmo, da consciência e da intenção de tratar deliberadamente uma pessoa como se fosse uma coisa.

Portanto, quando se procura um exemplo prático para ilustrar o sentido e a utilidade da dignidade da pessoa humana enquanto princípio jurídico, este caso surge como um *clássico* do nosso tempo: a rejeição moral, intuitiva, que um espectáculo deste tipo gera apela à intervenção do Direito e, numa situação em que não existia prévia proibição legal deste género de espectáculos, nem era invocável um direito fundamental específico ou a violação de outro princípio jurídico directamente aplicável, o recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana surge como via adequada e efectiva de resolução da questão jurídica.

Seria, nesse sentido, um exemplo de como se justificaria amplamente a restrição de direitos fundamentais (no caso, o direito ao trabalho, a liberdade de escolha da profissão e a liberdade de iniciativa económica privada) em nome da protecção da dignidade da pessoa humana, fosse a dignidade entendida como valor objectivo da ordem jurídica, fosse invocada como dignidade de um grupo (no caso, o grupo dos anões) ou, ainda, como dignidade do próprio anão envolvido, que, independentemente de qual fosse a sua decisão autónoma, deveria ser protegido contra si próprio.

2.2. As dúvidas sobre a dignidade da pessoa humana

a) No entanto, é preciso demonstrar que a dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental jurídico. Desde logo, é necessário que, afinal, seja reconhecido que a dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental jurídico.

Salienta-se que, no entanto, é preciso demonstrar que a dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental jurídico.

b) Um princípio fundamental jurídico é aquele que ao cumprir a sua função social da melhor forma possível, é o primeiro a ser protegido no arreio de outras normas.

Com efeito, a causa é particular

¹²⁷ Cf. M. ROSEN, *Dignity*, cit., págs. 64 e seg.

2.2. As dúvidas emergentes da invocação da dignidade contra a livre decisão autónoma do participante

a) No entanto, a primeira impressão de consenso e de aparente demonstração prática da razão de ser da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento jurídico-constitucional da restrição de direitos fundamentais rapidamente se dissipa quando se aprofunda o enquadramento jurídico do caso e a sua complexidade irrompe inesperadamente.

Desde logo, há um primeiro sinal de perturbação quando se verifica que, afinal, a dignidade da pessoa humana foi invocada pelos dois lados da contenda: pelos poderes públicos – Governo, Administração e *Conseil d'État* – que consideravam o espectáculo em si mesmo degradante e violador do princípio, mas também pelo interessado, o anão, que imputava ao Estado a violação da sua dignidade, na medida em que, em nome de concepções morais, de ordem pública ou de dignidade que ele não partilhava e que supostamente se destinavam a protegê-lo, os poderes públicos o privavam do único emprego ao seu alcance e impediam-no de viver uma vida honesta, em autodeterminação e liberdade individual.

Saliente-se, até, que quem suscitou a intervenção da jurisdição de Estado de Direito foi o anão em causa, Manuel Wackenheim, quando requereu a anulação jurisdicional da decisão administrativa que tinha proibido o espectáculo, alegando – tal como fez quando, a seguir, recorreu também para as instâncias internacionais de protecção dos direitos humanos – discriminação e violação da sua dignidade de pessoa humana por facto de as autoridades lhe inviabilizarem, por muitos anos, a sua única possibilidade de ter um emprego sobre o qual pudesse sustentar uma vida autodeterminada.

b) Uma reapreciação mais atenta do caso evidenciará, por outro lado, que ao contrário da primeira impressão, não é a *coisificação* em que se traduz o acto de arremesso que acaba por ser determinante na solução judicial da questão, ou seja, ela não foi decidida, como poderia resultar numa primeira análise, com base na pura e simples identificação da coisificação do arremessado com violação da dignidade.

Com efeito, o problema de dignidade só surge porque a pessoa em causa é um anão. Fosse o arremessado uma pessoa sem aquele traço particular e que livremente consentisse no espectáculo e a eventual violação

da dignidade nem teria sido suscitada pelas autoridades administrativas que o proibiram nem pelas entidades jurisdicionais que apoiaram essa decisão.

Tal é facilmente comprovado quando se tem em conta que espectáculos e divertimentos do mesmo tipo e de consequências potencialmente mais graves são correntemente admitidas e até apoiadas; uma actividade como o pugilismo profissional, que tem como meio legítimo agredir violentamente o adversário até o tornar incapaz de permanecer de pé, mesmo se com isso se lhe pode provocar, como acontece, a própria morte, é um exemplo típico.

De resto, num paralelo ainda mais próximo do *lançamento do anão*, é comum e admitido, sem reservas, o espectáculo circense do *homem-bala* que se faz projectar de um canhão. Nem, em geral, se suscitem objecções ao espectáculo nem, muito menos, a dignidade da pessoa humana é alérgada para reivindicar a proibição desta prática ou do espectáculo.

Logo, se o *Conseil d'État* via no contrato celebrado pelo anão uma ofensa da *ordem pública* por falta de respeito à sua própria dignidade quando aceitou ser transformado em objecto de arremesso, não teria como justificar a admissibilidade do espectáculo do *homem-bala* já que, naquela lógica, quando este anuía na projecção e na inerente coisificação – funciona pura e simplesmente como um projéctil – não estaria a desrespeitar menos a sua própria dignidade.

Fica, então, patente que a degradação e ofensa à dignidade da pessoa humana não resulta da coisificação em si, uma vez que não haveria nada de errado no acto de lançamento de uma pessoa, pressupondo, obviamente, que há consentimento, que há protecção da integridade física e que o arremessado tem, através da sua vontade e disponibilidade, o controlo da situação. Aquilo que, de facto, repugna na situação em causa não é a coisificação em abstracto, mas sim a coisificação específica de um anão, o facto de o arremessado ser afectado de nanismo.

c) Porém, se a ofensa à dignidade advém dessa particularidade, e só dela, como se pode sustentar que há *degradação* quando o próprio não se sente degradado e, ao contrário, reivindica, inclusivamente no plano judicial, o direito a envolver-se naquela actividade?

Ou seja, se fosse uma pessoa sem o traço particular do nanismo a ser arremessada, mas contra a sua vontade, haveria certamente violação

da dignidade da pessoa humana por evidente coisificação e degradação incompatível com o estatuto de pessoa. Porém, só por si, o consentimento livre e consciente do próprio seria suficiente para afastar, nesse caso, a existência de violação da dignidade (vejam-se os casos do referido *homem-bala* ou dos espectáculos de *wrestling*).

Mas, nessa altura, por que não pode funcionar de forma análoga o consentimento no caso do anão? Por que razão o consentimento do anão deve ser menos valorizado que o consentimento do *homem-bala* ou de um lutador de *wrestling*?

Haverá, certamente, pessoas para quem um tal espectáculo (arremesso como objecto, ou como projétil, de uma qualquer pessoa humana) é visto como indigno, mesmo havendo consentimento do próprio, tal como, no mesmo plano, as mesmas ou outras pessoas podem considerar indigno um *peep-show*, um espectáculo de *striptease* numa discoteca ou um *reality show* transmitido por uma estação televisiva.

Em todo o caso, já não parece adequado ou, pelo menos, tão simplesmente aceitável que o Estado assuma um tal conceito particular de dignidade da pessoa humana e, sobretudo, o imponha contra o consentimento e a autodeterminação dos interessados¹²⁸, com o que estaria a confundir o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana com a simples opinião, concepção ou preconceito moral ou social de um grupo particular ou, eventualmente, da própria maioria.

Por que se deveria, então, na mesma situação objectiva, relevar o consentimento de uma qualquer pessoa como causa de exclusão da violação do princípio da dignidade da pessoa humana e não se deveria também, para o mesmo efeito, relevar o consentimento só por facto de se tratar de um anão? Não constituiria, nessa altura, o paternalismo do *Conseil d'État* relativamente ao anão¹²⁹, e só a ele, um acto discriminatório e de violação da sua dignidade, precisamente porque o anão é tratado diferentemente de qualquer outra pessoa?

¹²⁸ Cf. S. HENNETTE-VAUCHEZ, "When ambivalent principles prevail: leads for explaining western legal orders' infatuation with the human dignity principle" in *Legal Ethics*, 2007, 2, págs. 205 e seg.

¹²⁹ Cf. BEYLEVELD/BROWNSWORD, *Human Dignity...*, cit., pág. 26.

2.3. Pode o dever estatal de protecção da dimensão objectiva da dignidade de um grupo prevalecer sobre a autonomia individual?

a) Dir-se-ia, e bem, que no caso do anão há outras razões que podem aconselhar a proibição: permitir espectáculos deste tipo degrada objectivamente a imagem social dos anões, diminui a sua auto-estima e estimula a criação ou manutenção de preconceitos sociais contra o grupo, na medida em que induz ou *normaliza* a respectiva consideração como *filhos de um Deus menor*.

Dir-se-ia que não seria sequer um problema específico dos anões, já que o mesmo risco de degradação objectiva da imagem existiria se os envolvidos se integrassem num qualquer outro grupo social ou culturalmente discriminado, desde que tal atributo estivesse, mesmo que subliminarmente, presente no espírito dos organizadores do espectáculo e nos participantes.

Ora, essas circunstâncias e consequências não são indiferentes para um Estado de Direito que tanto está obrigado a respeitar como a proteger. No mínimo, aquelas razões não podem deixar de ser tidas em conta, ou seja, a limitação das liberdades individuais (o direito ao trabalho do anão e a liberdade de iniciativa económica da empresa de diversão) poderia ser justificada no caso concreto com base na obrigação jurídica que o Estado tem de proteger essas pessoas, esse grupo.

b) Mas, nessa altura, se os argumentos contra este tipo de espectáculo fossem considerados preponderantes, então, à luz do princípio da separação de poderes próprio de Estado de Direito, caberia primariamente ao legislador, e não ao juiz, determinar a respectiva proibição.

Eventualmente poderia contestar-se a natureza excessiva de uma tal proibição legislativa no confronto com direitos fundamentais, como eram a iniciativa económica privada ou o desenvolvimento da personalidade, mas, qualquer que fosse o resultado da ponderação, deve reconhecer-se ao legislador uma margem de prognose e decisão sobre qual a melhor forma ou a mais adequada para protecção das pessoas. Porém, aí já nos encontramos num outro plano que não o que se verificou no caso *sub judice*, uma vez que, neste caso, o que tivemos foram decisões

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA CONTRA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS?
administrativas e judiciais tomadas sem o prévio e correspondente res-
paldo na lei¹³⁰.

c) Em todo o caso, a esta objecção pode responder-se com a força normativa directa e universal do princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, com a possibilidade da sua invocação independentemente de prévia mediação do legislador e quer estejamos perante relações Estado/indivíduo ou perante relações entre particulares.

Logo, a ausência de lei não determinaria a impossibilidade de o juiz assumir directamente a protecção dos interesses jusfundamentais e, por maioria de razão, da dignidade da pessoa humana à luz da teoria dos deveres de protecção¹³¹.

Porém, como veremos especialmente no segundo volume¹³², sendo a dignidade da pessoa humana invocável, em abstracto e ainda que excepcionalmente, contra decisões de autonomia individual, tal só seria admissível se, no caso concreto, o anão se tivesse colocado numa situação objectivamente denegridora do estatuto moral da pessoa humana ou em que tivessem anuladas ou irremediavelmente afectadas capacidades significativas de autodeterminação actual ou futura.

Nas circunstâncias do caso, não era, manifestamente, aquilo que ocorreria, pelo que, no fundo, o que o juiz fez foi, não a garantia da dignidade

¹³⁰ Por exemplo, também a prostituição ou a pornografia podem degradar objectivamente a imagem e auto-estima das mulheres ou a forma como alguns homens as vêem e não é por tal facto que, pelo menos na maioria dos Estados de Direito, se considera justificável a proibição de tais actividades em nome da dignidade da pessoa humana. Cf., assim, M. ROSEN, *Dignity*, cit., págs. 69 e seg.

Sobretudo, mesmo quando se admite que o legislador democrático possa proibir a respectiva prática, já não se admitiria que os tribunais, sem prévia autorização legal, o fizessem em nome da protecção da dignidade da pessoa humana.

Cf., todavia, como o Tribunal Constitucional da África do Sul considera a prostituição, enquanto comercialização do corpo, como violação da dignidade da pessoa humana. Cf. HENNETTE-VAUCHEZ, "A human dignitas? Remnants of the ancient legal concept in contemporary dignity jurisprudence", *cit.*, pág. 37; J. WALDRON, "Dignity, rights, and responsibilities", *cit.*, págs. 1131 e seg.

¹³¹ Cf. *supra*, cap. IV, 3.3. e J. REIS NOVAIS, "A intervenção do Provedor de Justiça nas relações entre privados" in *O Provedor de Justiça - Novos Estudos*, Provedoria de Justiça, Lisboa, 2008, págs. 273 e segs.

¹³² Cf. volume II, cap. III, 5 e cap. IV, 2 e 4.

da pessoa humana, mas a substituição constitucionalmente inadequada do papel do legislador na protecção de um grupo.

Não era, portanto, um argumento de defesa da dignidade da pessoa humana que poderia ser invocado (o confronto com a hipótese de o *arremessado* ser uma pessoa *comum* que tivesse consentido demonstra-o), mas sim a necessidade de protecção daquele grupo particular contra discriminações injustificadas; logo, estaria em causa, quando muito, não a dignidade da pessoa humana, mas um entendimento objectivo da ideia da *dignidade de grupos*¹³³.

2.4. Dever de protecção da dignidade e separação de poderes

a) Ainda assim, mesmo admitindo a lógica do dever de protecção do grupo, aquilo que o juiz tinha para resolver era, não o problema da protecção do grupo – que, na sua generalidade, seria primariamente uma tarefa do legislador, mas a situação concreta, da afectação individual da autonomia do anão numa dimensão essencial de organização da sua própria vida. A intervenção judicial de protecção, mesmo admitindo-a como excepcionalmente possível sem prévia habilitação do legislador, só poderia fazer-se a pedido da pessoa ou do grupo carente de protecção que, no caso, não era parte no conflito.

Ou seja, para além da contenção que deve informar toda a intervenção judicial num contexto de dever judicial de protecção de direitos fundamentais, na situação concreta a possibilidade de uma intervenção restritiva noutras direitos fundamentais decidida autonomamente pelo poder judicial, justificada com base nesse dever, era ainda mais problemática.

De facto, face ao consentimento livre, consciente e posteriormente reiterado do próprio, o juiz só podia invocar a necessidade prevalecente de protecção de interesses ou de direitos fundamentais de pessoas não directamente envolvidas na relação jurídica – basicamente o interesse público, a *ordem pública* ou os direitos dos outros anões – e, portanto, uma justificação estranha tanto à lógica da teoria dos deveres de protecção quanto à da chamada protecção contra si próprio¹³⁴.

¹³³ Cf. JEREMY WALDRON, "The dignity of groups", *cit.*, págs. 74 e segs.

¹³⁴ Note-se que, nesse sentido, o *caso do anão* é completamente diverso dos casos típicos da lógica dos deveres de protecção ou de protecção contra si próprio, como são, por exemplo, os

No caso concreto que cabia ao juiz decidir, ou seja, a procedência ou não do recurso do anão contra a proibição do espectáculo, aquilo que é discutível é, mesmo, a desconsideração judicial do consentimento do afectado, como constituindo um mero detalhe juridicamente irrelevante, por se considerar haver pretensa violação dos limites colocados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Mais, o anão não invoca apenas uma questão de autonomia, mas também um problema de sobrevivência, de direito a um trabalho, posto em causa pela proibição administrativa. Mas aí, surpreendentemente, o facto de a actividade ser remunerada foi considerada pelo *Conseil d' État*, não como factor que, na reclamação do anão, acrescia ao argumento da autonomia, mas antes como uma circunstância que agravava a condenação moral do seu comportamento¹³⁵.

b) Por outro lado, uma decisão judicial deste tipo pode, ela mesma, ser arguida de violação da dignidade, embora não pelos argumentos invocados pelo anão – que pressupunham uma visão abrangente e fluida do conceito de dignidade da pessoa humana, num sentido próximo da já criticada identificação do conceito com os direitos fundamentais, no caso concreto, o direito ao trabalho e a liberdade de iniciativa económica privada.

Violiação da dignidade da pessoa humana por parte do *Conseil d' État* pode ser deduzida do facto de nela se desvalorizar a vontade e a subjectividade do interessado, não por razões atinentes ao próprio ou às circunstâncias do caso, mas simplesmente por razões de *dar o exemplo* à sociedade de como não tratar um grupo. Ora, um tribunal que, para *dar o exemplo*, não olha para aquele anão concreto como individualidade com uma vontade, com autonomia e com um plano de vida próprios, não o está verdadeiramente a tratar como pessoa.

casos decididos pela jurisprudência constitucional alemã em que era o próprio, que em tempos havia dado o consentimento, que reivindicava posteriormente a intervenção protectora do Tribunal por facto de o cumprimento do contrato celebrado ameaçar a sua autodeterminação e dignidade (assim, nos anos noventa, os casos *Handelsvertreter*, contrato de não concorrência, e *Bürgschaft*, contrato de fiança, decididos pelo Tribunal Constitucional). No caso do anão, este não repudia o consentimento livre anteriormente dado, mas pretende exactamente o respeito desse consentimento.

¹³⁵ Cf. O. CAYLA, *loc. cit.*, pág. 126.

No caso concreto que cabia ao juiz decidir, ou seja, a procedência ou não do recurso do anão contra a proibição do espectáculo, aquilo que é discutível é, mesmo, a desconsideração judicial do consentimento do afectado, como constituindo um mero detalhe juridicamente irrelevante, por se considerar haver pretensa violação dos limites colocados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Mais, o anão não invoca apenas uma questão de autonomia, mas também um problema de sobrevivência, de direito a um trabalho, posto em causa pela proibição administrativa. Mas aí, surpreendentemente, o facto de a actividade ser remunerada foi considerada pelo *Conseil d' État*, não como factor que, na reclamação do anão, acrescia ao argumento da autonomia, mas antes como uma circunstância que agravava a condenação moral do seu comportamento¹³⁵.

b) Por outro lado, uma decisão judicial deste tipo pode, ela mesma, ser arguida de violação da dignidade, embora não pelos argumentos invocados pelo anão – que pressupunham uma visão abrangente e fluida do conceito de dignidade da pessoa humana, num sentido próximo da já criticada identificação do conceito com os direitos fundamentais, no caso concreto, o direito ao trabalho e a liberdade de iniciativa económica privada.

Violiação da dignidade da pessoa humana por parte do *Conseil d' État* pode ser deduzida do facto de nela se desvalorizar a vontade e a subjectividade do interessado, não por razões atinentes ao próprio ou às circunstâncias do caso, mas simplesmente por razões de *dar o exemplo* à sociedade de como não tratar um grupo. Ora, um tribunal que, para *dar o exemplo*, não olha para aquele anão concreto como individualidade com uma vontade, com autonomia e com um plano de vida próprios, não o está verdadeiramente a tratar como pessoa.

casos decididos pela jurisprudência constitucional alemã em que era o próprio, que em tempos havia dado o consentimento, que reivindicava posteriormente a intervenção protectora do Tribunal por facto de o cumprimento do contrato celebrado ameaçar a sua autodeterminação e dignidade (assim, nos anos noventa, os casos *Handelsvertreter*, contrato de não concorrência, e *Bürgschaft*, contrato de fiança, decididos pelo Tribunal Constitucional). No caso do anão, este não repudia o consentimento livre anteriormente dado, mas pretende exactamente o respeito desse consentimento.

¹³⁵ Cf. O. CAYLA, loc. cit., pág. 126.

Ou seja, o tribunal acolhe e assume um tipo de razões postergadas por uma visão constitucionalmente adequada do princípio da dignidade da pessoa humana. De facto, a consideração devida da pessoa como sujeito responsável impunha que a pessoa desse ser *julgada* e desvantajosamente afectada por facto de uma valoração negativa dos seus actos e não por facto de pertença a um grupo. Sobretudo, a pessoa não deveria ser utilizada, com desconsideração dos seus interesses, como simples meio de realização de fins a que é moralmente alheia – *dar o exemplo* –, isto é, não poderia servir como mero instrumento para atingir um fim que não é o seu e através de um meio que resulta em seu prejuízo, por mais nobre que seja esse fim, como era, no caso, a protecção dos anões enquanto grupo.

c) Portanto, mesmo nos casos à primeira vista mais extremos e evidentes de *coisificação*, a possibilidade de invocar argumentos de dignidade de um e do outro lado do conflito – numa acepção objectiva ou na acepção comum de dignidade da pessoa humana, em termos de dignidade de grupo ou de dignidade individual –, bem como a intervenção de um consentimento livre e consciente do próprio, podem transformar uma situação aparentemente simples em caso jurídico de grande complexidade.

Se partirmos da ideia de que o único argumento de dignidade válido, susceptível de ser utilizado como fundamento de limitação da decisão autónoma do anão, era o argumento da necessidade de protecção do grupo dos anões, da sua imagem social, da prevenção de eventuais desrespeitos estimulados pelo tipo de espectáculos em causa, então não seria o poder judicial a entidade mais apta e funcionalmente adequada para escolher os meios mais adequados ou oportunos para esse efeito e para fazer os correspondentes juízos de prognose sobre a respectiva eficácia.

Ou seja, não parece que, na situação *sub judice*, coubesse ao poder judicial a decisão de protecção de um grupo. Se tivesse sido tomada pelo legislador democraticamente legitimado, essa mesma decisão poderia ser considerada aceitável, mas já quando assumida, como foi nas circunstâncias do caso, pelo poder judicial, ela pode, ao invés, ser vista como intervenção restritiva ilegítima nos direitos fundamentais do afectado, mesmo quando sustentada em nome da protecção da dignidade da pessoa humana.

É que, no fundo – e esse é um risco comum do dever estatal de protecção da dignidade –, enquanto que, de um lado, tínhamos uma concreta decisão de consentimento de uma pessoa individual e concreta que, não

sendo respeitada, deixa essa pessoa imediatamente sem trabalho e sem meio razoável de sustento, do outro lado temos uma previsão incerta sobre o que pode acontecer num futuro indefinido ao grupo dos anões se aquele espectáculo concreto se realizar.

Trata-se de fazer uma prognose sobre como repercutirá socialmente este tipo de espectáculos – o que deveria, por exemplo, envolver a realização de inquéritos e estudos comparativos sobre as eventuais consequências negativas ocorridas em países que admitam a respectiva prática –, e, consequentemente, a necessidade de realizar juízos de oportunidade e de adequação políticas que, em Estado de Direito com separação de poderes, cabem, não ao juiz que decide um caso concreto, mas a quem dispõe da respectiva margem de apreciação e decisão, a quem tem legitimidade democrática para proceder a tal tipo de juízos.

Só em casos extremos e excepcionalmente, quando, na ausência de lei, a dignidade esteja directa e inapelavelmente posta em causa se o Estado nada fizer, quando o Estado entre claramente em défice de protecção por omissão, caberá ao juiz assumir directamente a defesa da dignidade de um grupo ou a dimensão objectiva da dignidade como valor, sobretudo quando a decisão judicial de protecção se traduz, como no caso, em intervenção restritiva na liberdade e autonomia individual do afectado.

Capítulo VI

A Mobilização Confessional da Dignidade Humana Contra os Direitos Fundamentais

I. A instrumentalização abusiva da dignidade da pessoa humana contra os direitos fundamentais

a) No capítulo anterior vimos como pode haver uma invocação legítima do princípio da dignidade da pessoa humana contra direitos fundamentais, ainda que se trate em geral, de uma utilização tendencialmente controversa, conflitual e envolvendo alguns riscos de violação do princípio da separação de poderes próprio de Estado de Direito.

Diversamente, a utilização da dignidade que agora consideramos traduz-se na sua invocação, já não apenas conflitual, mas também abusiva ou mesmo ilegítima *contra* os direitos fundamentais, no sentido de que se trata de uma sua instrumentalização contra os interesses de liberdade e de autonomia individual que tem essencialmente como motivação a tentativa de imposição ao conjunto da sociedade de concepções ideológicas de um grupo, de uma confissão religiosa ou de uma moral particulares.

Abusiva, não porque cada pessoa, cada grupo, cada confissão não possam perfilar a concepção de dignidade que considerem mais adequada e não possam pugnar pela sua difusão e adopção, mas porque, frequentemente, se aproveita a indeterminabilidade congénita do conteúdo

normativo do princípio para o instrumentalizar em favor de concepções particulares não consensualmente partilhadas que se procuram impor coercivamente.

Ilegítima, não porque a dignidade não possa constituir, em abstracto e em situações pontuais, fundamento de limitação da liberdade e da autonomia individuais, mas porque, muitas vezes, se pretende condicionar materialmente a margem de livre decisão do legislador democrático conferindo ao princípio jurídico-constitucional da dignidade da pessoa humana um conteúdo normativo que, em última análise, é incompatível com a ordem constitucional de um Estado de Direito democrático.

Com efeito, a pretensão manipulatória neste tipo de utilização atinge o plano de utilização abusiva quando, não apenas se procura reunir uma maioria democrática em torno de posições próprias – o que é natural em Estado democrático –, mas se invoca também o princípio da dignidade da pessoa humana, agora como princípio jurídico-constitucional, para *inconstitucionalizar* as decisões da maioria democrática que, de alguma forma, contradigam as convicções do grupo, mesmo quando estas convicções não correspondem manifestamente ao sentimento moral e ao sentido de justiça da comunidade.

Ou seja, a dignidade da pessoa humana já não vem aí só utilizada para apoiar a aprovação de uma lei de acordo com posições próprias para as quais se logrou um apoio maioritário no parlamento; agora, pretende-se mesmo que, quando haja uma maioria a favor de posições alternativas, essa opção seja inviabilizada em nome de uma concepção *partidária*, não partilhada, de dignidade da pessoa humana.

Se alguém considera o uso de anticoncepcionais errado e violador da dignidade da pessoa, é naturalmente livre de assim pensar e deve ser livre de actuar em conformidade, desde que não coloque em risco a saúde e a vida das outras pessoas. Mais dificilmente aceitável seria já, no entanto, que essa pessoa, invocando a seu favor o pretenso apoio do princípio da dignidade da pessoa humana, procurasse instituir o seu padrão de comportamento sexual, assente na rejeição de uso de anticoncepcionais, como modelo a seguir por todos, isto é, como devendo ser imposto coercivamente a todas as outras pessoas através da lei e, eventualmente, da lei penal.

E, por último, no referido plano em que se atinge o paroxismo da utilização manipulatória e partidarizada do princípio, já seria totalmente in-

ceitável que, através do recurso à sua ideia pessoal ou grupal de dignidade (a utilização de contraceptivos seria, nesse entendimento, indigna), procurasse impor as suas convicções ao resto da sociedade, mesmo quando a esmagadora maioria das pessoas sente diferentemente e decide diferentemente de acordo com as regras democráticas instituídas.

Seria esse o resultado objectivo do facto de, recorrendo à ideia de dignidade enquanto princípio constitucional, pretender inviabilizar, por inconstitucional, qualquer lei que se orientasse em sentido diferente, que permitisse ou, simplesmente, que não proibisse o uso de contraceptivos.

b) Para concluir que o risco de instrumentalização interessada do princípio existe, basta atentar nos inúmeros casos e controvérsias que, no Direito comparado, têm pontuado a invocação sistemática da dignidade da pessoa humana, percebendo-se aí quão volátil e reversível é a argumentação fundada neste tipo de utilização militante e conflital. Sobretudo, o risco incrementa-se significativamente quando, como acontece com frequência, a dignidade é invocada na qualidade de *knock-down argument* que, supõe-se, encerra a discussão e dispensa a argumentação racional.

Entre os exemplos mais conhecidos estão, talvez, os argumentos esgrimidos na discussão sobre o aborto ou sobre o auxílio ao suicídio.

Na discussão sobre a despenalização do aborto, apesar de mais frequentemente centrada na discussão sobre os limites ou a titularidade do direito à vida, também, com o mesmo vigor e com a mesma pretensa linearidade, a dignidade humana ou da pessoa humana surge invocada dos dois lados da disputa: do ponto de vista da defesa da dignidade do nascituro, para favorecer a penalização e, do ponto de vista da dignidade da mulher que interrompe voluntariamente a gravidez, para favorecer a despenalização.

Também na discussão sobre o tema da legitimidade do auxílio ao suicídio há uma ostensiva utilização conflital do princípio: por quem vê uma violação gravíssima da dignidade no termo voluntário de uma vida e, em sentido oposto, invocada por quem nele vê a única forma de garantir, na morte, a dignidade da pessoa, pondo termo a uma situação de extrema degradação e sofrimento em que eventualmente se encontre.

Uma pessoa que está num processo de doença terminal que lhe provoca, e aos seus familiares, sofrimento atroz e degradação irreversível e pretende ajuda para pôr termo à vida, invoca a favor da sua pretensão a

livre decisão pessoal de terminar a vida de forma digna, de morrer com dignidade¹³⁶. Todavia, para muitos outros, qualquer ajuda a essa pessoa, qualquer forma de auxílio ao suicídio, é vista como atentatória da dignidade da pessoa humana.

c) Dir-se-ia, desvalorizando esta perplexidade, que nada há aí de novo ou de especialmente diferente do que sucede com a invocação de direitos fundamentais específicos. Como referimos a propósito do aborto, nada distinguiria essa situação daquela outra, que também aí ocorre, e que é a da invocação do direito à vida do nascituro contra a liberdade de auto-determinação ou contra o direito ao desenvolvimento da personalidade da mulher.

Há, no entanto, uma diferença essencial: enquanto que no plano dos direitos fundamentais supostamente em conflito ou colisão, a respectiva invocação tem de ser acompanhada e apoiada em argumentação racional, no sentido de justificar a prevalência de um valor (um direito fundamental) sobre o outro, no caso da invocação da dignidade da pessoa humana, frequentemente esse esforço é tido como dispensável.

Partindo-se, na lógica do referido *knock-down argument*, do pressuposto do carácter absoluto da dignidade da pessoa humana e do seu sentido normativo pretensamente evidente, não haveria aí o quê ou como ponderar, avaliar ou argumentar: se é a dignidade humana que está em causa, tudo o mais cede e deve ceder, sem discussão¹³⁷.

¹³⁶ A doutrina reporta, de resto, aos anos setenta do século passado as primeiras referências à ideia de dignidade na bioética a propósito da chamada *morte com dignidade*, mais especificamente, a possibilidade de recusa de tratamentos médicos apenas destinados a prolongar artificialmente a vida em situações de grande sofrimento pessoal e contra a vontade do próprio, no que mais tarde viria a ser caracterizado como prática clínica repudiável de *encarniçamento terapêutico*. É a mesma ideia que vem aconselhando a necessidade de reconhecimento das chamadas directivas antecipadas de vontade, isto é, a possibilidade de, numa altura em que a pessoa está consciente e capaz de decisão livre e esclarecida, ela possa conformar as condições da própria morte, especialmente quanto à possibilidade de recusa antecipada de tratamentos médicos que prolonguem artificialmente e sem esperança uma vida vegetativa, quando a opção se venha a colocar numa altura em que a própria pessoa esteja fisicamente incapaz de formular um consentimento esclarecido. Cf. RUTH MACKLIN, "Dignity is a useless concept" in *BMJ*, 327, 2003, pág. 1419; NEOMI RAO, "Three concepts of dignity in Constitutional Law", cit., págs. 232 segs.

¹³⁷ Não seria assim, todavia, nos quadros dessa outra concepção segundo a qual, tal como ocorre no domínio dos direitos fundamentais, também a dignidade da pessoa humana estaria

d) Porém, o que pode levar a concluir que a concepção de dignidade da pessoa humana que a Constituição acolheu é a que favorece os pontos de vista de um dos lados do conflito?

Se a generalidade das pessoas considera que um dado comportamento não viola a dignidade humana e até é mesmo, na concepção de outras, por ela exigido, o que permite decidir que, em todo o caso, esse comportamento deve ser proibido ou penalizado porque vai contra a dignidade da pessoa humana à luz da concepção propugnada por um outro grupo social, por mais relevante que ele seja?

Se a sociedade se revela dividida, de forma estável e prolongada no tempo, sobre um determinado assunto, o que legitimaria o recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana para inviabilizar, por pretensa inconstitucionalidade, a solução adoptada pelo legislador democrático quando a generalidade da sociedade não se revê nessa concepção de dignidade e não há nada na Constituição que permita concluir que o legislador constituinte, quando acolheu a fórmula na Constituição, aderiu a um ou ao outro ponto de vista?

Obviamente, em circunstâncias deste género, todavia de ocorrência muito frequente, a invocação da dignidade na qualidade de princípio constitucional serve simplesmente o desenvolvimento de uma estratégia de instrumentalização da Constituição para imposição coerciva de pontos de vista que, de outra forma, não acolheriam a adesão democrática da sociedade.

2. A dignidade da pessoa humana entre a visão secular, a leitura cripto-teológica do conceito¹³⁸ e o fundamentalismo confessional

a) Vimos como, independentemente da *marca* religiosa que acompanhou o desenvolvimento da ideia de dignidade da pessoa humana, a construção de um Estado de Direito plural e democrático exige que o princípio jurídico se dispa de conotações teológicas ou de concepções confessionalmente *partidarizadas* para poder dar lugar à construção de

sujeita a ponderação, isto é, não podia reivindicar uma aplicabilidade definitiva e absoluta. Desenvolveremos o tema no volume II, cap. V.

¹³⁸ Cf., sobre o que designa como a *leitura “cripto-teológica”* do conceito de dignidade da pessoa humana, H. BIELEFELDT, *Auslaufmodell Menschenwürde?*, cit., págs. 148 e segs.

um conceito secular inclusivo, tendencialmente consensual, em que se possam reconhecer todos os que se integram nos quadros de um pluralismo razoável do nosso tempo.

Só observando esse pressuposto, o conceito de dignidade da pessoa humana pode funcionar como princípio constitucional supremo em que assenta toda a ordem jurídica do Estado de Direito e pode ser juridicamente aplicado como critério normativo de um Estado laico.

Em geral, esta ideia é pacificamente aceite nas sociedades modernas não teocráticas e não é difícil, relativamente à dignidade da pessoa humana, encontrar um *modus vivendi* de acordo com o qual os fiéis de cada religião têm a protecção do Estado de Direito para viverem com inteira liberdade a própria vida de acordo com a concepção de dignidade humana que perfilham, ao mesmo tempo que, enquanto imposição do recíproco dever de respeito da igual dignidade de todos, devem reconhecer a todos os outros, que professem diferentes religiões ou que não tenham qualquer religião, o mesmo e igual direito. Ao Estado cabe, nas suas funções de garantia dessa convivência, a arbitragem judicial dos eventuais conflitos nos casos difíceis, mas nunca a adopção de uma concepção particular que, a seguir, seria coercivamente imposta a quem pensa de forma diversa.

De resto, não seria compatível com o respeito da dignidade da pessoa humana, nem, sequer, com a própria liberdade de religião, reivindicar para si a possibilidade de conduzir a vida em conformidade aos comandos da religião que se professa e não reconhecer, com igual amplitude, o mesmo direito e idêntica dignidade a quem professe outras crenças religiosas ou não tenha qualquer religião.

Em consequência, da parte de um Estado laico e neutral, não identificado com qualquer crença religiosa, o que se exige é a observância do respeito, da protecção e da promoção de um princípio da dignidade da pessoa humana construído segundo uma orientação secular em que todos, independentemente de particularismos e crenças pessoais, se possam reconhecer e que possam, em igualdade com qualquer outra pessoa, invocar juridicamente a seu favor, independentemente das crenças que se professem e das convicções perfilhadas.

A máxima, de inspiração religiosa, *a César o que é de César e a Deus o que é de Deus* traduz emblematicamente este acordo implícito de separação dos dois planos normativos que preside à convivência plural nas sociedades modernas ocidentais e que se reflecte, no domínio da dignidade

da pessoa humana possa ser fundamentalmente densa de cada um¹³⁹.

b) Todavia, dade humana, princípio jurídico, uma vez que o princípio à menor lugar do homem

Donde questões e consti-
nuidade e, con-
sas à dignida-
de semelhança
dor do sentido
necessariamente
laico, através
ceito num
deveria pre-

No mís-
de uma ce-
nos quadri-
cido e ace-
samente¹⁴⁰

¹³⁹ Cf. H. B.

¹⁴⁰ Cf. as re-
segs.

¹⁴¹ Cf., assi-
humana ni-
religiosa”

¹⁴² em Homer

¹⁴³ Cf. as
teológica

de deput

¹⁴⁴ Cf., as
em Homer

e segs.

da pessoa humana, na exigência de que o conceito, em termos jurídicos, possa ser fundamentado e desenvolver um conteúdo normativo materialmente densificado de forma independente das convicções religiosas de cada um¹³⁹.

b) Todavia, para uma “leitura cripto-teológica” do conceito de dignidade humana¹⁴⁰, a secularização da ideia de dignidade humana enquanto princípio jurídico de Estado de Direito seria verdadeiramente uma ilusão, uma vez que não seria possível aceder ao conteúdo normativo do princípio à margem dos quadros de uma compreensão teológica sobre o lugar do homem no mundo e sobre a sua relação com Deus¹⁴¹.

Donde que, para essa visão, mesmo quando as assembleias democráticas e constituintes tivessem assumido a secularização da ideia de dignidade e, consequentemente, tivessem recusado as referências expressas à dignidade como sendo derivada da criação do homem à imagem e semelhança de Deus¹⁴², os proclamados riscos de um relativismo esvazeador do sentido normativo da dignidade da pessoa humana teriam de ser necessariamente compensados, mesmo na ordem jurídica de um Estado laico, através da *ancoragem* da interpretação e da concretização do conceito numa referência ao cristianismo de que o conceito não poderia nem deveria pretensamente ser destacado.

No mínimo, mesmo quando não se contestasse abertamente a ideia de uma concepção puramente secular da dignidade da pessoa humana nos quadros da ordem jurídica de um Estado plural, deveria ser reconhecido e acolhido o *suplemento de fundamentação e de motivação* que, pretendidamente¹⁴³, o cristianismo poderia aportar.

¹³⁹ Cf. H. BIELEFELDT, *Auslaufmodell Menschenwürde?*, cit., págs. 145 e seg.

¹⁴⁰ Cf. as referências alemãs em BIELEFELDT, *Auslaufmodell Menschenwürde?*, cit., págs. 147 e segs.

¹⁴¹ Cf., assim, L. PEREIRA COUTINHO, para quem “a significação correspondente à *dignidade humana* não pode ser acedida ou precisada sem referência a uma ‘verdade’ matricialmente religiosa” (“Do que a República é: uma República baseada na dignidade humana” in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque*, Coimbra, 2010, pág. 203).

¹⁴² Cf. as já referidas rejeições da proposta brasileira de inclusão dessa precisa referência teológica na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, ou da análoga proposta de deputados constituintes na Alemanha na mesma altura.

¹⁴³ Cf., assim, JOÃO LOUREIRO, “Pessoa, dignidade e cristianismo” in *Ars Jvdicandi: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Coimbra, 2008, vol. I, págs. 695 e segs.

Porém, tal *suplemento*, se tomado segundo a bula da *leitura cripto-teológica* da dignidade, converte-se, com a probabilidade que se evidencia em todos os domínios em que não há unanimidade de pensamento e de sentimentos nas sociedades plurais dos nossos dias, em potencial fonte de conflito e de ameaça de exclusão que degenera, com a maior das facilidades, em fundamentalismo confessional e tentativa de captura do ordenamento estatal para a imposição coerciva a toda a sociedade de uma mundividência particular não partilhada.

E isso é assim porque o referido *suplemento de motivação* na adesão ao respeito da dignidade da pessoa humana tende inelutavelmente, como se verifica na prática de vivência do princípio nas últimas décadas, para uma concepção de dignidade da pessoa humana exclusiva, fracturante, particularista, frequentemente desqualificadora das concepções de dignidade de quem não perfilha os mesmos pressupostos teológicos, em nome de uma “ética de máximos”¹⁴⁴ transpessoal, opressiva e imprópria de um Estado de Direito plural e inclusivo.

Na medida em que, na vivência secular da dignidade humana na ordem jurídica de Estado de Direito, não se dispa dos estritos pressupostos confessionais em que nem todos se revêem, aquilo que a *leitura cripto-teológica* aporta é, na verdade, um *suplemento de motivação*, mas de motivação para a *não inclusão do outro*, para o não reconhecimento do outro como igual em toda a sua dimensão de pessoa humana, ou seja, o não reconhecimento da ideia de igual dignidade de todas as pessoas para cuja interiorização cultural o cristianismo havia todavia dado, nas nossas sociedades, um contributo decisivo.

c) No fundo, a leitura *cripto-teológica* da dignidade corresponde objetivamente ao desenvolvimento de uma estratégia de *contorno* do obstáculo: se uma crença religiosa não pode reivindicar, enquanto tal, ser o

¹⁴⁴ Assim, JOÃO LOUREIRO, *loc. cit.*, pág. 698. É verdade que o Autor reconhece, simultaneamente, que “não cabe ao Estado estabelecer qualquer reino da virtude”, mas, na medida em que o fundamentalismo confessional reivindique a mobilização do aparelho penal do Estado de Direito para impor coercivamente aos outros uma concepção de dignidade humana em que eles não se reconheçam – o que acontece, de forma generalizada, na biomedicina e na biotecnologia, mas também nas questões tradicionalmente controversas como as do aborto –, não é sequer o estabelecimento de um “reino de virtude” aquilo de que se trata, mas simplesmente da imposição coerciva de concepções particulares que estão longe de ser valorizadas sequer como virtuosas pelos que delas discordam.

pilar em que assenta o nosso Estado de Direito e, logo, em padrão de julgamento tanto das opções e planos individuais de vida, quanto das decisões tomadas pelos órgãos democraticamente instituídos, recorre-se, então, ao conceito e ao princípio jurídico de dignidade humana para atingir os mesmos fins.

Nessa altura, quando estão em causa questões que apelam emotivamente a respostas intuitivamente orientadas por convicções religiosas, morais, políticas ou ideológicas, desperta frequentemente a tentação para impor uma concepção de dignidade *fechada*, densamente preenchida, atribuindo-lhe um conteúdo holístico pré-estabelecido, inequívoco e especificamente determinado, supostamente capaz de responder a qualquer dúvida, interrogação ou inquietação através do recurso a um arsenal pré-estabelecido de respostas, qual verdadeiro *catecismo* da dignidade. E, naturalmente, este risco é tanto maior quanto maior for a convicção com que se professam essas concepções fechadas e integristas e quanto mais intensa a adesão emotiva à ideia de *libertar* ou *salvar* os outros de cultos, de visões ou de crenças erradas.

Com efeito, o referido risco de utilização parcial e manipulatória do conceito, sobretudo nas situações da vida em que há grande variação de opiniões na valoração social de um comportamento à luz da dignidade da pessoa humana, é significativamente acentuado quando na raiz da valoração em causa estão razões, convicções, crenças ou obediências de natureza confessional que apelam a uma adesão muito forte, por vezes fanática, mas em que nem todos nos reconhecemos, a que uns legitimamente aderem, mas que outros, não menos legitimamente, rejeitam.

Para alguns de entre nós fazer uma transfusão de sangue é um acto indigno, violador do que consideram de mais sagrado, tal como, para outros, o será o simples acto de comer carne de porco ou de comer carne de vaca ou simplesmente de comer em determinados dias. São convicções que devem poder ser livremente seguidas por quem as adopta como padrão de vida digna e merecem o respeito que devemos às convicções mais genuinamente valorizadas por qualquer pessoa.

Seria já completamente ilegítimo que os seguidores de tais concepções pretendessem impô-las como padrão de comportamento a qualquer outra pessoa e, em igual medida ilegítimas, independentemente de os seus seguidores as apresentarem como convicções religiosas ou, porque é também assim que eles as assumem, as invocarem como comandos decorrentes do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Numa sociedade aberta, tolerante, inclusiva, essa empresa estaria seguramente votada ao fracasso se se pretendesse impor na sua forma mais crua, ainda que real, ou seja, se viesse formulada em termos de *é assim, ou deve ser assim, porque essa é a vontade de Deus; os anticoncepcionais* (ou a homossexualidade, a fertilização *in vitro*, a pesquisa sobre células estaminais embrionárias, os espectáculos de *striptease*, o *big brother* ou a presença de mulheres junto de homens em locais públicos) *devem ser proibidos porque essa é a vontade de Deus.*

Porém, apresentando e apoianto formalmente a defesa das mesmas convicções pessoais, não já na crença religiosa, mas na natureza e na vinculatividade jurídico-constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, as possibilidades de sucesso são muito maiores e o argumento aparece como aceitável, pelo menos, como não inadmissível. A posição de fundo é a mesma, somente agora surge num invólucro jurídico e com o apoio de uma suposta força constitucional: *é assim, ou deve ser assim, porque tal é uma exigência da dignidade, é uma imposição do princípio jurídico-constitucional da dignidade da pessoa humana.*

Desenvolvem-se, então, pela via dessa *leitura*, a tentação e a tentativa de impor visões ou convicções particulares ao resto da sociedade, não em nome da adesão voluntária a essas concepções, não através de uma argumentação racional que procure convencer o interlocutor, mas através de um argumento de autoridade aparentemente sustentado no comando constitucional da *dignidade*.

3. A captura fundamentalista da dignidade da pessoa humana

a) Nas sociedades ocidentais, esta leitura *cripto-teológica* da dignidade da pessoa humana é muito comum nos ambientes religiosos que beneficiam de uma maior adesão social, como o cristianismo e, entre nós, especialmente entre correntes de pensamento e juristas alinhados segundo a ortodoxia radical católica. É mesmo essa característica de grande adesão social que, quando combinada, como é o caso, com a defesa de posições não consensualmente partilhadas, conflituais e não inclusivas sobre o conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana, potencia o risco de utilização do princípio numa estratégia de imposição coactiva das concepções próprias ao resto da sociedade.

No desenvolvimento dessa estratégia, o risco de se transitar imperceptivelmente da *leitura cripto-teológica* da dignidade ao *fundamentalismo*¹⁴⁵ é enorme.

Através de um preenchimento religiosa ou ideologicamente *carregado* do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a ele estaria reservado, qual soldado mobilizado e instrumentalizado pelo fundamentalismo confessional, fazer a mediação entre o mundo e o plano de uma dada visão religiosa e moral e o mundo do Direito, com o que, na prática, aquela concepção confessional particular se candidataria à qualidade e condição de *timoneira* oficiosa do conteúdo normativo da Constituição de um Estado laico, assim capturado à boleia do apelo à observância dos ditames da dignidade da pessoa humana.

Tudo se passaria, nessa visão dogmática e fechada, como se a Constituição tivesse consagrado um conceito de dignidade da pessoa humana coincidente e identificado com os estritos pressupostos confessionais de uma determinada e particular mundividência, de onde, a seguir, se pudessem fazer decorrer respostas mecânicas, indiscutíveis e intemporais para aplicação num domínio – tudo o que respeite à vida, à morte, à procriação e, designadamente, no nosso tempo, ao domínio especial da biotecnologia e da biomedicina – cuja natureza específica apelaria, objectivamente, para uma atitude exactamente oposta, ou seja, de abertura à dúvida, à interrogação, à descoberta, à mutabilidade e à evolução.

b) Muito recentemente a sociedade portuguesa foi confrontada com o drama de uma menina de doze anos que chegou ao hospital público

¹⁴⁵ Por *fundamentalismo* entendemos, neste contexto, a versão radical do confessionalismo religioso que, como posição de partida irredutível, identifica a sua particular convicção religiosa com o conteúdo normativo dos comandos constitucionais (no caso, entre nós, o comando da dignidade da pessoa humana é entendido como sendo integralmente preenchido pelos comandos do catecismo católico) e que, em segundo lugar, propugna a imposição coerciva das suas convicções religiosas particulares ao resto da sociedade, incluindo com o recurso ao Direito penal e ao Direito constitucional.

Para além deste *fundamentalismo confessional religioso*, que aqui abordamos especificamente, há quem refira, também a propósito da exploração do conceito de dignidade da pessoa humana, a existência paralela de um *fundamentalismo argumentativo* (a lógica referida da invocação do conceito como *conversation stopper*) e de um *fundamentalismo moralista* (utilização do conceito para a imposição paternalista dos padrões morais próprios aos outros). Cf., assim, HEINER BIELEFELDT, *Auslaufmodell Menschenwürde?*, cit., págs. 13 e segs.

com uma gravidez de mais de seis meses, como resultado de violação continuada pelo padrasto com o conhecimento da mãe. Tratava-se, claramente, de situação de enorme complexidade e difícil resolução, em que se suscitavam dúvidas legítimas sobre relevância do consentimento (para abortar), constrangimentos legais, avaliação de danos, e sobre a qual, consequentemente, não seria razoável pretender impor posições ideológicas ou confessionais pré-fixadas que não atendessem ao interesse da vítima, às circunstâncias do caso e ao particularismo contextual que o envolvia.

Já para o fundamentalismo confessional da dignidade da pessoa humana, as circunstâncias do caso, o contexto, o sofrimento provocado, os danos previsíveis na vida de uma criança são absolutamente indiferentes perante a estratégia de imposição de uma concepção *militante* sobre a vida e a dignidade ao resto da sociedade. Ter um aborto sido feito em consequência de ter ocorrido violação ou, noutra hipótese, em função de diagnóstico que comprova a existência de deficiência profunda e irremissível do novo ser, é totalmente indiferente para essa *mobilização confessional da dignidade*.

O aborto deveria ser simplesmente proibido e criminalizado em quaisquer circunstâncias porque a concepção de pessoa consagrada na Constituição seria a do ser que existe desde o momento da concepção, pelo que matar essa pessoa, inocente, qualquer que seja a razão invocada, viola a dignidade da pessoa humana e lei que não penalize tal comportamento, em toda e qualquer circunstância, será uma lei inconstitucional.

c) E, assim, na mesma lógica, também a inseminação heteróloga, o diagnóstico pré-natal, o diagnóstico pré-implantação ou a terapia genética, o casamento entre pessoas do mesmo sexo ou a co-adopção por esses casais, tudo deveria ser uniformemente proibido porque tais actos *violam a dignidade da pessoa humana* ou *violam a dignidade humana*, sem que, em geral, sequer se sinta sequer a necessidade de explicitar qual a dignidade de que aí se fala, qual a pessoa cuja dignidade está em causa¹⁴⁶.

Por exemplo, na inseminação heteróloga, frequentemente condenada, de forma irremissível, como violação da dignidade, qual é a pessoa ou as pessoas cuja dignidade foi violada? Tratando-se da situação em que, para

¹⁴⁶ Cf., assim, ULRID NEUMANN, "Die Tyrannie der Würde" in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1997, 84, págs. 156 e seg.

superar deficiências de fertilidade, um casal recorre aos gâmetas de um dador terceiro, aquilo que se entende supostamente violado é a dignidade da mulher e/ou a do marido, que desejaram livre e conscientemente recorrer ao processo, é a dignidade do dador, que também consentiu, é a dignidade do novo ser ou é a dignidade da humanidade?

Na terapia genética, que consiste, numa formulação simplista, na intervenção genética em células somáticas de um paciente para evitar a transmissão hereditária de doenças, aquilo que está em causa na análoga condenação é a dignidade da pessoa sobre quem se faz a intervenção (mas cujo consentimento se considera aqui, todavia, pressuposto, pois de outro modo qualquer intervenção seria evidentemente ilegítima) ou a dignidade da futura descendência ou do futuro ser (mesmo quando se poupe essa descendência a uma doença incapacitante e nada haja que afecte a vida do futuro ser ou a sua identidade genética)?

Está em causa a dignidade dos próprios envolvidos ou a dignidade da humanidade, em abstracto, como um todo, mesmo que não haja quaisquer indivíduos concretamente afectados e, ao invés, tal invocação da dignidade, a ser bem sucedida, tenha como consequência, real, a restrição de direitos e a afectação de interesses concretos de pessoas humanas reais, actuais ou futuras?

d) Consequentemente, segundo essa visão, mesmo numa sociedade aberta e mesmo que tal posição não assente em qualquer consenso social, o Código Penal deveria castigar quem actuasse segundo convicção diferente e a Constituição deveria ser utilizada para impedir o legislador democrático de se afastar do dogma.

A pretensa aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana ao caso concreto serve então, muito facilmente, para cobrir, com recurso ao aparelho de coacção do Estado democrático, a imposição autoritária de formas de vida propugnadas por uma visão moral ou religiosa particular aos que a ela não aderem voluntariamente e que, todavia, deveriam ter, em Estado de Direito, exactamente em nome do princípio da igual dignidade, a possibilidade e o direito a viverem a própria vida em autonomia, em autodeterminação e em liberdade.

Por exemplo, num processo de procriação auxiliada clinicamente é hoje possível verificar, através de diagnóstico pré-implantação, se os embriões criados *in vitro* e que vão, pelo menos alguns deles, ser implantados

no útero materno são ou não portadores de deficiência grave. Então, se não for legalmente obrigatório implantar todos os embriões criados para o efeito, será possível fazer uma selecção baseada naquele critério – serem ou não portadores de deficiência grave – e, dessa forma, garantir a implantação de embriões viáveis e saudáveis.

Uma vez que, em qualquer caso, não se implantariam todos os embriões criados *in vitro*, a única alternativa ao diagnóstico pré-implantação feito segundo aquele critério seria a de proceder a uma selecção de tipo aleatório, todavia com o risco de se dar origem a uma pessoa gravemente deficiente e relativamente à qual se sabe que virá a ter uma vida de grande sofrimento ou mesmo de viabilidade mínima. Ou seja, através do referido diagnóstico pré-implantação é possível evitar um enorme sofrimento a todos os envolvidos e proporcionar-lhes, ao invés, o desenvolvimento de um processo de geração de um novo ser nas condições idealizadas por qualquer pessoa normal.

Porém, para o fundamentalismo confessional católico¹⁴⁷, tal opção, razoável segundo os padrões morais da generalidade das pessoas, significa matar uma pessoa ou decidir matar uma pessoa em vez de outra, pelo que, mesmo sabendo que se pode estar a implantar um embrião gravemente deficiente, e sendo seguro que, através da selecção, se poderia evitar todo o sofrimento inerente, considera-se que a prática do referido diagnóstico pré-implantação tem como consequência matar uma pessoa em função da sua deficiência e, logo, significa violação evidente da dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, para o fundamentalismo confessional, essa prática será, não apenas moralmente errada, como deve ser objecto de proibição e de sanção penal. Por outro lado, a lei que eventualmente viabilize esta prática clínica deveria ser considerada inconstitucional por violação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Não está obviamente em causa que qualquer pessoa possa seguir livremente as suas convicções religiosas e viver de acordo com elas. Portanto, os envolvidos num processo de procriação auxiliada clinicamente de-

¹⁴⁷ Para uma distinção entre as concepções fundamentalistas católicas da dignidade e outras concepções sobre a dignidade dentro do catolicismo, entre concepções *anti-revisionistas* e *revisionistas*, cf. CHRISTOPHER McCRUDDEN, “In pursuit of human dignity: an introduction to current debates” in C. MCCRUDDEN (org.), *Understanding Human Dignity*, cit., págs. 15 e segs.

vem poder livremente prescindir ou recusar o referido diagnóstico pré-implantação; devem poder optar por implantar todos os embriões criados *in vitro*, mesmo com o risco de gravidezes múltiplas e de geração de pessoas gravemente doentes ou não viáveis. O problema não reside aí, uma vez que num Estado de Direito qualquer pessoa deve poder viver de acordo com as suas convicções religiosas.

Num Estado de Direito secular, plural, só passa a existir um *problema* quando a convicção religiosa e a decisão pessoal de viver a própria vida de acordo com os preceitos da crença professada são assumidas na referida configuração *fundamentalista*. Ou seja, o problema só surge quando se pretende que todos os outros candidatos a progenitores tenham de viver de acordo com convicções que não perfilham, quando se pretende que, independentemente da suas convicções, todos os outros progenitores e os futuros seres sejam obrigados a um sofrimento que poderia ser evitado.

E, sobretudo, atinge-se o paroxismo quando se pretende a mobilização do aparelho de Estado e o recurso à ameaça de sanção penal para obrigar toda a gente a viver de acordo com as convicções e as crenças do fundamentalismo católico.

e) Mas, o que é que permitiria concluir que a Constituição adoptou, sem reservas, a cartilha ortodoxa católica quando consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana?

O que permitiria concluir que quando a nossa Constituição, que simultaneamente consagra a separação entre o Estado e as igrejas, diz que a República portuguesa assenta na dignidade da pessoa humana se pretendeu vedar a possibilidade de se recorrer voluntariamente ao diagnóstico pré-implantação, identificando-se o conceito constitucional com o conteúdo normativo que a corrente ortodoxa católica vê nesse preceito, quando nem mesmo na própria comunidade católica essa posição é consensual?

Como pode pretender-se que, num domínio tão vital para todo o edifício constitucional, já que condiciona a coerência de toda a ordem jurídica, como é o do sentido normativo da dignidade da pessoa humana, o legislador constituinte adoptou militantemente a posição confessional fundamentalista de um grupo religioso com exclusão de todos os restantes pontos de vista?

Todavia, é segundo essa lógica que, no mundo do Direito, se pretende que aquelas actividades de pesquisa científica ou uma intervenção de abertura do legislador democrático naqueles domínios devessem ser proscritas. Não seriam oficialmente condenáveis por constituírem violação dos preceitos de determinada crença religiosa (embora tal seja assumido abertamente no próprio meio, onde se repetem as ameaças e intenções de *excomunhão* a todos, cientistas, leigos, políticos que se envolvam naquelas actividades), mas por constituírem pretensa violação da dignidade da pessoa humana e do respectivo princípio constitucional.

f) Porém, nem a Constituição do pluralismo de um Estado de Direito do nosso tempo adere ou pode aderir a uma moral ou a uma religião particulares, nem o conceito de dignidade da pessoa humana que a Constituição acolhe pode deixar de ser tratado como um conceito aberto, inclusivo, vocacionalmente consensual, ou seja, de conteúdo normativo susceptível de recolher a adesão e o assentimento das várias correntes de um pluralismo razoável e que só pode desempenhar uma função jurídico-constitucional em Estado de Direito se for capaz de atingir esse grau de generalização.

Esgrimir a dignidade da pessoa humana como se ele fosse um autêntico “Código da biotecnologia”¹⁴⁸, um repositório consagrado de respostas a todas as actuais e futuras questões que aí se venham a colocar, não tem outra função que não seja esconder a incapacidade de argumentar contra a inovação, a novidade e o processo de descoberta científica e fazê-lo sob a pretensa *cobertura* de uma verdade intemporal e absoluta a que um oráculo predestinado (que até poderia, e naquela lógica deveria, ser o Tribunal Constitucional) teria tido acesso e poderia revelar a cada momento.

A densificação do conteúdo normativo de princípios com alcance, natureza e vocação estruturantes de uma sociedade democrática, plural e aberta, como são os princípios constitucionais, deve sustentar-se, necessariamente, num consenso partilhado por todas as correntes de um pluralismo razoável.

¹⁴⁸ Cf. M. NETTESHEIM, “Die Garantie der Menschenwürde zwischen metaphysischer Überhöhung und bloßem Abwägungstopos” in *AöR*, 130, 2005, pág. 86.

g) Na esfera pública, é natural e legítima a discussão e a competição entre várias visões de dignidade, incluindo concepções confessionais muito fechadas, e mesmo na discussão política (por exemplo, no plano da discussão parlamentar orientada à feitura das leis que regulam as questões em causa) as teses acima mencionadas podem ser legitimamente defendidas e sê-lo abertamente, em nome de uma dada crença ou visão do mundo que, no livre debate e competição de uma sociedade aberta, tem tanta legitimidade como qualquer outra para disputar a audição ou a hegemonia.

Já no domínio jurídico-constitucional, isto é, quando se entre no plano do controlo das decisões políticas do legislador democrático à luz dos parâmetros (regras e princípios) jurídico-constitucionais, há aí uma dificuldade básica: num Estado de Direito secular, portanto, confessional e eticamente neutro¹⁴⁹, ou seja, neutral relativamente às diferentes concepções do mundo e confissões religiosas, não é possível erigir uma concepção fechada em padrão ou em orientação decisiva de preenchimento do conteúdo normativo dos princípios constitucionais, tal qual como se essa orientação confessional tivesse sido a escolhida pelos constituintes e fosse esse o sentido objectivo e actual que se colhe das normas constitucionais.

Obviamente, uma tal posição em que o conteúdo normativo constitucional da dignidade da pessoa humana só pudesse ser determinado com o pressuposto da aceitação dos postulados de uma particular fé religiosa – no caso o postulado de que, desde o primeiro momento da concepção, há uma pessoa com o mesmo estatuto e os mesmos direitos de uma pessoa nascida¹⁵⁰ e de que essa é a concepção acolhida pela Constituição¹⁵¹ – seria constitucionalmente insustentável num Estado secular, pluralista, inclusivo, que consagra a separação entre o Estado e as igrejas e a não identificação do Estado com qualquer religião.

¹⁴⁹ Cf. H. DREIER, *Bioethik: Politik und Verfassung*, cit., págs. 16 e segs.

¹⁵⁰ Cf. U. NEUMANN, "Die Menschenwürde als Menschenbürde – oder wie man ein Recht gegen den Berechtigten wendet", cit., págs. 49 e seg.

¹⁵¹ Nesses precisos termos, "pessoa humana é todo o ser humano [...] desde a concepção", "a noção de pessoa humana identifica-se agora com o conceito de ser humano" e "[e]sse é o conceito constitucional de pessoa humana" (PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, I, Coimbra, Almedina, 2007, pág. 550).

Só seria admissível erigir essa concepção particular em pretenso critério adoptado pela Constituição se tal fosse um conteúdo normativo em que todos nos pudéssemos reconhecer, e nunca uma concepção controversa, particularíssima, exclusiva de uma dada visão religiosa e muitas vezes, mesmo nas sociedades maioritariamente católicas, isolada relativamente ao sentimento moral da comunidade e às práticas socialmente assumidas e aceites.

Não seria diferente para quaisquer outras confissões religiosas, independentemente do seu peso ou implantação social: pura e simplesmente, em Estado de Direito, uma concepção particular assente numa concepção filosófica, numa confissão religiosa ou numa visão do mundo particular tem todo o direito a existir e a ser seguida – posto que não atente contra os direitos dos outros –, mas não pode ser coercivamente imposta como padrão de comportamento para quem pensa diversamente.

h) Restringido a uma densificação materialmente orientada segundo a visão absolutista de uma *verdade religiosa*¹⁵², que vê em todas as concepções alternativas uma corrupção e até uma violação criminosa dos preceitos da dignidade (vejam-se, nesse sentido, as acusações e os supostos crimes que, designadamente a Igreja católica, imputa a quem não professa as suas concepções nos referidos domínios dos anticoncepcionais, da procriação auxiliada clinicamente, no aborto, eutanásia, auxílio ao suicídio, pesquisa em células embrionárias, clonagem), o princípio da dignidade da pessoa humana seria degradado, e, paradoxalmente, por quem mais recorrentemente o invoca, a mero instrumento de luta *partidária*.

Porém, nessa degradação, a dignidade da pessoa humana veria objectivamente alienadas as virtualidades da sua generalização enquanto referência constitucional fundacional, o que inviabilizaria a sua operatividade enquanto princípio jurídico-constitucional estruturante de um Estado de Direito democrático, laico, não confessional, baseado na separação entre Estado, igrejas e comunidades religiosas.

¹⁵² Segundo a concepção oficial católica, essa seria uma imutável *verdade absoluta para todos*, uma *verdade objectiva e comum* associada à tradição e autoridade e de que a razão humana não deveria poder emancipar-se (cf. a encíclica *Evangelium Vitae*, 1995, 19, 20).

3.1. Dignidade da pessoa humana e “cultura da morte”

a) Integrada numa lógica de crença religiosa – “ao homem foi dada uma dignidade sublime que tem as suas raízes na ligação íntima que o une ao seu Criador”¹⁵³ – e associada a uma preocupação de salvação da alma, Direito assenta num preenchimento material do conceito, não apenas segundo os valores próprios da mundividência teológico-cristã, mas também, no caso da corrente católica, estritamente de acordo com as orientações oficiais e os preceitos de comportamento emanados a partir da hierarquia suprema da Igreja¹⁵⁴.

Mas quando a própria Igreja se assume como instituição fechada, não transparente, como os escândalos das últimas décadas evidenciaram, sujeita a uma hierarquia e obediências rígidas e, simultaneamente, defende para si própria princípios e práticas que chocam com valores essenciais hoje consensualmente assumidos como próprios da dignidade da pessoa humana – como sejam o tratamento desigual e discriminatório das mulheres e das pessoas de orientação homossexual, a imposição de restrições à autonomia sexual e procriativa dos fiéis, a imposição de limitações antinaturais aos membros do clero, como a do celibato, e, em geral, uma cultura de paternalismo exacerbado¹⁵⁵ – a probabilidade de defesa de uma concepção de dignidade em tensão com o sentido de justiça da comunidade aumenta significativamente.

Nessa altura, a reacção natural é a do enquistamento, no sentido da teorização de uma concepção *entrincheirada* do conteúdo normativo de dignidade sob e de acordo com a qual pretendem viver, o que é legítimo

¹⁵³ *Evangelium Vitae*, 34.

¹⁵⁴ Sobre a diferente atitude de rigidez, dentro do cristianismo, entre a corrente católica, em princípio reticente, adversa e sistematicamente em oposição militante a cada inovação no domínio da biomedicina e da biotecnologia, e outras correntes cristãs muito mais abertas e flexíveis, cf. H. DREIER, *Bioethik: Politik und Verfassung*, cit., págs. 7 e segs. Todavia, cabe notar que, consoante as latitudes e as circunstâncias, esta relação de *abertura/rigidez* dentro do confessionnalismo cristão, sobretudo entre católicos e protestantes, pode surgir completamente invertida ou, pelo menos, pode surgir de forma completamente diversa da que ocorre normalmente em contexto europeu. Veja-se, assim, o caso do Brasil, onde é a chamada “bancada evangélica” que assume, neste domínio, as posições mais militantes e radicais.

¹⁵⁵ Cf., assim, BERNHARD SCHLINK, “The concept of human dignity: current usages, future discourses” in C. MCCRUDDEN (org.), *Understanding Human Dignity*, Oxford, 2013, pág. 635.

3.1. Dignidade da pessoa humana e “cultura da morte”

a) Integrada numa lógica de crença religiosa – “ao homem foi dada uma dignidade sublime que tem as suas raízes na ligação íntima que o une ao seu Criador”¹⁵³ – e associada a uma preocupação de salvação da alma, Direito assenta num preenchimento material do conceito, não apenas segundo os valores próprios da mundividência teológico-cristã, mas também, no caso da corrente católica, estritamente de acordo com as orientações oficiais e os preceitos de comportamento emanados a partir da hierarquia suprema da Igreja¹⁵⁴.

Mas quando a própria Igreja se assume como instituição fechada, não transparente, como os escândalos das últimas décadas evidenciaram, sujeita a uma hierarquia e obediências rígidas e, simultaneamente, defende para si própria princípios e práticas que chocam com valores essenciais hoje consensualmente assumidos como próprios da dignidade da pessoa humana – como sejam o tratamento desigual e discriminatório das mulheres e das pessoas de orientação homossexual, a imposição de restrições à autonomia sexual e procriativa dos fiéis, a imposição de limitações antinaturais aos membros do clero, como a do celibato, e, em geral, uma cultura de paternalismo exacerbado¹⁵⁵ – a probabilidade de defesa de uma concepção de dignidade em tensão com o sentido de justiça da comunidade aumenta significativamente.

Nessa altura, a reacção natural é a do enquistamento, no sentido da teorização de uma concepção *entrincheirada* do conteúdo normativo de dignidade sob e de acordo com a qual pretendem viver, o que é legítimo

¹⁵³ *Evangelium Vitae*, 34.

¹⁵⁴ Sobre a diferente atitude de rigidez, dentro do cristianismo, entre a corrente católica, em princípio reticente, adversa e sistematicamente em oposição militante a cada inovação no domínio da biomedicina e da biotecnologia, e outras correntes cristãs muito mais abertas e flexíveis, cf. H. DREIER, *Bioethik: Politik und Verfassung*, cit., págs. 7 e segs. Todavia, cabe notar que, consoante as latitudes e as circunstâncias, esta relação de *abertura/rigidez* dentro do confessionalismo cristão, sobretudo entre católicos e protestantes, pode surgir completamente invertida ou, pelo menos, pode surgir de forma completamente diversa da que ocorre normalmente em contexto europeu. Veja-se, assim, o caso do Brasil, onde é a chamada “bancada evangélica” que assume, neste domínio, as posições mais militantes e radicais.

¹⁵⁵ Cf., assim, BERNHARD SCHLINK, “The concept of human dignity: current usages, future discourses” in C. MCCRUDDEN (org.), *Understanding Human Dignity*, Oxford, 2013, pág. 635.

desde que observado estritamente o consentimento livre e informado dos participantes, mas com tendência para se apresentar simultaneamente essa concepção como último bastião de defesa dos valores sagrados supostamente ameaçados pelas concepções e formas de vida dissolutas que teriam invadido e tomado conta das nossas sociedades.

A dignidade da pessoa humana transforma-se, nesse contexto, em *concepto de combate* que deve ser desenvolvido em todas as *frentes*, incluindo a jurídica. E é assim que a sua concepção particular é identificada como sendo a *concepção constitucional* da dignidade da pessoa humana e, nessa qualidade, assumida militantemente como devendo ser imposta coercivamente, através da lei do Estado e da justiça constitucional, a toda a sociedade.

b) É verdade que, ao longo dos tempos, paulatinamente, as diferentes Igrejas e confissões religiosas vão sucessivamente ductilizando, até por razões de sobrevivência e de capacidade de *tocar* as novas gerações, o que consideram ser as exigências indefectíveis da dignidade da pessoa humana. Então, sistematicamente, aquilo que não há muito tempo era considerado violação frontal da dignidade por preterição da ordem natural divinamente instituída ou da obrigação de resignação perante o sofrimento e a dor impostos por Deus, vai sendo progressivamente *desriminalizado*, ou tolerado com condescendência, à medida que se vão sucessivamente reinterpretando, em conformidade, os textos sagrados.

Aconteceu assim, no domínio social e político, com a mudança radical de atitude relativamente à escravatura, à religião oficial do Estado, às conversões religiosas forçadas, aos princípios da soberania popular e da igualdade democrática, à igualdade entre sexos¹⁵⁶ e à laicização do Estado.

Aconteceu assim, no domínio da ética médica, com a admissibilidade da dissecação dos corpos, da vacinação, da prática de anestesia nas cirurgias e nos partos, da doação de órgãos entre vivos, outrora tidos como outras tantas violações da vontade de Deus e da dignidade humana¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Igualdade a que a Igreja católica, sob o papado de Leão XIII, se opunha ainda no século XIX. Cf. M. ROSEN, *Dignity*, cit., págs. 48 segs. Este Autor integra mesmo as posições defendidas pela Igreja católica sobre a dignidade no século XIX na estratégia de guerra prolongada que a Igreja desenvolvia contra os princípios da Revolução francesa (*op. cit.*, pág. 92).

¹⁵⁷ Cf. PATRICIA S. CHURCHLAND, "Human dignity from a neurophilosophical perspective" in AAVV, *Human Dignity and Bioethics: Essays Commissioned by the President's Council on Bioethics*, 2008, págs. 108 segs.

Acontece já, ainda que, por ora, apenas nos sectores menos ortodoxos ou fundamentalistas do catolicismo, com os métodos anticoncepcionais, com a fertilização *in vitro* e a procriação auxiliada clinicamente, com a utilização exclusivamente terapêutica do diagnóstico pré-natal e com certas modalidades de aborto¹⁵⁸.

Pode vir a acontecer com a orientação sexual¹⁵⁹, com o sexo fora do casamento, com algumas modalidades de maternidade de substituição, com a clonagem terapêutica e outras modalidades de pesquisa científica nas áreas da biociência, biotecnologia e biomedicina, como a pesquisa sobre embriões excedentários, e assim sucessivamente, tal como tem ocorrido, por sistema, ao longo da história.

Entretanto, enquanto isso não ocorre, lançam-se sobre todas as perspectivas alternativas, indiscriminadamente e com um vigor sectário e militante, os anátemas da *cultura de morte*¹⁶⁰, na linguagem maniqueísta inaugurada pelo Papa João Paulo II¹⁶¹ e que depois se transformou em espécie de *mantra* entoado pelo fundamentalismo católico e ecoado, no seu seguimento, pelos juristas alinhados com essa orientação e que chegam a incluir o *mote* na própria manualística universitária, no que constitui o mais ostensivo exemplo da referida instrumentalização inapropriada do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

c) Actualmente, e para além dos *campos de batalha* tradicionais do aborto e das relações sexuais (estas *batalhas* integrar-se-iam na *guerra* que, supostamente, na expressa visão maniqueísta da ortodoxia católica, estaria a ser travada entre *o mal e o bem*, entre a *cultura da morte* e a *cultura da vida*¹⁶²), é sobretudo nas áreas da biociência, da biomedicina e da biotecnologia que o fundamentalismo católico recorre à dignidade da pessoa humana como arma de luta política, vindo aí o princípio a ser recorrentemente invocado como *slogan* brandido sem qualquer necessidade de demonstração suplementar.

¹⁵⁸ Na encíclica *Evangelium Vitae*, se bem que com graduações de gravidade, há uma condenação moral global da *contracepção*, do *aborto* e das *técnicas de reprodução artificial* (cf. 13 e 14).

¹⁵⁹ Vejam-se, assim, as posições mais recentes do Papa Francisco.

¹⁶⁰ *Evangelium Vitae*, 19.

¹⁶¹ Na encíclica *Centesimus Annus* (1991) a expressão surgiu esporadicamente, ainda sob a designação de “a denominada cultura da morte” (39), mas na *Evangelium Vitae* (1995) era já o *Leitmotiv* que animava todo o discurso.

¹⁶² *Evangelium Vitae*, 21, 28.

Nesses domínios, a invocação da dignidade da pessoa humana, para apelar a novas limitações e proibições no plano da investigação científica e dos chamados direitos reprodutivos, assumiu, como diz DREIER¹⁶³, um carácter *endémico*.

E, frequentemente, tais reivindicações proibicionistas não assentam numa argumentação racional contra a descoberta ou a específica utilização de técnicas nos processos científicos reais em curso de desenvolvimento. Em geral, elas são, pura e simplesmente, dirigidas contra fantasmas construídos segundo uma visão apocalíptica em que cientistas e ciência surgem transmutados e apresentados como algo intrinsecamente maligno, quais agentes da conspiração mundial da *cultura da morte* empregados na prossecução de uma *agenda oculta* de programação, não se sabe porquê nem para quê, não apenas das nossas vidas actuais, mas também da personalidade, características e vida das gerações futuras.

3.2. Dignidade da pessoa humana e reserva do Criador

a) Assim, contra a manipulação da ciência e da investigação científica – quais instrumentos demoníacos através dos quais se desapossaria Deus, sob os nossos olhos e a nossa passividade, da *magia*, do *mistério* e do *milagre da criação* – haveria que opor um limite absoluto: tudo o que respeitasse à reprodução, ao nascimento e à morte dos seres humanos deveria permanecer área de reserva divina, absolutamente interdita ao homem.

Tudo se passaria, nessa visão, como se o facto de o homem ter sido criado à imagem e semelhança de Deus o vinculasse, como contrapartida, a um respeito absoluto dessa reserva biológica do *Criador*¹⁶⁴ e, simultaneamente, conferisse aos representantes de Deus na Terra, e aos seus seguidores nas universidades, a autoridade moral e legal para garantirem a inviolabilidade daquele domínio reservado.

b) Haveria, para essa concepção, com base naquele pressuposto teológico da criação divina da natureza, como que uma *eticização* ou *dignificação*

¹⁶³ Cf. H. DREIER, *Grundgesetz Kommentar*, cit., pág. 179.

¹⁶⁴ Cf. R. DWORKIN, "Playing God: Genes, Clones and Luck" in *Sovereign Virtue*, Cambridge, Mass., 2000, págs. 427 segs.

de tudo quanto é *natural*¹⁶⁵; qualquer alteração humana de algo que até então tivesse sido percebido como *natural* padeceria de uma presunção moral de *pecado* e de uma presunção jurídica de violação da dignidade.

O *acquis biológico* existente, hoje, funcionaria simultaneamente como critério moral e juridicamente vinculativo oponível a qualquer intervenção biotecnológica, independentemente do respectivo fim e mesmo quando a modificação daquele *acquis* pudesse contribuir para proporcionar, comprovadamente, o alívio do sofrimento humano concreto e uma melhoria significativa da experiência de vida dos indivíduos e das famílias que agora existem e que existirão no futuro.

Essa identificação do *natural* e do puro *facto* com o moralmente devido ou com o juridicamente exigido pela dignidade da pessoa humana decorre, necessariamente, da interpretação do biologicamente existente, do dito *natural*, como resultado da criação divina e, enquanto tal, expressão da vontade do Criador. Por esse facto, qualquer alteração nesse domínio reservado induzida por acção da criatura seria, no plano religioso, sacrílega, no plano moral seria eticamente condenável e, para o que aqui nos importa, seria, no plano jurídico, inconstitucional por violação da dignidade da pessoa humana.

Dignidade da pessoa humana identificar-se-ia com a integridade da base biológica da existência humana: porque foi assim criado por Deus, aquilo que *está*, o que é, o *facto*, o *natural*, é também aquilo que *deve ser*, o moralmente *devido* e, consequentemente, o que *deve ser* juridicamente imposto a todos, crentes ou não crentes, queiram ou não, de preferência com o recurso dissuasor ao Direito e, sendo necessário, com o castigo previsto no Código Penal.

c) Assim, com base nestes pressupostos, a terapia genética, a inseminação heteróloga, a existência dos chamados embriões excedentários (isto é, os embriões desenvolvidos no âmbito da procriação auxiliada clinicamente e que já não têm possibilidades ou condições de utilização futura), o diagnóstico pré-implantação e pré-natal, a pesquisa sobre células estaminais embrionárias, a clonagem reprodutiva e a clonagem

¹⁶⁵ Cf. U. NEUMANN, "Die Tyrannie der Würde", cit., pág. 158 e pág. 160; U. NEUMANN, "Die Menschenwürde als Menschenbürde – oder wie man ein Recht gegen den Berechtigten wendet", cit., págs. 48 e seg..

terapêutica, tudo seria moralmente proscrito como *contranatura*¹⁶⁶ e constituiria, enquanto tal, violação da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado e pelas mesmas razões, esta conclusão é tida como auto-evidente, dispensando, portanto, a necessidade de ulterior fundamentação, mas se um maior escrúpulo é requerido, sobretudo num contexto académico, então a justificação traduz-se invariavelmente na alegação de que tais actos e técnicas constituem instrumentalização da vida humana ou atentado contra a vida humana¹⁶⁷.

Esses são os dois cumes do reduzido esforço de argumentação racional a que acede sujeitar-se o fundamentalismo confessional no domínio da dignidade da pessoa humana: há violação deste princípio em todas aquelas diferentes situações ou porque envolvem instrumentalização da vida humana ou porque se traduzem em atentado contra a vida humana.

Deixando para momento ulterior a abordagem do sentido da *proibição de instrumentalização*¹⁶⁸ enquanto violação da dignidade da pessoa humana, importa questionar, por ora, a justeza daquela suposta identificação entre vida e dignidade.

3.3. Dignidade da pessoa humana e vida humana

a) Segundo a concepção criticada, a toda e qualquer forma de vida humana, incluindo a vida embrionária que não possua qualquer hipótese, por mínima que seja, de viabilidade, deveria, dada a sua origem divina, ser atribuído um valor supremo absoluto, indestrutível, intocável e prevalecendo sobre quaisquer outros valores, incluindo a vida e a dignidade de pessoas humanas reais, sob pena de, na linguagem da ortodoxia católica, se estar a aderir à dita *cultura de morte* e de se ser participante activo ou cúmplice na *conjura contra a vida*.

¹⁶⁶ *Idem*.

¹⁶⁷ Cf. DREIER, *GG Kommentar*, cit., págs. 181 e segs.

¹⁶⁸ Cf. volume II, cap. IV, 2.3.

Assim, a qualquer estádio de desenvolvimento pré-natal (¹⁶⁹zigoto¹⁷⁰, pré-embrião¹⁷¹, embrião e feto¹⁷²) é atribuído idêntico significado ético e, consequentemente, idêntica inviolabilidade. Por outro lado, tal como a estatuto moral do embrião não se distingue do estatuto moral da pessoa nascida, também o respectivo tratamento jurídico-constitucional deve ser o mesmo. Em conformidade, ao Estado caberiam idênticos e invariáveis deveres de protecção, que seriam exactamente os mesmos quer se estivesse perante um aglomerado milimétrico de células embrionárias, quer se tratasse de uma vida humana nascida¹⁷².

Obviamente, não haveria, segundo esta lógica, qualquer razão para distinguir, neste domínio, entre deveres de respeito e deveres de protecção da dignidade que se impõem ao Estado e análogos deveres que obrigam os particulares. Pelo que, assim sendo, o respeito e a obrigação de protecção que, aos olhos dos seus pares, merece uma pessoa nascida são exactamente os mesmos que deve merecer o zigoto ou o embrião e, dada a santidade e a consequente natureza invariavelmente absoluta da vida embrionária, deve ser assim quer o embrião se encontre *in utero* quer se encontre no útero materno.

b) No entanto, e apesar da sustentação, muitas vezes fanática, que os seus defensores fazem da ideia da plena equiparação dos estatutos moral e jurídico do embrião e da pessoa nascida – o que implica reconhecer-lhes idênticos direitos e, relativamente a ambos, os mesmos deveres de

¹⁶⁹ Célula inicial que resulta da fertilização de um óvulo pelo sémen e que dá origem à nova entidade, o embrião.

¹⁷⁰ Designação por vezes utilizada para referir o embrião antes da implantação natural ou antes da transferência para um útero no processos de fertilização *in vitro*.

¹⁷¹ Fase de desenvolvimento embrionário, em sentido lato, quando se começam a formar os órgãos do novo ser humano.

¹⁷² Cf., H. DREIER, *Bioethik: Politik und Verfassung*, cit., pág. 9, remetendo para a *Instrução Domum Vitae sobre o respeito da vida humana nascente e a dignidade da procriação*, de 22 de Fevereiro de 1987, da Congregação para a Doutrina da Fé. Diz-se na *Instrução* citada, I, 1: "O fruto da geração humana, portanto, desde o primeiro momento da sua existência, isto é, a partir da constituição do zigoto, exige o respeito incondicional que é moralmente devido ao ser humano na sua totalidade corporal e espiritual. O ser humano deve ser respeitado e tratado como pessoa desde a sua concepção e, por isso, desde aquele mesmo momento devem ser-lhe reconhecidos os direitos da pessoa, entre os quais, antes de tudo, o direito inviolável de cada ser humano inocente à vida".

protecção –, a realidade da vida expõe a inconsistência desta posição quando, como seria inevitável perante uma construção tão irrealista, nem os seus próprios cultores mostram acreditar no que sustentam ou, pelo menos, não procedem em conformidade.

Desde logo, e a não ser que se pretenda incluir o próprio Deus na conjura contra a vida, não se perceberia a razão pela qual muitos embriões estão inevitavelmente destinados a perecer por cada gravidez natural bem sucedida. De facto, sem que a mulher se aperceba do facto e se possa aperceber, por cada embrião que se desenvolve e evolui numa gravidez natural, há vários outros que perecem. Por que razão teria Deus programado tal carnificina de pessoas humanas?

Se a criação divina de cada vida e a respectiva morte, naturais, já são um mistério, um desígnio divino insondável, então a criação e a morte imediata de pessoas nessas circunstâncias – porque é como pessoa que o zigoto é considerado naquela perspectiva –, isto é, as três a cinco pessoas que morrem por cada gravidez, estaria para além de qualquer possibilidade de compreensão.

Em todo o caso, se por cada pessoa concebida naturalmente há várias outras que inevitavelmente perecem no processo (todavia natural), por que razão seria moralmente condenável replicar a mesma relação – entre vida nascida e embriões que morrem – nos processos de procriação auxiliados clinicamente?¹⁷³

Em segundo lugar, e retomando um exemplo conhecido¹⁷⁴, é curioso imaginar que obrigações morais e jurídicas teria alguém, segundo os próceres da cultura da vida e para não ser considerado cúmplice da conjura da morte, num caso de eventual incêndio num laboratório onde se encontrasse um bebé, mas também uma fileira de várias dezenas de embriões *in vitro* e, hipoteticamente, só pudesse salvar ou o bebé ou a fileira de embriões. Quem deveria merecer a prioridade de salvamento?

¹⁷³ Isto porque o fundamentalismo confessional condena – e logicamente, já que de pessoas se trataria – a própria existência de embriões ditos excedentários nesses processos de reprodução *in vitro*: todos os embriões criados *in vitro* nos processos de reprodução clinicamente auxiliada, independentemente da sua viabilidade ou da geração inevitável e sistemática de gravidezes múltiplas, deveriam ser transferidos para o útero.

¹⁷⁴ Cf. B. STEINBOCK, "Moral status, moral value, and human embryos: implications for stem cell research" in *The Oxford Handbook of Bioethics*, Oxford, 2007, pág. 432; D. SHAW, "Moral qualms, future persons, and embryo research" in *Bioethics*, 2008, 4, pág. 223.

Na lógica de um empedernido *cultor da morte*, sem dúvida, o bebé: entre um bebé nascido e uma fileira de embriões *in vitro*, qualquer pessoa normal reagiria dessa forma, isto é, optaria por salvar o primeiro. Já para um autodenominado *cultor da vida*, pelo menos para um que levasse a sério a construção que pretende impor coactivamente a toda a sociedade, a prioridade seria o salvamento das dezenas de embriões, independentemente da sua viabilidade ou de estarem destinados a perecer e independentemente da morte do bebé¹⁷⁵.

c) Hoje, e paradoxalmente para quem se reveja nesse discurso, muitos milhares de pessoas devem a sua vida e milhares de famílias devem um incremento notável da sua felicidade e do seu bem-estar aos ditos *cultores da morte*. Com efeito, as suas vidas foram criadas através da tecnologia da fertilização *in vitro*, fortemente condenada quando surgiu e ainda hoje só excepcionalmente tolerada pelos autodenominados *cultores da vida*.

Para que esses milhares de vidas tivessem visto a luz, muitos embriões foram destruídos nas experiências científicas que durante anos se realizaram até aos primeiros sucessos dos finais da década de setenta do século passado e muitos embriões excedentários perecem ou são doados para experimentação científica. Para os autodenominados *cultores da vida*, no nascimento bem sucedido destas centenas de milhares de pessoas nada haveria a celebrar: é o resultado de um crime contra a humanidade¹⁷⁶.

Em contrapartida, quantos milhares de pessoas não terão morrido de SIDA por seguirem a recomendação papal contra o uso de preservativos ou pelo atraso da generalização da prática do seu uso nos ambientes de maior influência religiosa? Para os autoproclamados *cultores da vida*, a re-

¹⁷⁵ No mesmo sentido, não se percebe também, uma vez que na lógica dos ditos defensores da *cultura da vida* não há lugar para qualquer distinção valorativa entre as diferentes formas de vida humana, qual a razão por que, cada vez que *morre* um embrião ou um feto, não realizam os seus defensores cerimónias fúnebres análogas às que se dedicam à morte de pessoas nascidas; porquê não denunciam, com o mesmo vigor, a autêntica *matança*, todavia divinamente programada, que se produz em cada gravidez natural, já que, como se referiu, por cada uma bem sucedida, há cerca de três a cinco embriões que perecem. Cf. J. HARRIS/D. MORGAN/M. FORD, "Embryo and fetus: III. Stem cell research and therapy" in S. Post (ed.) *Encyclopedia of Bioethics*, New York, 3^a ed., 2003, pág. 725; M. SANDEL, "Embryo ethics - the moral logic of stem-cell research" in STEINBOCK/ARRAS/LONDON, *Ethical Issues in Modern Medicine*, New York, 7^a ed., 2009, pág. 708.

¹⁷⁶ Cf. PETER SINGER, *Practical Ethics*, New York, 3^a ed., 2011, págs. 123 e segs.

lização do seu projecto fundamentalista de luta contra a *cultura da morte* justificaria o sacrifício real dessas vidas.

d) De facto, numa identificação logicamente insustentada¹⁷⁷, para esta posição a violação da dignidade da pessoa humana é considerada como pressuposta em qualquer destruição de qualquer forma de vida humana, dada a sua *santidade*¹⁷⁸, e, por maioria de razão, em qualquer forma de vida humana *inocente*¹⁷⁹, como se qualquer afectação da vida fosse simultaneamente, por definição, um atentado contra a dignidade

Nessa perspectiva, o embrião, seja ele viável ou não, seja destinado a evoluir ou, esteja irremediavelmente condenado ao perecimento, por incapacidade natural ou por impossibilidade real nas circunstâncias em que foi criado ou em que existe, é considerado, desde a primeira hora da concepção, como uma pessoa humana, exactamente com os mesmos direitos e dignidade da pessoa humana nascida, e a sua destruição é inapelavelmente um crime. E esse crime é ainda mais odioso do que seria matar uma pessoa nascida, já que, diferentemente de uma pessoa nascida adulta, o embrião está indefeso perante os que se *conjuraram* contra a vida e o tomaram como alvo do dito *culto da morte*.

Daí que, para grande parte destes fervorosos defensores desta ideia particular de *cultura da vida*, o estatuto, a dignidade e a protecção jurídica do embrião ou do feto se situem até num nível superior ou mais exigente relativamente aos seres humanos nascidos. Com efeito, enquanto que, relativamente a pessoas nascidas, consideram legítimas algumas modalidades de cedência do respectivo direito à vida, em caso algum admitem essa cedência se se tratar do embrião ou do feto.

Por último, nos casos mais extremos deste fundamentalismo, numa lógica tenebrosa de afiliação ao lema de *morte aos cultores da morte*, surge

¹⁷⁷ Cf. U. NEUMANN, "Die Tyrannei der Würde", cit., pág. 159; J. WALDRON, "How law protects dignity", in *The Cambridge Law Journal*, 2012, 1, pág. 203.

¹⁷⁸ Sinalizando esta crescente identificação entre preservação absoluta do *natural*, *santidade da vida* e dignidade da pessoa humana, cf. D. BIRNBACHER, "Menschenwürde – abwägbar oder unabwägbar?", cit., págs. 250 e seg.

¹⁷⁹ O auxílio ao suicídio, qualquer modalidade de eutanásia, independentemente das circunstâncias, ou o abate de um avião civil destinado a ser utilizado como arma terrorista contra uma multidão no solo e na iminência de tal ocorrer, desde que no avião estivesse alguém não culpado, constituiriam inevitavelmente, nesta perspectiva, violações inadmissíveis da dignidade da pessoa humana. Cf., sobre o caso do *abate do avião*, volume II, cap. VII.

igualmente
sionais de s
abortivos q
dica, são, to
tários dos r

e) Entã
bre temas
ameaça; q
as células
como tão
da sua pr

Um ei
diável o p
(é o caso
procriaçã
potencia
pesquisa
a comba
vidas hu
uma ofe
conjura
morte te
lica, des
institui

f) C
ção de
atroz,
noma
existê
autono
sofrim
morte

¹⁸⁰ Cf. N
¹⁸¹ Evan

igualmente justificada a prática do terrorismo e do assassinio dos profissionais de saúde e dos responsáveis das clínicas onde se realizam actos abortivos que, apesar da licitude que lhes é reconhecida pela ordem jurídica, são, todavia, identificados como praticados por participantes voluntários dos rituais demoníacos da *cultura da morte*¹⁸⁰.

e) Então, qualquer alteração jurídica ou simplesmente reflexão sobre temas como os métodos contraceptivos ou o aborto são vistos como ameaça; qualquer pesquisa científica em domínios como a clonagem ou as células estaminais é vista, no mínimo, como suspeita e, em geral, vista como tão ostensivamente violadora da *dignidade humana* que a exigência da sua proibição dispensa justificações suplementares.

Um embrião humano pode ter como destino implacável e irremediável o perecimento, pode não ter qualquer viabilidade potencial ou real (é o caso dos chamados embriões excedentários produzidos no curso da procriação auxiliada clinicamente ou dos embriões privados de qualquer potencialidade e hipótese de viabilidade), mas, ainda assim, qualquer pesquisa científica sobre eles realizada – mesmo que destinada, a prazo, a combater doenças agora incuráveis e, portanto, a contribuir para salvar vidas humanas de pessoas reais – é considerado um crime contra a vida e uma ofensa à dignidade humana, denunciando-se como envolvidos numa *conjura contra a vida* e implicados numa suposta defesa de uma *cultura de morte* todos os que não sigam os referidos comandos da ortodoxia católica, desde os indivíduos beneficiários aos cientistas, dos media às próprias instituições internacionais¹⁸¹.

f) Com o mesmo radicalismo, quando alguém se encontre numa situação de doença terminal sem possibilidades de remissão e em sofrimento atroz, a ortodoxia católica recusa qualquer possibilidade de decisão autónoma dessa pessoa sobre as condições em que pretenda libertar-se dessa existência terminal de sofrimento e sobre a possibilidade de escolher autonomamente, perante a inevitabilidade de uma morte dolorosa e de sofrimento prolongado sem qualquer esperança, a alternativa de uma morte digna, querida e organizada pelo próprio.

¹⁸⁰ Cf. MARY ANNE WARREN, *Moral Status*, Oxford, (1997), 2000, pág. 15.

¹⁸¹ *Evangelium Vitae*, 17.

Constituindo, de alguma forma, uma interferência nos designios de Deus e na programação que Ele destinou para aquela vida, uma tal decisão individual, mesmo que formada em condições de consciência, autonomia, esclarecimento e informação plena sobre a sua situação, seria para a ortodoxia católica, não uma morte digna, mas sim uma violação da dignidade humana e expressão das referidas *cultura de morte e conjura contra a vida* de que comungaria a criticada visão secular dos direitos humanos.

Pretender fazer cessar, através de uma decisão consciente e autónoma, esse sofrimento atroz, terminal e sem remissão, seria, para a ortodoxia católica, uma indignidade só comprehensível porque vivemos actualmente numa “atmosfera cultural que não vê qualquer significado nem valor no sofrimento”, que *deplora* o sofrimento “rejeitado como inútil, ou mesmo combatido como mal a evitar sempre e por todos os modos”, ou seja, uma concepção de direitos humanos que, por não possuir uma visão religiosa, seria incapaz, segundo o fundamentalismo católico, de “decifrar positivamente o mistério da dor”¹⁸².

Mais uma vez, diga-se que não merece qualquer reparo o facto de alguém, por razões de crença ou de fé, considerar a dor e o sofrimento de que está a padecer como experiência salvífica ou dádiva divina, como algo positivo ou como ocasião para expiar os *pecados*, mas já não parece defensável que se pretenda impor o mesmo padrão de comportamento aos outros e, logo, obrigar a suportar desnecessariamente tal sofrimento quem não partilha dessas fé e crença.

Sobretudo, para o que importa no nosso domínio, é já inadmissível e incompatível com os quadros do Estado de Direito que se pretenda capturar o aparelho jurídico e coactivo do Estado para impor socialmente essa fé e esse padrão de comportamento aos outros, com o auxílio do Código Penal e com a mobilização dos pretendidos princípios constitucionais, mesmo contra a vontade democraticamente expressa de uma comunidade.

g) Por último, a utilização manipulatória do conceito de dignidade da pessoa humana, enquanto mero instrumento de luta política nas mãos do fundamentalismo confessional, reflecte-se tendencialmente em debilidades notórias no plano da dogmática jurídica.

¹⁸² *Evangelium Vitae*, 15, 23.

Assim, fruto daquela instrumentalização, dignidade da pessoa humana vem, como se disse, simplisticamente identificada com vida humana, ao que subjaz a visão, errónea, da dignidade da pessoa humana como algo de material, de físico, de corpóreo ou de espacial, que se considera violado quando é *tocado*, abandonado, expropriado, ferido ou destruído. Porém, esta é uma visão essencialmente incapaz de dar conta da natureza normativa, especialmente da natureza jurídica, da dignidade da pessoa humana ou do princípio da dignidade da pessoa humana.

Designadamente quando tratamos de um princípio constitucional, como é o da dignidade da pessoa humana, aquilo que está essencialmente em causa, para o apuramento da eventual lesão ou violação do princípio, não é o *estado* físico em que ficou determinado objecto ou bem após uma intervenção humana, mas é antes saber se uma das partes da relação jurídica subjacente violou ou não os deveres a que está obrigada. Neste sentido, a dimensão normativa da dignidade da pessoa humana (o princípio jurídico) é uma relação¹⁸³ e, enquanto princípio constitucional, é uma relação em que o obrigado é primariamente, ainda que não exclusivamente, o Estado e os poderes públicos. Há violação da dignidade da pessoa humana quando os poderes públicos falham os deveres (de respeito, de protecção e de promoção) que a norma constitucional lhes impõe.

h) Logo, uma vida humana pode ser destruída, uma pessoa pode ser morta, sem que haja aí violação da dignidade da pessoa humana. Se numa catástrofe natural morrem centenas ou milhares de pessoas, não é por esse facto que há violação da dignidade. Mas se, eventualmente, o Estado falhou gravemente nos deveres de protecção que lhe incumbiam, pode eventualmente apurar-se ter havido violação da dignidade da pessoa humana.

Se um polícia mata alguém numa situação de legítima defesa ou como meio imprescindível para salvar a vida de alguém contra aquele que a ameaça, não há aí qualquer violação da dignidade da pessoa humana. Porém, se mata um suspeito de tráfico de droga numa atitude de fazer justiça pelas próprias mãos, dispensando procedimentos judiciais e julgamento posteriores, esse acto já significa uma violação da dignidade da pessoa humana.

¹⁸³ Cf. RALF POSCHER, "Menschenwürde und Kernbereichsschutz" in JZ, 2009, págs. 274 s.

É, de resto, a experiência de todos os dias, em qualquer parte do mundo, que demonstra não coincidirem os dois termos: vida humana e dignidade da pessoa humana. Nem toda a morte de pessoas significa violação da dignidade da pessoa humana e, na generalidade dos casos, a violação da dignidade ocorre em situações que não acarretam a morte dos afectados¹⁸⁴.

O mesmo acto físico, com as mesmas consequências na vida ou na integridade física de uma pessoa, pode ou não constituir violação da dignidade dessa pessoa. Quando um cirurgião perfura um corpo humano, faz uma amputação ou extrai um órgão de um paciente, o acto físico, técnico, material, pode ser o mesmo daquele que é praticado num acto de tortura, mas neste último há violação da dignidade da pessoa humana e no primeiro a violação pode ou não existir. Se o cirurgião pratica o acto sem o consentimento informado da pessoa, numa situação em que podia e devia ter obtido tal consentimento, há violação da dignidade. O acto pode ser o mesmo, bem como as suas consequências na integridade física do paciente, mas num caso há violação do direito fundamental à integridade física e no outro não.

i) Logo, para se apurar a existência de violação da dignidade num caso de perda de vida humana, o decisivo não é verificar se a vida humana foi destruída, mas é antes verificar se alguém incumpriu os deveres de respeito que lhe cabem e que lhe são juridicamente impostos e, para verificar tal, é necessário ter em conta as circunstâncias complexas do caso, a justificação, os fins em vista, a relação entre os fins e os meios.

Por exemplo, se um país ataca outro, sem razão legítima, à margem e contra o Direito internacional, se recorre a armas químicas nesse ataque, provocando sofrimento e vítimas inocentes, e o país agredido se defende militarmente e, com isso, causa igualmente mortes, de um e de outro lado ou de pessoas totalmente alheias ao conflito, há nessa reacção violação da dignidade da pessoa humana? Há em cada uma daquelas mortes violação da dignidade da pessoa humana?

j) Tão abusivo seria identificar um acto de matar com necessária violação da dignidade da pessoa humana como seria identificar um acto de

¹⁸⁴ Assim, H. DREIER, *Bioethik: Politik und Verfassung*, cit., págs. 35 e segs.

criação de vida humana com acto necessariamente respeitador da dignidade da pessoa humana¹⁸⁵.

Mas já seria intrinsecamente contraditório aderir a uma premissa (“destruir uma vida humana significa violação da dignidade da pessoa humana”) e rejeitar a outra (“criar uma vida humana favorece a dignidade da pessoa humana”), ou seja, invocar a dignidade da pessoa humana para rejeitar o reconhecimento do auxílio ao suicídio ou da eutanásia voluntária em situações extremas e, em sentido inverso, invocar a dignidade da pessoa humana para rejeitar modalidades de criação de vida, como, por exemplo, certas modalidades de procriação auxiliada clinicamente ou a chamada maternidade de substituição¹⁸⁶.

Quem identifica, pura e simplesmente, destruição de vida, em si, com violação da dignidade da pessoa humana, teria logicamente de considerar a criação de vida como acto respeitador da dignidade humana e não poderia, consequentemente, condenar a clonagem reprodutiva de um novo ser humano.

k) Em termos jurídico-constitucionais, não é possível determinar a existência de violação do princípio sem considerar o contexto, as intenções, o significado social do acto em causa.

Para tanto, não é seguramente grande ajuda brandir o *slogan* da “cultura da morte” para concluir, sem mais, por exemplo, que quando o Reino Unido, a Bélgica ou a Espanha permitem condicionadamente a investigação científica sobre células estaminais humanas embrionárias estão a violar a dignidade da pessoa humana, mesmo que seja absolutamente seguro que nunca, em nenhuma circunstância, os embriões utilizados na pesquisa dariam origem a vidas humanas. Pura e simplesmente, para essa posição, porque em tal investigação é inevitável a destruição de embriões humanos, o Reino Unido, a Bélgica e a Espanha seriam, afinal, membros activos na conspiração da “cultura da morte”.

¹⁸⁵ Cf. U. NEUMANN, “Die Tyrannie der Würde”, *cit.*, pág. 160.

¹⁸⁶ Cf., assim, D. BIRNBACHER, “Ambiguities in the concept of Menschenwürde”, *cit.*, pág. 109.

Capítulo VII

“The Stupidity of Dignity”¹⁸⁷?

Vimos nos últimos capítulos como a invocação do princípio da dignidade da pessoa humana corre o risco de oscilar pendularmente entre uma utilização redundante e retórica, que nada acrescenta de útil ao que pode ser já retirado das normas de direitos fundamentais, e uma utilização contundente, *militante*, baseada numa compreensão fechada e sectária do princípio, que, todavia, ameaça uma convivência fundada no respeito e na tolerância, própria de um Estado de Direito democrático e plural.

Não admira, assim, que se tenha desenvolvido toda uma sensibilidade doutrinária caracterizada por um profundo ceticismo quanto às virtualidades, também jurídicas, do princípio da dignidade da pessoa humana, designadamente quanto à possibilidade de dele se poder extrair algo que não seja igualmente retirável, com vantagem, de outros princípios e sem os riscos associados àquela outra utilização nefasta da dignidade.

¹⁸⁷ “The stupidity of dignity: conservative bioethic’s latest, most dangerous ploy” corresponde ao título de um artigo que STEVEN PINKER, Professor do Departamento de Psicologia da Universidade de Harvard, publicou em *The New Republic*, 28.05.2008, em reacção ao “último e mais perigoso estratagema da bioética conservadora”, espelhado, em seu entender, na colectânea de ensaios reunidos em *Human Dignity and Bioethics*, organizada pelo Conselho de Ética nomeado pelo Presidente W. Bush e publicada nesse mesmo ano.

1. Da rejeição da utilização *partidarizada* da dignidade à defesa da inutilidade ou da inconveniência do princípio

a) As práticas de utilização *confessionalmente empenhada* e ideologicamente muito marcada da dignidade da pessoa humana geraram, naturalmente, reacções de rejeição e, dentre elas, desenvolveu-se uma posição que, a partir das consequências negativas que inevitavelmente decorrem daquele tipo de utilização, tende a recusar a possibilidade ou, pelo menos, a existência de qualquer vantagem na invocação do conceito ou do princípio da dignidade humana.

É esta objecção que agora consideramos e que, não por acaso, tem sido sobretudo difundida no campo das ciências da vida, isto é, nos domínios onde, nos últimos anos, como referimos, se verificou uma mais intensa utilização *partidarizada* da dignidade. De facto, foi designadamente aí que, nas últimas décadas, se assistiu a uma tentativa, muitas vezes bem sucedida, de *captura* do conceito de dignidade da pessoa humana por parte de um *confessionalismo militante*, mas também, sobretudo na Europa, por parte de um *bioconservadorismo laico*.

Esta captura, cujos afloramentos mais ostensivos abordaremos desenvolvidamente no terceiro volume deste trabalho, transformou, em grande medida, o princípio da dignidade humana num constrangimento objectivo e muitas vezes irracional da autonomia individual, vindo a refletir-se, no plano jurídico, na aprovação de um conjunto de convenções internacionais que condicionam profundamente a liberdade de pesquisa científica e que restringem os direitos procriativos.

Perante essa estratégia, seria praticamente inevitável o desenvolvimento de uma reacção de sentido contrário que, como dissemos, se expressa frequentemente num pronunciado cepticismo relativamente às virtualidades do conceito e do princípio da dignidade humana.

b) Na base do cepticismo que informa a reacção àquela estratégia está, em primeiro lugar, a ideia de que são as próprias debilidades estruturais do conceito de dignidade que permitem a sua manipulação *partidarizada* e dão azo à sua utilização *militante* contra a liberdade individual e os direitos fundamentais.

Na raiz daquela insuficiência estaria, em última análise, a impossibilidade de definição rigorosa do conceito de dignidade da pessoa humana,

dada a va
ralmente,
partidariza
mitido qu
ter recor
argument
argumen
Logo,

conceito
de digni
bioético
crático.

c) As
invulga
ciais ex
fáctica,
fundam
dade d
potenci
fundan

Sob
seria tâ
domíni
cias da
mente
nista p

É e
quênci
como

¹⁸⁸ Cf. D.
M. BAG,
Pág. 260
judicial
of Dignit

¹⁸⁹ Cf. M.
¹⁹⁰ Cf. R.

dada a vacuidade, vaguidade e ambiguidade que a afectariam estruturalmente, e, daí, a propensão natural para uma utilização oportunista e partidarizada do princípio. Só essa indeterminação conceptual teria permitido que os estrategas da orientação de captura confessional pudessem ter recorrido abusivamente à dignidade, utilizando-a como *knock-down argument* nas situações em que se defrontam com maiores dificuldades de argumentação racional para defesa dos seus pontos de vista¹⁸⁸.

Logo, o que estaria em causa não era apenas a utilização espúria do conceito da dignidade humana, mas também a própria aptidão da ideia de dignidade humana para funcionar adequadamente como princípio bioético e como princípio jurídico vinculativo em Estado de Direito democrático.

c) Assim, da indeterminação conceptual objectiva, mas também da invulgar aptidão do conceito para permitir a defesa de posições substanciais exactamente opostas¹⁸⁹, designadamente para, na mesma situação factica, favorecer o exercício ou para favorecer a restrição dos direitos fundamentais em causa, decorreria, na melhor das hipóteses, a inutilidade do conceito e, na pior, a inevitabilidade de uma sua utilização potencialmente arbitrária com o consequente debilitamento dos direitos fundamentais¹⁹⁰.

Sobretudo nesta última hipótese, a instrumentalização da dignidade seria tão mais grave quanto tende a ser frequentemente explorada em domínios da maior relevância e sensibilidade práticas, como é o das ciências da vida, onde os interesses vitais das pessoas podem resultar seriamente afectados em caso de sucesso de estratégias de fundo proibicionista pretensamente radicadas na dignidade da pessoa humana.

É especialmente aí que, com um sentido diferente, mas com consequências afins, se verifica a tendência para a arregimentação do princípio como estratégia para impor uma agenda conservadora de luta polí-

¹⁸⁸ Cf. D. BIRNBACHER, "Ambiguities in the concept of Menschenwürde", *cit.*, págs. 108 e seg.; M. BAGARIC/J. ALLAN, "The vacuous concept of dignity" in *Journal of Human Rights*, 5, 2006, pág. 260; sustentando dúvidas análogas, cf. CHRISTOPHER MCCRUDDEN, "Human dignity and judicial interpretation of human rights", *cit.*, págs. 655 segs; NEOMI RAO, *On the Use and Abuse of Dignity in Constitutional Law in Columbia J. European L.*, 14, 2008, págs. 201 segs.

¹⁸⁹ Cf. M BAGARIC/J. ALLAN, *loc. cit.*, págs. 266 segs.

¹⁹⁰ Cf. R. CHUECA, *loc. cit.*, pág. 47.

tica contra decisões democráticas que eventualmente favoreçam ou permitam a inovação, a pesquisa e a experimentação científicas. É que, de outra forma, designadamente, se tal intenção se afirmasse abertamente nos seus fundamentos e propósitos, essa agenda não teria a mesma hipótese de ser bem sucedida num quadro de Estado de Direito democrático, laico, baseado na separação das esferas política e religiosa.

Nesse sentido, denuncia-se a associação muito vincada da utilização do conceito à ideologia conservadora e, sobretudo, ao confessionalismo católico, que utilizariam a dignidade como “um embuste”, “um cavalo de Tróia para ataques de inspiração religiosa à igualdade” ou, como tem sucedido em casos judiciais paradigmáticos, como fundamento/pretexto para desrespeitar escolhas autónomas das pessoas¹⁹¹.

Ou seja, enquanto que argumentos baseados numa pretensa *verdade divina* seriam dificilmente admitidos à participação na deliberação democrática num Estado de Direito pluralista e inclusivo, já argumentos substancialmente idênticos, mas agora sustentados formalmente na dignidade da pessoa humana ou até no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, adquirem imediatamente uma nova credibilidade, senão científica, pelo menos ética, filosófica ou até jurídica¹⁹².

d) Por outro lado, sustenta a posição de rejeição, estes riscos não seriam compensados por qualquer contrapartida positiva proporcionada pela utilização do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que tudo o que, na melhor das hipóteses, dele se pode extrair seria igualmente proporcionado por outros princípios de utilização menos arbitrária e

¹⁹¹ Cf. S. HENNETTE-VAUCHEZ, “When ambivalent principles prevail: ...”, cit., págs. 193 e segs; M. ROSEN, “Dignity: the case against”, cit., págs. 143, 147 e 149 e segs. Utilizando a imagem afim de “inimigo interno”, no sentido de que trazer a dignidade para a fundamentação dos direitos fundamentais – no caso, a liberdade de expressão – poderia ser dar foros de cidade ao *inimigo interno* que depois seria utilizado, não para a proteger, mas como justificação para a restringir, cf. GUY E. CARMI, “Dignity – the enemy from within: a theoretical and comparative analysis of human dignity as a free speech justification” in *Journal of Constitutional Law*, 2007, 4, pág. 1001.

¹⁹² Criticando, em sentido afim, a fundamentação dos direitos humanos na dignidade humana, dada a conotação religiosa, metafísica e idolátrica que esta assume no pensamento ocidental e, logo, a contaminação que tal fundamentação determinaria na produção de igual e tendencial configuração fracturante dos direitos humanos como espécie de *religião secular*, cf. MICHAEL IGNATIEFF, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton University, 2001, págs. 53 e segs.

perigosa. Designadamente, a dignidade nada acrescentaria aos princípios bioéticos da autonomia e do respeito pela pessoa¹⁹³.

É assim que, na teoria porventura actualmente dominante no domínio da bioética, a chamada teoria *principialista* (ou *principialismo de Georgetown*¹⁹⁴), os princípios adoptados são os da autonomia, da não maleficiência, da beneficência e da justiça, permanecendo a dignidade da pessoa humana ausente enquanto princípio bioético.

Note-se, porém, que quando se aprofunda o sentido que é dado àqueles outros princípios, aquilo que se verifica é que, ainda que sem reconhecimento expresso e, portanto, não podendo funcionar como princípio unificador e fundacional, na sustentação originária de cada um daqueles princípios bioéticos está, em última linha, o reconhecimento implícito da dignidade da pessoa humana enquanto respectivo fundamento¹⁹⁵, da mesma forma que, no domínio do Direito constitucional, é a dignidade da pessoa humana, como aqui sustentamos, que está por detrás ou na base do desenvolvimento dos restantes princípios estruturantes de Estado de Direito.

Em qualquer caso, para aquela posição, ou a dignidade, na melhor das hipóteses, se identifica com a autonomia, nada acrescentando àquilo que este princípio garante¹⁹⁶, ou, na pior, mas muito frequente, seria mera

¹⁹³ Cf., com maior eco, RUTH MACKLIN, "Dignity is a useless concept", cit., págs. 1419 e seg.

¹⁹⁴ Referido ao modelo teórico desenvolvido por T. BEAUCHAMP e J. CHILDRESS (*Principles of Biomedical Ethics*, 1^a ed., 1985, 7^a ed., Oxford, 2013) a partir do chamado Relatório Belmont (1978), onde, pela primeira vez, e num paralelo muito interessante com os desenvolvimentos que na época ocorriam igualmente na teoria jurídica dos direitos fundamentais, se sugeria, no domínio da bioética, o recurso preferencial a princípios éticos gerais e consolidados na resolução de casos difíceis, em prejuízo da aplicação mecânica de regras muito precisas, mas insusceptíveis de abranger adequadamente a complexidade desses casos.

Note-se, todavia, que apesar da existência de referências inspiradoras comuns ao *principialismo bioético de Georgetown* e à *teoria dos direitos fundamentais como princípios* (como seria, designadamente, a referência comum às posições sustentadas por WILLIAM D. ROSS, *The Right and the Good*, 1930), o paralelismo não é tanto entre os princípios bioéticos e os princípios estruturantes de Estado de Direito (dignidade, igualdade, proporcionalidade, segurança), mas mais entre aqueles princípios bioéticos e as próprias normas de direitos fundamentais quando elas são concebidas como princípios.

¹⁹⁵ É também essa a posição que FOSTER (*op. cit.*, *passim* e pág. 61) sustenta: quando se escava cada um dos outros princípios mais em profundidade, acaba sempre por se bater na dignidade.

¹⁹⁶ E não apenas no domínio das ciências da vida, já que idêntica crítica é igualmente feita no Direito constitucional. Cf., assim, a propósito do recurso à dignidade humana enquanto fundamento da liberdade de expressão, GUY E. CARMI, *loc. cit.*, *maxime* págs. 982 e segs.

"camuflagem de inconfessáveis preconceitos morais de origem sobre-tudo religiosa"¹⁹⁷.

e) Também no Direito Constitucional se multiplicam, com fundamentos análogos, não tanto propostas expressas de rejeição pura e simples do princípio da dignidade da pessoa humana, mas, mais frequentemente, reservas à sua utilização acrítica, chamando-se a atenção, de um lado, para a impossibilidade de, através dele, ir muito para além da utilização redundante que já abordámos, e, de outro, para a necessidade de relativização do seu conteúdo normativo, reduzindo a dignidade da pessoa humana a simples apoio retórico da posição que se pretende sustentar ou a mero elemento tópico a considerar, entre outros, nos juízos de ponderação levados a cabo no domínio dos direitos fundamentais¹⁹⁸.

De facto, extrapolando as reservas feitas à dignidade do domínio das ciências da vida para o domínio constitucional, concluímos que as consequências de uma estratégia manipuladora da dignidade, a ser bem sucedida, são aqui igualmente devastadoras e de uma forma porventura ainda mais directa.

É que enquanto no domínio da bioética, da biomedicina ou da biotecnologia a mobilização *militante* da dignidade humana a favor de estratégias de confessionalismo fundamentalista necessita inevitavelmente, para produzir os resultados visados, de passar ainda pela recepção e pela mediação da actividade do legislador democrático, isto é, será sempre necessário que os governos e os parlamentos das democracias adoptem maioritariamente a estratégia confessional proibicionista, já no domínio constitucional a adopção dos mesmos princípios por parte das jurisdições constitucionais teria efeitos devastadores nos equilíbrios do Estado democrático, dada a extrema facilidade de utilização do princípio como instrumento de invalidação arbitrária das decisões do legislador.

De facto, a partir do momento em que o princípio da dignidade da pessoa humana é invocável a cada momento, em qualquer domínio e sem o mínimo rigor, contenção ou esforço de delimitação do respectivo conteúdo, especialmente nas situações de dissenso e de confronto de concepções e mundividências opostas, a convocação do conceito enquanto

¹⁹⁷ Conforme síntese da objecção, todavia não por ele partilhada, feita por JOHN TASIOULAS, "Human dignity and the foundations of human rights", cit., pág. 304.

¹⁹⁸ Cf. *supra*, cap. IV.

princípio jurídico-constitucional remete objectivamente para o poder judicial, muitas vezes sem fundamento bastante, a última palavra sobre questões essencialmente políticas.

Ora, para a decisão dessas questões, a intervenção do poder judicial não apresenta qualquer vantagem relativamente aos órgãos democraticamente legitimados, uma vez que o juiz não fará mais que recorrer à sua especial concepção particular de dignidade para favorecer uma das partes ou uma das concepções particulares em conflito.

No fundo, a facilidade de utilização ideológica ou confessional da dignidade da pessoa humana estimularia um activismo judicial potencialmente incompatível com a observância do princípio da separação de poderes de Estado de Direito e, designadamente, resultaria em prejuízo da capacidade de decisão política dos órgãos democraticamente legitimados e eleitos para o efeito¹⁹⁹.

f) Neste sentido, o conceito de dignidade da pessoa humana é um conceito que se abre potencialmente a uma sobrecarga axiológica que se, no plano político, filosófico, religioso ou moral, pode não ser problemática, já no plano jurídico-constitucional poderia revelar-se incompatível com os quadros do Estado de Direito do nosso tempo e, designadamente, abrir o caminho a uma intervenção judicial que, em nome de uma particular concepção de dignidade – que acaba por ser, no fundo, a do juiz –, poria em causa o princípio da separação de poderes²⁰⁰.

Na realidade, cada um de nós, e cada juiz, fará a sua própria ideia acerca da melhor forma de preencher positivamente o conceito de dignidade humana, ou seja, cada um desenvolve uma concepção própria do que é uma vida digna.

Basta ver como, quanto às questões mais controversas que dividem as nossas sociedades, os próprios tribunais constitucionais ou os supremos tribunais se encontram igualmente divididos, numa correspondência quase mecânica com as divisões ideológicas, morais ou religiosas que também dividem a sociedade, para se perceber o risco de uma atribuição ao poder judicial de uma intervenção pretensamente arbitral feita sob a

¹⁹⁹ Cf. NEOMI RAO, "On the use and abuse of dignity ...", cit., *passim*; NETTESHEIM, "Die Garantie der Menschenwürde zwischen metaphysischer Überhöhung und bloßem Abwängungstopos", cit., págs. 86 segs.

²⁰⁰ Cf. DAVID FELDMAN, "Human dignity as a legal value: Part I" in *Public Law*, 1999, pág. 697.

égide da imposição positiva de um conceito constitucional de dignidade humana axiologicamente sobrecarregado.

De facto, no Estado de Direito dos nossos dias, são as ideias do pluralismo, respeito da diferença, tolerância, neutralidade confessional e inclusividade, baseados na igual liberdade e autonomia de cada um, que mais adequadamente correspondem à actualização do ideal de racionalização e limitação jurídica de um Estado baseado na dignidade da pessoa.

Neste Estado, o conteúdo constitucional da dignidade da pessoa humana não pode ser imposto positivamente como produto de definições ou preconceitos ideológicos particulares ou de ordenações fechadas e abstractamente hierarquizadas de valores, por mais que eles se pretendam sustentados ou deduzidos a partir de hipotéticos valores absolutos ou pretensas “verdades” morais, religiosas ou filosóficas, todavia sistematicamente postas em causa e reavaliadas, também pelos seus próprios defensores, no momento, na geração ou na época seguintes.

A livre *competição* entre esses diferentes valores, concepções, visões culturais, modos de vida, é o terreno por excelência do diálogo na sociedade e da luta política que a Constituição de Estado de Direito deve deixar ao livre curso da vida democrática e à permanente actualização cultural e civilizacional que ela proporciona, sob pena de ruptura do consenso constitucional que funda os nossos Estados de Direito.

2. A possibilidade e a necessidade de uma utilização constitucionalmente adequada do princípio

a) No entanto, por mais compreensíveis que sejam os receios que subistem a estas dúvidas, no domínio constitucional a referida estratégia de negação da operatividade do princípio da dignidade da pessoa humana nelas implicada merece objecções de peso. Desde logo, confronta-se com a dificuldade de uma tal proposta de negação simplesmente significar, em muitas ordens jurídicas, uma proposta de inobservância das próprias disposições constitucionais.

É que, em países como o nosso, é a própria Constituição que acolhe o princípio da dignidade da pessoa humana e lhe confere expressa ou implicitamente o mais elevado grau de normatividade, na medida em

que o investe da qualidade e da função de alicerce de todo o edifício do Estado de Direito²⁰¹. Logo, por mais difícil que seja essa tarefa, a doutrina e a jurisprudência constitucionais, até pelos referidos riscos que vêm envolvidos numa utilização menos escrupulosa do princípio, não podem deixar de lhe reconhecer um valor constitucional e não se podem, consequentemente, demitir de lhe atribuir um sentido normativo constitucionalmente adequado.

b) Por outro lado, prescindir deliberadamente de preencher com um conteúdo normativo o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas frustraria o sentido da recepção constitucional do princípio, como seria intrinsecamente contraditório com os motivos que justificariam a negação, já que, na prática, entregaria às utilizações ideológica ou confessionalmente interessadas, e para fins estranhos ao Estado constitucional de Direito, o aproveitamento e a manipulação da aura largamente positiva de que o conceito beneficia na época do pós-totalitarismo²⁰².

Isto é, mesmo admitindo que o conceito de dignidade pode ser, e é, indiferentemente invocável de um e do outro lado de uma disputa – tanto a favor da autonomia individual, como procurando restringir essa autonomia –, aquilo que esta estratégia de rejeição da utilização do conceito propõe, na prática, é o abandono do campo e a entrega do monopólio de utilização do princípio da dignidade da pessoa humana ao lado oposto.

De alguma forma, essa estratégia *negacionista* replicaria, no domínio da dignidade da pessoa humana, análoga postura que, designadamente entre nós, no último quartel do século passado, afectou o reconhecimento do próprio princípio do Estado de Direito.

Como durante muito tempo também o conceito de Estado de Direito havia sido instrumentalizado pelos regimes totalitários e ditatoriais – era o autodenominado *Estado de Direito de Adolf Hitler* ou o pretenso *Estado de Direito* da ditadura salazarista –, ele foi posteriormente visto por algum constitucionalismo como um conceito irremediavelmente contaminado e irrecuperável para uma sociedade democrática, estratégia essa que,

²⁰¹ Assinale-se, ainda, que mesmo em países em que não há quaisquer referências a *dignidade* no texto constitucional, como é o caso dos Estados Unidos da América, ela é “já um valor proeminente”, profusamente utilizado na jurisprudência constitucional (cf., assim, os Autores citados na nota 65).

²⁰² Em sentido afim, H. BIELEFELDT, *Auslaufmodell Menschenwürde?*, cit., pág. 19.

todavia, se tivesse sido bem sucedida, não teria feito mais que *entregar* definitivamente aos que haviam abusado do princípio do Estado de Direito, ou que haviam tolerado passivamente o abuso, o monopólio de utilização deturpada de um conceito constitucional publicamente percebido como valioso²⁰³.

c) De resto, de alguma forma, embora menos acentuadamente, alegações de indefinição, indeterminabilidade e ausência de consenso análogas às imputadas ao conteúdo normativo do princípio da dignidade da pessoa humana podem ser dirigidas à interpretação e aplicação dos outros princípios constitucionais estruturantes, como a igualdade ou a proporcionalidade, e afectam indiferentemente todos os princípios gerais de Direito²⁰⁴. Ora, pura e simplesmente, não é hoje possível resolver quaisquer questões verdadeiramente difíceis de Direito Constitucional, e mesmo de outros ramos do Direito, sem o recurso e a aplicação desses chamados princípios estruturantes de Estado de Direito.

Ora, tal como relativamente a esses outros princípios a doutrina e, sobretudo, a jurisprudência dos diferentes Estados de Direito, em diferentes latitudes, foram capazes de chegar a um respectivo preenchimento de forma consensual e já relativamente estabilizada – sem prejuízo, naturalmente, do inevitável desacordo aquando da aplicação dos parâmetros gerais aos casos concretos –, um esforço análogo pode fazer-se e é mesmo exigível, por maioria de razão, quanto ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Portanto, diferentemente do que se infere da estratégia de rejeição, o esforço deve ser dirigido para alcançar uma concepção constitucionalmente adequada de dignidade da pessoa humana, tão objectiva, consensual e determinada quanto possível e, sobretudo, que possa representar um sentido normativo autónomo não consumido por outras normas constitucionais. Para tanto, o conceito não pode ser simplesmente identificado e preenchido, de forma vaga e não suficientemente reflectida, como se fosse um conglomerado em que se incluem indistintamente

²⁰³ Cf., a propósito, J. REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, Coimbra, reed., 2013, *passim*.

²⁰⁴ Cf., nesse preciso sentido, entre nós, a censura que os críticos do Tribunal Constitucional português dirigiram à chamada *jurisprudência constitucional da crise*. Sobre o tema J. REIS NOVAIS, *Em Defesa do Tribunal Constitucional – Resposta aos Críticos*, Coimbra, 2014.

liberdade, autonomia, direitos sociais, igualdade, respeito e consideração devidos aos seres humanos, deveres estatais de protecção e de prestação.

Se bem que sem a pretensão de alcançar resultados inequívocos, o esforço deve, então, ser primariamente dirigido para chegar a um conceito constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana solidamente ancorado, aparentemente menos abrangente, ambicioso ou menos *amigo* da dignidade, mas operativo e capaz de evitar ou, pelo menos, de diminuir os riscos atrás enumerados.

Será o que procuraremos fazer no segundo volume deste trabalho, mas, desde logo, uma função da maior relevância em Estado de Direito, que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana desempenha já e deve continuar a desempenhar, é o que consideramos a seguir: o da sua utilização *ao lado* dos direitos fundamentais, ou seja, numa função múltipla de fundamento de uma concepção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais em Estado de Direito, de orientação e critério de conformação do conteúdo normativo dos direitos fundamentais e, finalmente, de parâmetro de controlo da legitimidade constitucional das restrições aos direitos fundamentais.

Capítulo VIII

A Dignidade da Pessoa Humana *ao Lado* dos Direitos Fundamentais

Num sentido radicalmente diverso e oposto mesmo ao que desempenha enquanto fundamento de eventuais restrições a direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana é igualmente convocável, e era essa a sua vocação originária quando foi recebida como princípio constitucional na segunda metade do século XX, para desempenhar um papel da maior relevância na defesa, protecção e promoção da liberdade, da autonomia e do bem-estar individuais – a dignidade *ao lado* dos direitos fundamentais.

Nesse plano, enquanto princípio jurídico-constitucional, a dignidade da pessoa humana intervém directamente, sobretudo, na qualidade de instrumento de controlo constitucional da actuação ou da omissão dos poderes públicos, impondo-lhes obrigações e limites positivos e negativos que condicionam a actuação estatal restritiva da liberdade individual, mas não esgota aí as suas funções.

Mais concretamente, nesse plano de utilização *ao lado* dos direitos fundamentais, o comando normativo imperativo do princípio da dignidade da pessoa humana desenvolve-se, pelo menos, em três direcções dogmaticamente relevantes²⁰⁵:

²⁰⁵ Cf. o desenvolvimento destas ideias em J. REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional ...*, cit., págs. 43 segs.

- (i) em primeiro lugar, a dignidade da pessoa humana está na raiz da própria concepção da natureza e das funções dos direitos fundamentais em Estado de Direito democrático. Ou seja, em todas as Constituições há direitos fundamentais ou normas de direitos fundamentais, mas, numa sociedade politicamente estruturada e baseada na dignidade da pessoa humana – entendida no contexto e pelas razões com que o princípio foi constitucionalmente acolhido a partir da Segunda Guerra Mundial –, os direitos fundamentais assumem, enquanto normas jurídicas de força constitucional, uma natureza essencial de garantias da liberdade, da autonomia e do bem-estar individuais furtadas à disponibilidade dos poderes públicos.
- (ii) em segundo lugar, a dignidade desempenha uma função multifacetada na conformação do alcance, da delimitação e da natureza do conteúdo normativo dos direitos fundamentais. Por um lado, na delimitação do próprio conteúdo dos direitos fundamentais, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana aponta para uma orientação hermenêutica que atribui a maior relevância à autonomia do próprio titular na fixação daquele conteúdo. Mas, para além disso, a dignidade da pessoa humana constitui fundamento da diferenciação das possibilidades de cedência posterior dos direitos fundamentais e, por último, está essencialmente na base dos critérios de filtragem das razões admissíveis para a sua eventual limitação.
- (iii) em terceiro lugar, a dignidade da pessoa humana desempenha um papel fundamental no controlo da constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais, não apenas enquanto fonte de dedução dos restantes *limites aos limites*, mas também enquanto critério ou parâmetro material autónomo de controlo.

Ou seja, mesmo nas situações em que se admite a posterior imposição de limites aos direitos fundamentais por parte dos poderes infraconstitucionais, a dignidade da pessoa humana constitui, em si mesma, um *limite aos limites*, o que, consoante o tipo de afectação que impenda sobre o direito fundamental em questão, significa duas coisas: primeiro, a restrição ou intervenção restritiva sobre um direito fundamental não pode ir tão longe que viole a dignidade do seu titular, pelo que esta assume aí a natu-

reza de limite absolutamente inultrapassável; segundo, o Estado tem de garantir um nível mínimo de concretização e de possibilidades de exercício do direito fundamental que corresponda às exigências da dignidade da pessoa humana.

Para além disso, o reconhecimento jurídico da dignidade da pessoa humana desenvolve-se ainda numa função normogenética de dedução de um conjunto de princípios jurídicos estruturantes de Estado de Direito cuja aplicação será decisiva para permitir a um poder judicial independente, consoante a verificação da observância desses princípios, distinguir entre restrições admissíveis e restrições inadmissíveis da liberdade.

É esse o caso dos princípios da igualdade, da proibição do excesso, da segurança jurídica e protecção da confiança e da proibição do défice, que, derivados invariavelmente de uma concepção de dignidade da pessoa humana como a entendemos atrás, constituirão o instrumentário decisivo do controlo da constitucionalidade das restrições e afectações negativas dos direitos fundamentais (do seu alcance e da sua medida), mesmo quando elas hajam sido constitucionalmente autorizadas ou sejam consideradas, pelo menos à partida, admissíveis.

1. Dignidade e concepção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais: *direitos como trunfos*

a) Desenvolvemos noutro local²⁰⁶ uma proposta do que pode ser uma concepção constitucionalmente adequada de direitos fundamentais em Estado de Direito. Designámos essa concepção, numa inspiração e formulação que se devem a DWORAKIN, de teoria dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria (característica, para nós, mas não já para o próprio DWORAKIN, conjugável com o simultâneo necessário reconhecimento de uma afectação intrínseca dos direitos fundamentais por uma reserva geral imanente de ponderação) e, no fundo, é o princípio da dignidade da pessoa humana que, em última análise, sustenta essa teorização.

Conceber os direitos fundamentais como trunfos significa fazer assentar toda a construção do Estado de Direito numa ideia de indisponibilidade

²⁰⁶ Cf. J. REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional...*, cit., págs. 43 segs., que aqui seguimos de perto.

dade dos direitos fundamentais por parte dos poderes públicos, de vinculação jurídica do poder político à observância dos direitos, mesmo quando esse poder é democraticamente legitimado pelo voto e conta com o apoio da maioria da população.

Essa ideia de indisponibilidade, de um domínio *furtado* à decisão democrática – que, no fundo, é o *coração* do constitucionalismo e, por isso, a concepção dos *direitos como trunfos* não é mais que uma decorrência lógica da existência de uma Constituição em sentido formal –, encontra o seu fundamento material no reconhecimento a cada titular de direitos fundamentais de uma dignidade como pessoa. É, em última análise, com base e por causa da dignidade da pessoa humana que se reivindica a delimitação de uma esfera de autonomia e de liberdade individuais de que o Poder não pode dispor livremente e que está juridicamente obrigado a respeitar, a proteger e a promover.

E a importância que atribuímos à dignidade humana enquanto valor em que assentam as nossas sociedades é de tão elevado grau que, mesmo que não vivêssemos em Estado constitucional, ou seja, mesmo que não vivêssemos em Estado com Constituição em sentido formal, com instituto de inconstitucionalidade e com justiça constitucional, mesmo aí os direitos humanos que concretizam a dignidade adquiririam tal peso moral e jurídico que só excepcionalmente e com base em razões suficientemente fortes seria possível conceber a sua cedência²⁰⁷.

Em Estado constitucional, com Constituição formal, este tipo de juízo e de avaliação materialmente fundados parecem, à primeira vista, redundantes, na medida em que a simples positivação constitucional dos direitos fundamentais produz a mesma consequência jurídica. Mas, ainda assim, na medida em que assumimos o valor dignidade como base da construção da relevância e da indisponibilidade dos direitos fundamentais, tal conotação material acaba por produzir diversas consequências no plano da resolução jurídica dos casos *difícies*, quando se coloca a delicada questão da eventual necessidade de cedência concreta de um direito fundamental perante outros valores igualmente merecedores de proteção jurídica.

²⁰⁷ Cf. J. GRIFFIN, *On Human Rights*, cit., págs. 57 e segs.

b) O princípio material da constituição da dignidade de todos é porque cada um tem o mesmo valor e temente da mesma forma.

Dai a importância auto-compreensiva do direito fundamental, que admite a pretativa do num outro ponto decisivo da argumentação de princípio das posições pro

Ou seja, é furtados à direita e na vontade de exercer ou não na sua limitação ou a não sobre posição assenta também natureza da

b) O princípio da dignidade da pessoa humana constitui o fundamento material da concepção dos direitos como trunfos porque é dessa igual dignidade de todos que resulta a dita indisponibilidade e supremacia material dos direitos fundamentais perante as opções da maioria política. É porque cada um tem o direito a ser tratado com igual consideração e respeito (DWORKIN) ou com igual consideração do seu interesse (SINGER) que, consequentemente, deve poder conformar autonomamente a existência segundo as suas próprias concepções e planos de vida que têm, à luz do Estado de Direito fundado na dignidade da pessoa humana, o mesmo valor de quaisquer outras concepções ou escolhas, independentemente da maior ou menor adesão social que concitem.

Daí a importância que deve ser atribuída às convicções, à chamada *auto-compreensão*, e às escolhas do titular na conformação do conteúdo do direito fundamental e, sobretudo, na delimitação do espectro de modalidades admitidas para o seu exercício. É esse o tema da delimitação interpretativa do conteúdo do direito que tratamos a seguir. Daí, também, num outro plano que desenvolveremos no quarto volume, a importância decisiva da autonomia e da vontade do próprio titular na admissibilidade de princípio da chamada *renúncia* ou *poder de disposição* individual sobre posições protegidas de direitos fundamentais.

Ou seja, é porque os direitos fundamentais foram constitucionalmente furtados à disponibilidade dos poderes públicos que reside na autonomia e na vontade do próprio, em princípio, a possibilidade de decidir sobre exercer ou não o direito e, no mesmo sentido, a possibilidade de consentir na sua limitação ou de se comprometer juridicamente a não exercer o direito ou a não o invocar. Nesse sentido, o poder de disposição individual sobre posições protegidas de direitos fundamentais de que se é titular assenta também, em última análise, na dignidade da pessoa humana e na natureza dos direitos fundamentais como trunfos.

2. Dignidade e conformação do conteúdo de proteção e da natureza da vinculatividade dos direitos fundamentais

2.1. A dignidade da pessoa humana e a natureza absoluta ou relativa da força normativa dos direitos fundamentais

É a necessidade de estruturar um modelo de sociedade fundado na dignidade da pessoa humana que leva o legislador constituinte, não apenas a consagrar um elenco de direitos fundamentais, mas também a consagrar alguns deles ou algumas garantias neles contidas com a natureza de regras inequívocas, definitivas e de vinculatividade absoluta, ou seja, excluindo, desde logo no momento constituinte, qualquer possibilidade de ponderação de eventual cedência futura dessas garantias jusfundamentais, independentemente das circunstâncias de caso concreto que venham a ocorrer no futuro.

Portanto, se é certo que, na generalidade dos casos, os direitos fundamentais são garantias jurídicas *fortes*, mas dotadas de uma reserva geral imanente de ponderação, há certas garantias jusfundamentais que são constitucionalmente consagradas já com uma natureza de vinculatividade absoluta e, em grande medida, é a dignidade da pessoa humana que justifica essa opção constituinte.

Quando o legislador constituinte, para além de consagrar o direito à vida (artigo 24º, nº 1), especifica a seguir a proibição da pena de morte, enquanto proibição absoluta e que deve valer em qualquer caso (artigo 24º, nº 2), mas não faz que expressar essa intenção de excluir definitivamente, quaisquer que venham a ser as circunstâncias dos casos concretos de comissão de crimes ou a respectiva gravidade, a possibilidade de criação de uma pena que não se reconheceu compatível com as exigências da dignidade da pessoa humana.

Quando, para além de consagrar o direito fundamental à integridade física e psíquica (artigo 25º, nº 1), o legislador constituinte especifica a proibição absoluta de qualquer forma de tortura (artigo 25º, nº 2), deixa claro o seu entendimento segundo o qual qualquer cedência posterior desta garantia, independentemente de circunstâncias de caso concreto, tratando-se ou não de tortura para fins ditos altruístas – como a chamada *tortura para salvamento* de vidas humanas em casos extremos²⁰⁸ –, produ-

²⁰⁸ Cf. volume II, cap. VI.

ziria nas garantias jusfundamentais uma erosão e uma corrupção que se consideram inadmissíveis à luz da estruturação de um processo penal de Estado de Direito fundado na dignidade da pessoa humana.

Por fim, como se verá, para além de estar na base dessa fixação de uma força normativa absoluta e definitiva a algumas garantias jusfundamentais, a dignidade condiciona substancialmente a possibilidade de ocorrência e a limitação do alcance das eventuais restrições aos direitos fundamentais nas situações, que são a generalidade, em que os direitos fundamentais se consideram ainda susceptíveis de limitação posterior.

2.2. Delimitação interpretativa do conteúdo dos direitos fundamentais²⁰⁹

Quando se procura apurar, num primeiro momento, aquilo que está, à partida, protegido ou não pela garantia jurídica que decorre de uma norma constitucional de direito fundamental – ou seja, quando se transita construtivamente da *liberdade natural* (poder fazer ou deixar de fazer aquilo que se quer) para a *liberdade juridicamente protegida* (ter protecção da ordem jurídica para fazer ou deixar de fazer aquilo que se quer)²¹⁰ –, deparamo-nos, quase sempre, com uma relativa indeterminação do preceito constitucional de garantia do direito fundamental.

Dir-se-ia mesmo que, como tal *indefinição* ou indeterminação são con génitas às normas de direitos fundamentais, quase nunca se trata, nesta fase, apenas de um problema técnico de interpretação jurídica através do qual fosse possível apurar os limites do âmbito de protecção de um direito a partir de um labor hermenéutico incidente sobre o texto da disposição constitucional.

De facto, a qualquer labor hermenêutico sobre o conteúdo protegido pelo direito fundamental subjaz sempre, não apenas uma particular

²⁰⁹ Cf., de forma mais desenvolvida, o que dizemos em *As Restrições aos Direitos Fundamentais ...*, cit., pág. 396 e segs; *Direitos Fundamentais e Justiça ...*, cit., págs. 97 e segs, que aqui seguimos de perto.

²¹⁰ Enquanto que uma *liberdade natural de expressão* é a liberdade de dizer ou não dizer o que se quer, quando se quer e como se quer, a *liberdade de expressão juridicamente protegida* já será uma liberdade com limites ou com contornos juridicamente estabelecidos, pelo que nem tudo o que se diga, quando se diga e como se diga merece protecção da ordem jurídica.

estratégia de ordem pragmática pré-determinada pelos fins que se pretendem realizar nesta fase da concretização dos direitos fundamentais, como uma dada concepção de liberdade que vem associada, em última análise, a uma certa forma de conceber o relacionamento entre Estado e indivíduo em Estado de Direito.

É neste último sentido que releva o carácter constitutivo do princípio da dignidade da pessoa humana quando entendido com o alcance referido de princípio onde domina a ideia de pessoa como sujeito, assente na recusa da consideração e tratamento degradantes do indivíduo como meio ou instrumento para a prossecução de fins alheios.

Então, um sentido de dignidade da pessoa humana em que sobreleva a ideia dominante de reconhecimento da autonomia individual reflecte-se tendencialmente numa concepção de liberdade *negativa* entendida como liberdade autonomamente constituída pelo próprio, reservada da interferência estatal, em desfavor de uma concepção de liberdade heterónoma e positivamente delimitada e funcionalizada a uma integração comunitária em que o conteúdo da liberdade pessoal possa ser substancialmente determinado por concepções alheias ao próprio interessado.

Logo, a devida atribuição de uma posição de relevo à autonomia pessoal tem como consequência que, na fixação de um conteúdo protegido do direito fundamental, senão determinantes, não podem ser, no mínimo, indiferentes, as concepções do próprio acerca da forma como entende o seu direito e pretende exercer as respectivas faculdades.

Assim, sem prejuízo de uma obrigação estatal de primeira ou mínima definição do conteúdo juridicamente protegido da liberdade que, de resto, vem implícita na própria ideia de constitucionalização dos direitos fundamentais, essa definição não pode deixar de relevar a autonomia e auto-compreensão do próprio titular sobre o sentido, conteúdo e escolha das modalidades de exercício, não-exercício ou até de renúncia da sua liberdade.

Nesse sentido, não se reconhece ao poder estatal, consequentemente, a detenção de um anacrónico poder estatal de, em prejuízo das escolhas autónomas individuais, se arrogar a competência de definição do que deveria ser a boa ou a má liberdade, a boa ou a má religião, a boa ou a má arte, a boa ou a má opção política, a boa ou a má orientação sexual, a boa ou má utilização da liberdade de investigação científica, para efeitos de uma eventual gradação do consequente dever estatal de respeito.

por fim, e em contrapartida, são igualmente razões associadas à dignidade da pessoa humana que, em última análise, fundamentam, em nosso entender, e ao contrário do que sustenta a teoria dos direitos fundamentais como princípios, a exclusão liminar de proteção jusfundamental, mesmo que de *prima facie*, a comportamentos ou actos configuráveis em Estado de Direito como ilícito penal material. Constituiria contradição insanável com a ideia de dignidade da pessoa humana enquanto fundamento do Estado de Direito e dos direitos fundamentais considerar, por exemplo, como jusfundamentalmente protegido, mesmo que só de *prima facie*, o acto de violar ou de torturar alguém.

2.3. Razões constitucionalmente inadmissíveis para restringir os direitos fundamentais

a) Já numa fase construtiva posterior do processo de concretização dos direitos fundamentais, quando se considera a admissibilidade constitucional de uma afectação do conteúdo do direito fundamental previamente delimitado nos termos atrás assinalados, a necessária observância do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito de cada um a ser tratado com igual consideração e respeito por parte do Estado determina que haja razões insusceptíveis de serem admitidas como justificação aceitável para restrições a direitos fundamentais, pelo menos, de o serem em Estado de Direito que assente na autonomia individual e na dignidade da pessoa humana.

Isto é, admitida a possibilidade de cedência de um direito fundamental perante outros bens igualmente carentes de proteção jurídica, os direitos acabariam a ser entregues à decisão da maioria que governa e, consequentemente, desapareceria a referida indisponibilidade se não dispuséssemos de critérios para avaliar que razões podem ou não ser legitimamente invocadas, em Estado de Direito, para fazer ceder os direitos fundamentais. E, também neste domínio particular, a ideia de dignidade da pessoa humana desempenha um papel importante, no sentido de que permite *filtrar* um conjunto de razões que se consideram insusceptíveis de justificar, em Estado de Direito, a afectação negativa da autonomia e da liberdade individuais.

b) Desde logo, a maioria não pode socorrer-se do argumento maioritário para forçar alguém a aderir a opções, formas e projectos de vida que rejeita ou para impor a toda a sociedade concepções particulares sobre o sentido de uma *vida boa*, privando cada um da igual possibilidade de definir as opções fundamentais sobre os seus próprios planos de vida e de se responsabilizar por elas.

Da dignidade da pessoa humana resulta, então, a inadmissibilidade de a maioria política, mesmo quando formada democraticamente, impor ao indivíduo concepções ou planos substancialmente diversos dos que ele próprio conscientemente definiu para estruturar a sua vida, independentemente das valorações que umas e outras concepções mereçam aos olhos dos poderes públicos. Resulta igualmente a inadmissibilidade de, em função dessas escolhas, a pessoa ser denegridoramente tratada como não digna da igual consideração e do respeito devidos a todas as pessoas.

À luz do Estado de Direito fundado na dignidade da pessoa humana, a opinião de cada um, no sentido de possibilidade de a exprimir, de lutar por ela e de viver segundo os próprios padrões, é tão valiosa quanto a opinião de outro. Cada um tem, garantida pelo Estado de Direito, uma esfera de autonomia e de liberdade individual que a maioria não pode comprimir pelo simples facto de ser maioria, que não pode restringir pelo simples facto de a autonomia individual orientar alguém para formas de vida rejeitadas e hostilizadas pela maioria ou por ela considerados como formas e planos incompatíveis com a *vida boa*.

É como concretização e expressão dessa ideia que, em nosso entender, a imagem do trunfo cobra pleno sentido: a decisão democrática de muitos, da maioria, não quebra o direito fundamental de um; o trunfo que constitui um direito fundamental definitivamente estabelecido reforça juridicamente a protecção do interesse individual e dá-lhe uma especial força de resistência, de armadura, perante a qual se detém e cede a decisão democrática da maioria.

c) É certo que em qualquer lei, como em qualquer escolha política decidida pelas autoridades democraticamente legitimadas, vem sempre implícita uma certa visão do mundo, uma certa concepção ideológica, uma ideia de bem, de interesse público, e não seria esse facto que, à partida, desqualificaria a lei, mesmo sendo uma lei restritiva de direito fundamental.

O carácter dessa escolha car uma visão ficativamente concepções d mundividênc próprias, e s ções, formas plesmente p correctos, fa

Se por d verifica que a justificaçãcialmente a ser igual e de uma iguaria inadr

d) Por para justi reconheci tratar tod

Assim em si me o caso da estejam presenç dignida res públ mais de limitaç Constit

Ora que his e injus consid débeis

O carácter problemático assoma, porém, quando através dessa lei ou dessa escolha se pretende suprimir, inviabilizar, denegrir ou desqualificar uma visão alternativa, quando se pretende impedir ou afectar significativamente a possibilidade de outros poderem ter e formar diferentes concepções de bem, definir os seus planos de vida em função de outras mundividências e interagir com as outras pessoas à luz de concepções próprias, e se pretenda operar essa afectação, não porque tais concepções, formas ou planos de vida provoquem danos em terceiros, mas simplesmente porque são considerados pela maioria como desvaliosos, incorrectos, falsos ou maus.

Se por detrás da aparência de prossecução do interesse público se verifica que estão, afinal, intenções desqualificadoras desse tipo, então a justificação da restrição ao direito fundamental em causa viria essencialmente associada à implícita rejeição da consideração do outro como ser igual e autónomo e, em última análise, à recusa de reconhecimento de uma igual dignidade a todas as pessoas, pelo que uma tal justificação seria inadmissível.

d) Por outro lado, mesmo quando há razões em abstracto aceitáveis para justificar a restrição de direitos fundamentais, a maioria tem, no reconhecimento obrigatório da igual dignidade das pessoas humanas, de tratar todos com igual consideração e respeito.

Assim, sempre que esteja em causa a utilização de meios restritivos em si mesmos violadores da dignidade da pessoa – como, por exemplo, o caso da tortura ou a utilização de meios degradantes ou aviltantes – ou estejam em causa limitações ou restrições a direitos fundamentais com presença de categorias ou factores suspeitos de não atenderem à igual dignidade e ao direito de cada um ser tratado pelo Estado e os poderes públicos com igual consideração, o controlo judicial deve ser muito mais denso e exigente, mesmo quando a possibilidade de uma posterior limitação à garantia individual não tenha sido liminarmente excluída pela Constituição.

Ora, em Estado de Direito, factores suspeitos são todos aqueles em que historicamente têm assentado as mais sistematicamente repetidas e injustificadas violações aos direitos fundamentais, actuadas com desconsideração e discriminação dos sectores minoritários, marginais, mais débeis ou mais hostilizados pelos interesses e preconceitos das maiorias.

Nas nossas sociedades, factores suspeitos são, designadamente, os que se fundam essencialmente no preconceito de que alguém é melhor ou pior (superior/inferior, positivo/negativo, digno de maior ou menor consideração) por pertencer a uma certa raça ou etnia, ter ou não religião ou uma certa religião, ser de um ou outro sexo ou género, ter uma certa orientação sexual, uma diferente convicção política, língua ou origem territorial.

Nessas circunstâncias, isto é, na presença de uma categoria suspeita, a força de trunfo do direito fundamental determina que a entidade que pretenda actuar a restrição seja capaz de ilidir a presunção da sua inconstitucionalidade ou, no mínimo, dissipar as dúvidas quanto à real intenção que lhe subjaz, suportando o ónus especial de demonstrar que a afectação do direito fundamental é independente do factor de suspeição, que ela se justifica numa outra razão ponderosa e atendível que mereça precedência relativamente ao interesse jusfundamental restringido e não constitui, nesse sentido, denegação do dever estatal de tratamento de todas as pessoas com igual consideração e respeito.

e) Por fim, no mesmo sentido, há tipos de razões justificativas que serão inadmissíveis quando invocadas para restringir certos direitos, mas não já outros. Por exemplo, razões paternalistas, isto é, que sustentam restrições de um direito com a justificação de proteger o próprio titular contra si mesmo, serão claramente inadmissíveis se utilizadas para restringir a liberdade ou o direito à informação, mas já não serão inconstitucionais, pelo menos à partida, quando invocadas para restringir certas dimensões do direito ao desenvolvimento da personalidade (veja-se o caso da imposição de uso de cinto de segurança nos veículos automóveis ou de uso de capacete nas motas); tais razões paternalistas seriam inadmissíveis para restringir o acesso de adultos a comunicação pornográfica, mas não já o acesso de crianças e jovens²¹¹.

²¹¹ Trataremos desenvolvidamente as questões da relação entre dignidade, paternalismo estatal e relevância do consentimento individual no quarto volume.

3. Dignidade e *limites aos limites* dos direitos fundamentais

Num plano seguinte, mesmo quando se admite a cedência de um direito fundamental, seja porque a Constituição expressamente o admite, seja porque as razões invocadas pelo Estado não sejam constitucionalmente excluídas e, portanto, a prossecução de determinado interesse público se situe dentro da margem reconhecida de livre conformação política do legislador ou do governo democráticos, será, por fim, necessário apreciar a eventual constitucionalidade da restrição ou da intervenção restritiva concretamente actuadas pelos poderes públicos.

Isto é, mesmo quando se admite que a limitação de um direito fundamental não é, em princípio, ilegítima, ainda assim a modalidade, a forma, a extensão ou o alcance da restrição, da intervenção restritiva ou da afectação negativa do direito em causa carecem de um controlo de constitucionalidade que, no fundo, é ainda, directa ou indirectamente, orientado e conformado pela dignidade da pessoa humana.

Também aí, nessa derradeira fase de escrutínio das restrições e intervenções restritivas nos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana desempenha, directa ou indirectamente, um papel relevante enquanto parâmetro de controlo ou enquanto fundamento de outros padrões constitucionais de controlo.

Desde logo, haverá sempre níveis mínimos de respeito, protecção e promoção da autonomia, liberdade e bem-estar individuais que, enquanto exigências directamente determinadas pela dignidade da pessoa humana, terão de ser observados sob pena de constitucionalidade.

Finalmente, é também por força do facto de, no relacionamento entre o Estado e o indivíduo, os poderes públicos terem de reconhecer e observar a dignidade da pessoa humana que eles têm de respeitar os restantes *limites aos limites*, ou seja, os princípios estruturantes de Estado de Direito cuja necessária observância confere aos direitos fundamentais a sua derradeira natureza de trunfo num Estado de Direito constitucional.

Isso significa que da dignidade da pessoa humana resulta também, indirectamente, a ilegitimidade de limitações à liberdade que, mesmo sem porem directamente em causa o valor da independência moral do sujeito, a sua dignidade, constituam a imposição de restrições ou de sacrifícios desiguais, excessivos, desproporcionados ou desrazoáveis na sua liberdade geral de acção autonomamente conformada.

3.1. Dignidade como fundamento dos princípios constitucionais estruturantes de Estado de Direito

a) Para além dos efeitos normativos próprios e directos que possa produzir – que consideraremos desenvolvidamente no segundo volume – e do papel que desempenha enquanto fundamento dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, a dignidade da pessoa humana consubstancia-se ainda, juridicamente, num conjunto de princípios constitucionais normalmente designados como princípios estruturantes de Estado de Direito. Esse desenvolvimento normativo é decisivo, já que, sem o reconhecimento e observância desses princípios, o novo tipo de relacionamento Estado/indivíduo que caracteriza o Estado de Direito do nosso tempo seria mera *casca* formal vazia de conteúdo e perigosamente aberta a preenchimentos normativos pouco consentâneos com os valores da igual dignidade.

Num relacionamento conformado pelo respeito do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, não basta ao Estado ser concebido como pessoa jurídica que actua na forma do Direito que ele próprio cria. Quer o conteúdo axiológico desse Direito, quer a forma como o Estado o aplica têm que corresponder à lisura de comportamento que é legítimo esperar de uma *pessoa de bem*. Enquanto padrão supremo conformador desse relacionamento entre Estado e indivíduo, o princípio da dignidade da pessoa humana constitui, nesse sentido, a *ponte* ou a referência de confluência das duas instâncias, o Direito e a Moral, funcionando, como diz HABERMAS, como “o portal através do qual o conteúdo igualitário e universalista da moral é importado para o direito”²¹².

b) Uma concepção em que os indivíduos, o seu bem-estar, a sua autonomia e a sua dignidade sejam considerados o fim último de toda a actuação do Estado reflecte-se necessariamente numa determinada e exigente matriz de relacionamento, em que o Estado só se legitima enquanto Estado de Direito quando age como pessoa de bem que orienta e condiciona toda a sua actuação no respeito e em prol daqueles valores. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana é também fundamento da exigência jurídica de aplicabilidade dos chamados princípios estruturantes

²¹² Cf. J. HABERMAS, *Um Ensaio sobre a Constituição*, cit., pág. 37.

de Estado de Direito (os princípios da igualdade, da proibição do excesso e da proibição do défice, da segurança jurídica e da protecção da confiança legítima), pois, independentemente da positivação constitucional expressa que cada um deles obtenha, não há Estado de Direito que não deva pautar toda a sua actuação pela respectiva observância.

Mas, para além de constituírem pautas de conformação e controlo judicial de toda a actuação estadual, os princípios estruturantes desempenham papel de relevância máxima enquanto padrões de controlo da actuação ou da omissão estatais restritivas dos direitos fundamentais. Sem eles, a garantia constitucional dos direitos fundamentais permaneceria desestruturada e, na prática, em larga medida desprovida de efectividade, uma vez que, perante a sua natural limitabilidade, sem o recurso permanente a esses princípios enquanto instâncias de controlo efectivo da actuação dos poderes públicos, os órgãos judiciais ou jurisdicionais não disporiam de outros critérios objectivos e eficazes de verificação da constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais.

c) Ou seja, um Estado de Direito fundado na dignidade da pessoa humana, para além de obrigado a garantir a todas as pessoas as condições mínimas de bem-estar e de desenvolvimento da personalidade e de possibilidade de exercício efectivo dos direitos fundamentais, observa necessariamente o princípio da igualdade, na medida em que está juridicamente vinculado a tratar todas as pessoas com igual consideração e respeito; não o fazer seria não reconhecer a cada indivíduo uma dignidade que decorre do simples facto de se ser pessoa.

Um Estado de Direito observa necessariamente o princípio da proporcionalidade, uma vez que, orientando, em última análise, o desempenho das suas funções pelo respeito da dignidade humana, não poderia afectar gratuita ou excessivamente as pessoas, tratá-las desvantajosamente de forma desproporcionada ou impor-lhes sacrifícios desnecessários ou desrazoáveis. Da mesma forma, todas as demais garantias de Estado de Direito ficariam desprovidas de sentido útil se o Estado não garantisse a todas as pessoas um patamar mínimo de acesso efectivo às condições gerais de autonomia, de liberdade e de bem-estar próprias de uma sociedade democrática. Em conformidade, haverá inconstitucionalidade se o Estado ficar, nesses domínios, aquém do patamar de protecção e de promoção a que está juridicamente obrigado pelo princípio da proibição do défice.

Da mesma forma, sendo o Estado de Direito concebido como pessoa jurídica que se relaciona com as restantes pessoas sob a égide do Direito, ele respeita necessariamente os compromissos que assume, valora as legítimas expectativas dos cidadãos no seu relacionamento com os poderes públicos e reconhece a cada pessoa a possibilidade de conformação autónoma dos próprios planos de vida, garantindo-lhes, para tanto, a adequada segurança jurídica. Denegar essa possibilidade, seria recusar à pessoa a qualidade de sujeito responsável exigida pela dignidade da pessoa humana.

3.2. Dignidade e conteúdo essencial dos direitos fundamentais

a) Sendo certo que a autonomia e liberdade pessoais serão especificamente protegidas pelas garantias jurídicas constituídas pelas normas de direitos fundamentais, o princípio irredutível da dignidade da pessoa humana, tal como dissemos atrás, e sob pena de ver ingloriosamente dissipada a relevância jurídica absoluta que faz dele o princípio em que assentam as nossas sociedades, não se identifica com os próprios direitos fundamentais, mais propriamente, não coincide, em toda a sua extensão, com a protecção jurídica conferida pelas normas de direitos fundamentais.

Diversamente, a enorme potencialidade jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana advém-lhe do facto de fazer assentar uma força jurídica imperativa num núcleo de protecção ou de garantia mais restrito, mas já consensualmente reconhecido como irredutível. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana funciona, igualmente, como critério de delimitação de mínimos necessariamente garantidos nas várias dimensões em que os direitos fundamentais projectam a sua força normativa em Estado de Direito social e democrático.

Esse patamar de garantia mínima exigido pela dignidade da pessoa humana tanto pode ser perspectivado na qualidade de conformação de um âmbito nuclear de protecção em cada um dos diferentes direitos fundamentais elencados na Constituição, como pode assumir uma relevância autonomizável em direitos de dignidade próprios e específicos.

Exemplo desta última posição, que identifica a dignidade da pessoa humana com um conjunto mínimo de direitos inalienáveis e inderrogáveis, é a de BIRNBACHER, para quem a dignidade da pessoa humana se

traduziria num conjunto formado por: (i) direito à provisão dos meios necessários à existência biológica; (ii) direito a não ser sujeito a sofrimento forte e continuado; (iii) direito a liberdade mínima; (iv) direito a um mínimo de respeito próprio²¹³.

b) Mas neste domínio é, sobretudo, enquanto delimitação de um núcleo ou conteúdo essencial em cada um dos direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos que a relevância da dignidade tem encontrado maior reconhecimento doutrinário e jurisprudencial. Com efeito, há muito se desenvolveu uma teoria que, associando a dignidade da pessoa humana aos direitos fundamentais, diferencia, todavia, os dois termos através da identificação do conceito de dignidade não já com a proteção mais abrangente de direito fundamental, mas, apenas, com o seu núcleo, com a ideia de conteúdo essencial dos direitos fundamentais²¹⁴.

Haveria, portanto, um núcleo do conteúdo de cada direito fundamental identificado ou caracterizado como sendo a expressão essencial da dignidade da pessoa humana no domínio jusfundamentalmente protegido por aquele direito; logo, entende-se que no âmbito protegido pelo direito fundamental haveria também, para além desse núcleo, uma aureola jusfundamental circundante que, integrando ainda o direito fundamental e protegendo modalidades do seu exercício concreto, já não relevaria ou, pelo menos, já não seria exigência típica e irredutível da dignidade da pessoa humana.

A distinção é sobretudo pertinente nas ordens constitucionais, como a nossa (artigo 18º, 3 da Constituição), que, inspiradas na Lei Fundamental alemã, acolheram a ideia da garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na qualidade de derradeiro e inultrapassável *limite aos limites* dos direitos fundamentais, ou seja, em termos de conformação, no

²¹³ Cf. D. BIRNBACHER, "Ambiguities in the concept of Menschenwürde", cit., págs. 110 e segs.

²¹⁴ No fundo, a delimitação de um núcleo absolutamente protegido em cada direito fundamental, que seria constituído pelas exigências normativas da dignidade da pessoa humana, é uma das versões mais conhecidas da chamada *concepção absoluta* da garantia do conteúdo essencial. Cf. G. DÜRIG, "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde", cit., págs. 133 segs. Para uma visão geral do tema no domínio da teoria dos direitos fundamentais, cf. J. REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais ...*, cit., págs. 779 e segs, *maxime*, pág. 795, nota 1441.

conteúdo de cada direito fundamental, de um âmbito nuclear de protecção irredutível.

Sintetizadamente, a proposta baseia-se na admissibilidade de princípio de eventuais afectações ou restrições aos direitos fundamentais, mas com um derradeiro limite intransponível, qual seja, aquele que fosse demarcado pelo âmbito nuclear do direito fundamental. Há, no desenvolvimento desta construção, diferentes propostas quanto à forma constitucionalmente adequada de delimitação ou de conformação desse âmbito nuclear, mas a sua discussão aprofundada já nos afasta do nosso tema²¹⁵.

c) Para o nosso tema, reveste-se de especial importância o facto de que, pelo menos para uma das teses de interpretação desta garantia constitucional do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, esse âmbito nuclear seria substancialmente conformado pela ideia de dignidade da pessoa humana e beneficiaria de uma protecção absoluta.

Por sua vez, essa dimensão da relevância da dignidade enquanto conteúdo essencial dos direitos fundamentais apresenta dois significados específicos. Por um lado, esse núcleo inatacável delimitado pela dignidade tem uma natureza essencialmente subjectiva, respeita à dignidade da *pessoa humana*, ou seja, é a pessoa em si mesma que merece protecção por esta via quando está a ser eventualmente posta em causa, desconsiderada; não é uma actividade desempenhada ou exercida pela pessoa – essa integra-se no âmbito de protecção geral do direito fundamental em questão –, mas a própria pessoa²¹⁶.

Em segundo lugar, a natureza absoluta da protecção significa a insusceptibilidade de cedência e, logo, de sujeição a eventual ponderação daquele núcleo determinado pela dignidade da pessoa humana com outros valores. Portanto, podendo um direito fundamental ceder perante a necessidade de protecção de outros bens, interesses, direitos, haveria, todavia, segundo essa concepção, um núcleo que em caso algum poderia ser afectado e esse núcleo era, precisamente, constituído pelo conteúdo normativo do princípio da dignidade da pessoa humana.

²¹⁵ Cf., com desenvolvimento, J. REIS NOVAIS, *As Restrições ...*, cit., págs. 779 e segs.

²¹⁶ Cf. DIETER GRIMM, "Dignity in a legal context and as an absolute right" in C. MCCRUDDEN (org.), *Understanding Human Dignity*, Oxford, 2013, pág. 390.

3.2.1. Conteúdo essencial e direitos de personalidade

Como vimos, a ideia de que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana se concretiza num elenco de direitos fundamentais constitucionais é generalizadamente aceite, associada, em princípio, a essa outra ideia de que a dignidade é o fundamento dos direitos fundamentais.

No entanto, dada a extrema variedade de garantias jusfundamentais – com a correspondente enorme diversidade dos respectivos diferentes bens de proteção – integrantes de um extenso *catálogo* típico das Constituições de Estado social de Direito, é natural que apresentem, entre si, grandes diferenças quanto ao grau de proximidade e à natureza da sua associação, mais remota ou mais directa e imediata, à dignidade da pessoa humana.

Ora, dentro do largo espectro de direitos fundamentais, há, pelo menos, uma diferenciação a ter em conta quando se considera a relação entre dignidade e direitos fundamentais: se há direitos que, por natureza, estão mais próximos ou mais intimamente associados à dignidade da pessoa humana, esses são os chamados direitos fundamentais de personalidade, ou seja, aqueles, de entre os direitos fundamentais, que respeitam e se fundam na própria existência do seu titular considerado como *persona*, incluindo-se, aí, as garantias jusfundamentais de proteção da vida, da integridade física e psíquica, da liberdade geral de acção e de uma esfera pessoal reservada.

Inevitavelmente, a partir do momento em que a dignidade constitucionalmente relevante se refere, não a entidades abstractas, não à espécie humana, mas sobretudo à pessoa concreta tomada na sua individualidade, então aquela associação é imediata: é nos direitos de personalidade que mais directa e imediatamente repercutem as exigências do comando constitucional de observância da dignidade da pessoa humana.

Mas, nessa altura, é também sobre a ligação entre esse tipo de direitos fundamentais e dignidade que mais directamente se faz sentir a necessidade de uma não eventual sobreposição, de uma necessária distinção dos respectivos comandos normativos e, nesse plano, vem normalmente sugerida a função desempenhada pela chamada garantia do conteúdo essencial, ou seja, seria a dignidade da pessoa humana a conformar e delimitar normativamente aquele núcleo ou conteúdo considerado essencial nesses mesmos direitos de personalidade.

Tal como já havíamos referido no que respeitava às relações entre direito ao desenvolvimento da personalidade e dignidade²¹⁷, essa mesma relação de totalidade/essencialidade estaria presente e seria replicada analogamente em todos os direitos de personalidade.

3.2.2. Conteúdo essencial, direitos sociais e dimensão positiva dos direitos fundamentais

a) Muito próximas ou afins desta teoria do conteúdo essencial estão outras duas teorias aplicáveis normalmente aos direitos sociais e aos direitos positivos em geral: a teoria da relevância dos direitos sociais a partir da ideia da necessária garantia de um chamado *mínimo social* (a relevância jurídica do direito fundamental social traduzir-se-ia na garantia ou na necessidade de promoção de um mínimo de prestações fácticas²¹⁸) e a teoria da relevância da dimensão positiva dos direitos fundamentais a partir da ideia de proibição do défice de protecção (quando um direito fundamental se traduz estruturalmente na exigência de prestações positivas por parte do Estado, há inconstitucionalidade se o Estado não garantir um mínimo considerado adequado à protecção efectiva do bem jusfundamental em causa).

Há, de facto, muito em comum nestas várias teorias – designadamente, uma lógica de escalonamento de níveis ou de esferas concéntricas de protecção diferenciada – e daí que, por vezes, surjam mesmo indistintas, variando apenas os campos de aplicação: ideia de conteúdo essencial nos direitos de liberdade, *mínimo social* nos direitos sociais e patamar de garantia mínima exigido pelo princípio da *proibição do défice* nos direitos positivos em geral²¹⁹.

²¹⁷ Cf. *supra*, cap. IV, 3.1.

²¹⁸ Cf., por último, com uma visão da justiça constitucional comparada sobre o direito a um mínimo para uma existência condigna, C. SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise – ou Revisitar as Normas Programáticas*, dissertação de doutoramento, Porto, 2014, págs. 290 e segs; particularmente sobre a jurisprudência constitucional alemã, INGRID LEIJTEN, “The german right to an *Existenzminimum*, human dignity, and the possibility of minimum core socioeconomic rights protection” in *German Law Journal*, 2015, 1, págs. 23 e segs.

²¹⁹ Com desenvolvimento, sobre a origem e a combinação destas diferentes abordagens, referidas sobretudo aos direitos sociais e aos direitos positivos em geral, cf. JORGE REIS NOVAIS,

Por sua vez, e para o que especialmente nos interessa, é a ideia de dignidade da pessoa humana que faz a ponte ou produz a comunhão e a afinidade entre elas: haveria, respectivamente, violação do conteúdo essencial dos direitos de liberdade, violação do mínimo social e violação do princípio da proibição do défice sempre que a dignidade da pessoa humana fosse afectada, sempre que o Estado não garantisse materialmente a cada pessoa, em cada específico domínio social ou na vida em geral, um mínimo para uma existência condigna e sempre que o Estado não garantisse a protecção ou as condições facticas e jurídicas de liberdade necessárias para um exercício autodeterminado dos direitos fundamentais, pelo menos num patamar mínimo exigido pela dignidade da pessoa humana.

b) Por outro lado, tomando como base a doutrina do conteúdo essencial – que é também a ideia mais difundida e de maior sucesso, pelo que frequentemente se aplica, não apenas aos direitos de liberdade, mas também genericamente aos direitos sociais e aos direitos positivos – aquela proposta dogmática inscreve-se no plano da *competição* entre as chamadas teoria relativa e teoria absoluta do conteúdo essencial.

Para a primeira, a teoria relativa, o conteúdo essencial é delimitado a partir de um parâmetro de proporcionalidade (há violação do conteúdo essencial de um direito fundamental quando a sua restrição é excessiva) e, para a segunda, a teoria absoluta, o conteúdo essencial é delimitado a partir da própria ideia de dignidade da pessoa humana (há violação do conteúdo essencial quando se afecta a dignidade da pessoa humana).

E pode dizer-se que de forma quase mimética, também no domínio dos direitos sociais e dos direitos positivos em geral, se verifica, a propósito da necessária determinação do conteúdo do *mínimo social* ou da fixação da *fronteira da protecção insuficiente*, a mesma *competição* entre teoria relativa/teoria absoluta, ou seja, respectivamente, explicação e delimitação fundada no princípio da proibição do défice, da razoabilidade e da protecção adequada ou, em alternativa, quando se sustenta uma concepção absoluta, uma delimitação que apela à fixação de contornos de delimitação absolutos e já imponderáveis.

Isto é, também no domínio dos direitos sociais e dos direitos positivos em geral, o mínimo de realização exigido seria concretamente determinado ou com um alcance relativo, designadamente através de uma ponderação estruturada pelas máximas da proporcionalidade, da proibição do excesso ou da proibição do défice, ou, em alternativa, com um alcance absoluto, isto é, determinado concretamente pelas exigências de garantia da dignidade da pessoa humana.

c) Em quaisquer dos casos, e independentemente do que se pense sobre a plausibilidade dogmática de cada uma destas teorias de direitos fundamentais relacionadas com o apelo à dignidade da pessoa humana enquanto instância de conformação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais ou enquanto critério de determinação do alcance das exigências constitucionais de prestação de um mínimo social ou de um mínimo de realização positiva dos direitos fundamentais, todas elas dependem e, consequentemente, remetem para a questão central objecto deste trabalho: a possibilidade e a necessidade de determinação de um sentido normativo próprio, autónomo e específico para o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Ou seja, sem a obtenção prévia desse resultado – um conteúdo normativo autónomo da dignidade da pessoa humana – todas aquelas teorias e construções não ultrapassam um nível insatisfatório de mera retórica ou de escapatória ou fuga dilatória perante dificuldades teóricas para que não se encontra resolução cabal suficiente. O objecto do segundo volume deste trabalho será, por isso, o de apresentar uma proposta de delimitação desse conteúdo normativo próprio para a dignidade da pessoa humana.

INTRODUC

CAPÍTULO
NALMENTE
DA DIGNI
1. Conteúdo
mentais
2. Conteúdo
damentai
2.1. Dign
de po
2.2. Dign
triçõe
2.2.1.
2.2.2.

CAPÍTULO
1. As teorias
2. Fundame
2.1. Funda
2.2. Funda
2.3. Senti
mana

PLANO DO VOLUME II

DIGNIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO I. A NECESSIDADE DE UMA DELIMITAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DO CONTEÚDO NORMATIVO AUTÓNOMO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

1. Conteúdo normativo da dignidade quando utilizada contra os direitos fundamentais
2. Conteúdo normativo da dignidade quando utilizada a favor dos direitos fundamentais
 - 2.1. Dignidade como critério de interpretação e de orientação dos processos de ponderação realizados no domínio dos direitos fundamentais
 - 2.2. Dignidade como parâmetro de controlo da constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais
 - 2.2.1. Dignidade como limite aos limites
 - 2.2.2. Dignidade como garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais

CAPÍTULO II. FUNDAMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

1. As teorias de fundamentação da dignidade da pessoa humana
2. Fundamentação proposta: o sentido de justiça
 - 2.1. Fundamento e Constituição
 - 2.2. Fundamento, pertença à espécie e sentido de justiça
 - 2.3. Sentido de justiça e conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana

CAPÍTULO III. OS REQUISITOS DE UMA FIXAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DO CONTEÚDO NORMATIVO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

1. Aplicação autónoma de carácter contido e excepcional
 - 1.1. Bem protegido e modalidades de aplicação
 - 1.2. Reserva de aplicação a situações excepcionais e extremas
2. Concepção ampliativa ou concepção restritiva do âmbito de protecção/programa normativo da dignidade da pessoa humana?
3. Uma delimitação tendencialmente consensual do conteúdo da dignidade da pessoa humana no espaço de um *pluralismo razoável*
4. Uma delimitação negativa do conteúdo normativo autónomo da dignidade da pessoa humana
5. Sentido de justiça, consenso constitucional e os diferentes âmbitos normativos de invocação da dignidade humana

CAPÍTULO IV. A VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ENQUANTO DESRESPEITO DA INTEGRIDADE HUMANA E DA IGUAL DIGNIDADE

1. Sentido de justiça, humanidade intrínseca e igual dignidade
2. *Dignidade como integridade*: há violação da dignidade humana quando a pessoa é desrespeitada na sua humanidade, quando não lhe é reconhecida a sua natureza de sujeito e quando é colocada ou é abandonada numa situação ou num estado em que não dispõe de condições mínimas para desenvolver as suas capacidades de realização humana
 - 2.1. Dignidade como autonomia
 - 2.2. Dignidade como capacitação
 - 2.3. Dignidade como proibição de coisificação – a *fórmula do objecto*
 - 2.4. Dignidade como controlo sobre a identidade, a reserva da esfera íntima e a apresentação da pessoa
3. *Dignidade como igualdade*: há violação da dignidade humana quando a pessoa é humilhada ou é estigmatizada como ser pretensamente inferior a outras pessoas
 - 3.1. Dignidade e discriminação estigmatizante em função da natureza da pessoa, das suas escolhas constitucionalmente protegidas ou de critérios arbitrários
 - 3.2. Garantia de igual dignidade e obrigações positivas do Estado
4. Conteúdo normativo autónomo da dignidade da pessoa humana: síntese conclusiva e remissão

CAPÍTULO V. A ABSOLUTO OU
1. O sentido da c
da pessoa hum
1.1. Dignidade
1.2. A manipul
soa humana
2. Posição adopt
princípio cons
relativizante
2.1. A vinculat
dade da pe
2.1.1. A ap
a ne
2.1.2. Um
luto
prot
2.2. A relativiz
aplicação a
2.3. Dignidade
rentes dev
2.3.1. Digi
2.3.2. A d
da d
2.3.3. Os c
limit
pess

CAPÍTULO VI. D
1. Dignidade da
trágica
2. A tortura para sa
3. O ressurgimen
da tortura
4. As perplexidad
4.1. Tortura, am
5. A proibição abs
da dignidade da
5.1. Eticamente

CAPÍTULO V. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VALOR ABSOLUTO OU COMO VALOR SUJEITO A PONDERAÇÃO

I. O sentido da controvérsia sobre a natureza absoluta ou relativa da dignidade da pessoa humana

- 1.1. Dignidade como *tabu* fundacional do Estado de Direito
- 1.2. A manipulação instrumental da natureza absoluta da dignidade da pessoa humana e a alternativa da sua relativização
2. Posição adoptada: dignidade da pessoa humana enquanto valor supremo e princípio constitucional absoluto, mas de conteúdo aberto e de aplicação relativizante
 - 2.1. A vinculatividade jurídica absoluta do comando constitucional da dignidade da pessoa humana
 - 2.1.1. A aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana é imune a necessidade de ponderação
 - 2.1.2. Uma concepção da dignidade da pessoa humana como valor absoluto pressupõe uma delimitação restritiva do seu conteúdo de protecção
 - 2.2. A relativização do princípio da dignidade da pessoa humana na sua aplicação ao caso concreto
 - 2.3. Dignidade da pessoa humana e relações multipolares envolvendo diferentes deveres estatais
 - 2.3.1. Dignidade contra dignidade?
 - 2.3.2. A diferente natureza de vinculatividade do dever de respeito da dignidade e dos deveres de protecção/promoção da dignidade
 - 2.3.3. Os deveres de protecção e de promoção da dignidade têm um limite negativo absoluto: o dever de respeito da dignidade da pessoa humana

CAPÍTULO VI. DIGNIDADE, PONDERAÇÃO E PROIBIÇÃO DA TORTURA

1. Dignidade da pessoa humana e recurso à tortura em situações de *escolha trágica*
2. A *tortura para salvamento* — o *caso Daschner* e as dúvidas que suscita
3. O ressurgimento do debate jurídico em torno da admissibilidade excepcional da tortura
4. As perplexidades geradas pela decisão judicial do *caso Daschner*
 - 4.1. Tortura, ameaça de tortura e violação da dignidade da pessoa humana
5. A proibição absoluta de tortura enquanto exigência de protecção objectiva da dignidade da pessoa humana
 - 5.1. Eticamente aceitável, juridicamente condenável?

CAPÍTULO VII. DIGNIDADE, PONDERAÇÃO E DIREITO À VIDA

1. O caso do abate de avião: a constitucionalidade da lei que permitia o abate de aeronave utilizada como arma terrorista
 - 1.1. A prevalência absoluta e incondicionada da dignidade da pessoa humana na decisão do Tribunal Constitucional alemão
2. O abate do avião com passageiros inocentes viola a dignidade da pessoa humana?
 - 2.1. Dignidade e sacrifício de vidas inocentes na operação de salvamento de outras vidas
 - 2.2. Dignidade, morte de inocentes e utilização das pessoas como meios - abate do avião e caso do trolley
 - 2.2.1. O caso do trolley e a dificuldade de fundamentação
 - 2.2.2. Dignidade da pessoa humana como chave de explicação do caso do trolley
 - 2.3. As lições do caso do trolley para a apreciação da decisão do Tribunal Constitucional alemão no caso do abate de avião

BIBLIOGR

AAVV, Hur
on Bioeth

ALEXANDR
Constitui

ARENKT, H
HannahA

ARENKT, H
Sistema T

BAGARIC/AJ
2006, pági

BARAK, A., I
Cambridge

BARROSO, L
râneo, Belo

BEAUCHAMP
Oxford, 20

BENDA, E., "I
de Derecho

Bundesrepu

BENDOR/SAC
Israel "in L

BEYLEVELD/B
BIELEFELDT, I

BIOY, X., "Dig
CHUECA (e

175 e segs.

BIBLIOGRAFIA

- AAVV, *Human Dignity and Bioethics: Essays Commissioned by the President's Council on Bioethics*, 2008
- ALEXANDRINO, J., *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, II, Coimbra, 2006
- ARENDT, H., "Es gibt nur ein einziges Menschenrecht" (1949), republicado in *HannahArendt.net*, Bd. 5, 1, 2009
- ARENDT, H., *The Origins of Totalitarianism*, New York, 1951 (trad. portuguesa, O Sistema Totalitário, Lisboa, 1978)
- BAGARIC/ALLAN, "The vacuous concept of dignity" in *Journal of Human Rights*, 5, 2006, págs. 257 e segs.
- BARAK, A., *Human Dignity – The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge, 2015
- BARROSO, L. R., *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*, Belo Horizonte, 2012
- BEAUCHAMP/CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 1^a ed., 1985, 7^a ed., Oxford, 2013
- BENDA, E., "Dignidad humana y derechos de la personalidad" in AAVV, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, 1996 (trad. *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, 1994), págs. 117 e segs.
- BENDOR/SACHS, "The constitutional status of human dignity in Germany and Israel" in *Israel Law Review*, 44, 2011, págs. 25 e segs.
- BEYLEVELD/BROWNSWORD, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford, 2001
- BIELEFELDT, H., *Auslaufmodell Menschenwürde?*, Freiburg, 2011
- BIOY, X., "Dignidad humana y derecho fundamental: Francia y España" in R. CHUECA (ed.), *Dignidad Human y Derecho Fundamental*, Madrid, 2015, págs. 175 e segs.

- BIRNBACHER, D., "Ambiguities in the concept of Menschenwürde" in K. BAYERTZ (org.), *Sanctity of Life and Human Dignity*, Dordrecht, 1996
- BIRNBACHER, D., "Menschenwürde – abwägbar oder unabwägbar?" in M. KETTNER (org.), *Biomedizin und Menschenwürde*, Frankfurt, 2004
- BOSTROM, N., "Dignity and Enhancement", in AAVV, *Human Dignity and Bioethics: Essays Commissioned by the President's Council on Bioethics*, 2008, págs. 173 e segs.
- BOTELHO, C., *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise – ou Revisitar as Normas Programáticas*, dissertação de doutoramento, Porto, 2014
- BRUDERMÜLLER/SEELMANN (orgs.), *Menschenwürde*, 2^a ed., Würzburg, 2012
- CANCIK, H., "Dignity of man' and 'persona' in stoic anthropology: some remarks on Cicero *De Officiis I*, 105-107" in KRETZMER/KLEIN (orgs.), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, The Hague, 2002
- CANOTILHO, J., "Brancos" e Interconstitucionalidade, Coimbra, 2006
- CAYLA, O., "Le coup d' État de droit" in *Le Débat*, 1998, 3, págs. 108 e segs.
- CARMI, G., "Dignity – the enemy from within: a theoretical and comparative analysis of human dignity as a free speech justification" in *Journal of Constitutional Law*, 2007, 4, págs. 957 e segs.
- CHUECA, R. (ed.), *Dignidad Human y Derecho Fundamental*, Madrid, 2015
- CHUECA, R., "La marginalidad jurídica de la dignidad humana" in R. CHUECA (ed.), *Dignidad Human y Derecho Fundamental*, Madrid, 2015, págs. 25 e segs.
- CHURCHLAND, P., "Human dignity from a neurophilosophical perspective" in AAVV, *Human Dignity and Bioethics: Essays Commissioned by the President's Council on Bioethics*, 2008, págs. 108 segs.
- COCHRANE, A., "Undignified bioethics" in *Bioethics*, 2010, 5, págs. 234 e segs.
- COHN/GRIMM, "Human dignity' as a constitutional doctrine" in M. TUSHNET et alii (orgs.), *Routledge Handbook of Constitutional Law*, New York, 2013
- COSTA, J-P, "Human dignity in the jurisprudence of the European Court of Human Rights" in C. McCRUDDEN (org.), *Understanding Human Dignity*, Oxford, 2013, págs. 393 e segs.
- COUTINHO, L., "Do que a República é: uma República baseada na dignidade humana" in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque*, Coimbra, 2010, págs. 187 e segs.
- DREIER, H., *Grundgesetz Kommentar*, 2^a ed., Tübingen, 2004
- DREIER, H., *Bioethik: Politik und Verfassung*, Tübingen, 2013
- DÜRIG, G., "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde" in *AöR*, 81, 1956, págs. 117 e segs.
- DUWELL, M. et alii (orgs.), *The Cambridge Handbook of Human Dignity: Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge, 2014

- DWORKIN, "Playing God: Genes, Clones and Luck" in *Sovereign Virtue*, Cambridge, Mass., 2000, págs. 427 segs.
- DWORKIN, R., *Sovereign Virtue*, Cambridge, Mass., 2000
- DWORKIN, R., *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Mass., 2011
- ENDERS, C., *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung*, Tübingen, 1997
- ENDERS, C., "Die normative Unantastbarkeit der Menschenwürde" in GRÖSCHNER/LEMBCKE, *Das Dogma der Untastbarkeit*, Tübingen, 2009
- ENDERS, C., "The right to have rights: the concept of human dignity in German Basic Law" in *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, 2010, 2, págs. 1 e segs.
- FELDMAN, D., "Human dignity as a legal value: Part I" in *Public Law*, 1999, págs. 682 e segs.
- FOSTER, C., *Human Dignity in Bioethics and Law*, Oxford, 2011
- GEDDERT-STEINACHER, T., *Menschenwürde als Verfassungsbegriff*, Berlin, 1990
- GEWIRTH, A., *Human Rights*, Chicago, 1982
- GIMENO-CABRERA, V., *Le Traitement Jurisprudentiel du Principe de Dignité de la Personne Humaine*, Paris, 2004
- GLENSY, R., "The right to dignity" in *Columbia H.R.L.R.*, 43, 2011, págs. 65 e segs.
- GRAAF, R./DELDEN, J., "Clarifying appeals to dignity in medical ethics from an historical perspective" in *Bioethics*, 2009, 3, págs. 151 e segs.
- GRiffin, J., *On Human Rights*, Oxford, 2008
- GRIMM, D., "Dignity in a legal context and as an absolute right" in C. McCRUDDEN (org.), *Understanding Human Dignity*, Oxford, 2013, págs. 381 e segs.
- GRÖSCHNER/LEMBCKE, *Das Dogma der Untastbarkeit*, Tübingen, 2009
- GUSHEE, D., "A christian theological account of human worth" in C. McCRUDDEN (org.), *Understanding Human Dignity*, Oxford, 2013, págs. 275 e segs.
- HÄBERLE, P., "A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal" in I. SARLET (org.), *Dimensões da Dignidade*, Porto Alegre, 2005, págs. 89 e segs. (tradução de "Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft", 2004)
- HABERMAS, J., *Um Ensaio sobre a Constituição*, Lisboa, 2012 (trad. de *Essay zur Verfassung Europas*, Berlin, 2011)
- HANVEY, J., "Dignity, person, and *imago trinitatis*" in C. McCRUDDEN (org.), *Understanding Human Dignity*, Oxford, 2013, págs. 209 e segs.
- HARRIS/MORGAN/FORD, "Embryo and fetus: III. Stem cell research and therapy" in S. POST (ed.) *Encyclopedia of Bioethics*, New York, 3^a ed., 2003, págs. 722 e segs.
- HENNETTE-VAUCHEZ, S., "When ambivalent principles prevail: leads for explaining western legal orders' infatuation with the human dignity principle" in *Legal Ethics*, 2007, 2, págs. 193 e segs.

- HENNETTE-VAUCHEZ, S., "A human dignitas? Remnants of the ancient legal concept in contemporary dignity jurisprudence" in *International Journal of Constitutional Law*, 9, 1, 2011, págs. 32 e segs.
- HERZOG, D., "Aristocratic Dignity?" in J. WALDRON, *Dignity, Rank, and Rights*, New York, 2012, págs. 99 e segs.
- HÖFLING, W., *Offene Grundrechtsinterpretation*, Berlin, 1987
- HÖMIG, D., "Menschenwürde in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts" in ROLF GRÖSCHNER/OLIVER LEMBCKE, *Das Dogma der Untastbarkeit*, Tübingen, 2009
- HYMAN, D., "Does technology spell trouble with a capital 'T'? human dignity and public policy" in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2003, 1, págs. 3 e segs.
- IGNATIEFF, M., *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton University, 2001
- ISENSEE, J., "Menschenwürde: die säkulare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten" in *AöR*, 2006, págs. 173 e segs.
- JONES, D., "Is the creation of admixed embryos 'an offense against human dignity'?" in *Human Reproduction and Genetic Ethics*, 2010, 16, págs. 88 e segs.
- JOTTERAND, F., "Human dignity and transhumanism: do anthro-technological devices have moral status?" in *The American Journal of Bioethics*, 2010, 10, págs. 45 e segs.
- KASS, L., "Defending human dignity" in *Human Dignity and Bioethics: Essays Commissioned by the President's Council on Bioethics*, 2008, págs. 297 e segs.
- KETTNER, M. (org.), *Biomedizin und Menschenwürde*, Frankfurt, 2004
- KRETZMER/KLEIN (orgs.), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, The Hague, 2002
- LAPEÑA, R., "La dignidad y sus manifestaciones en el ordenamiento constitucional español" in R. CHUECA (ed.), *Dignidad Human y Derecho Fundamental*, Madrid, 2015, págs. 335 e segs.
- LEGET/ BORRY/ DE VRIES, "Nobody tosses a dwarf! The relation between the empirical and the normative reexamined" in *Bioethics*, 2009, 4, págs. 226 e segs.
- LEIJTEN, I., "The german right to an *Existenzminimum*, human dignity, and the possibility of minimum core socioeconomic rights protection" in *German Law Journal*, 2015, 1, págs. 23 e segs.
- LEMBCKE, O., "Über die doppelte Normativität der Menschenwürde" in ROLF GRÖSCHNER/OLIVER LEMBCKE, *Das Dogma der Untastbarkeit*, Tübingen, 2009, págs. 235 e segs.
- LOUREIRO, J., "Pessoa, dignidade e cristianismo" in *Ars Jvdicandi: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Coimbra, 2008, vol. I, págs. 669 e segs.
- LUGO, Y., "La dignidad en los Estados Unidos" in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 7, 2012, págs. 1419 e segs.
- MAHLMANN, M., "Dignity in International Law" in *European Journal of International Law*, 2013, 24, 1, págs. 1-23.
- MAHLMANN, M., "Dignity in National Law" in *European Journal of National Law*, 2013, 24, 2, págs. 255-276.
- MARQUES, M., "A questão da dignidade" in *Revista de Direito da Universidade de Coimbra*, 2012, 2, págs. 1-23.
- MAUNZ/DÜRIG, G., "Dignity in European Constitutional Law" in *European Journal of Constitutional Law*, 2013, 24, 2, págs. 277-299.
- McCRUDDEN, C., "Dignity in European Bioethics" in *C. McCrudden and J. McManus (eds.)*, *Advances in Bioethics*, Cambridge, 2013, 1, págs. 1 e segs.
- McCRUDDEN, C., "Dignity in European Bioethics" in *C. McCrudden and J. McManus (eds.)*, *Advances in Bioethics*, Cambridge, 2013, 1, págs. 1 e segs.
- McGEE, R., "If dweller tosses a victim" in *Journal of Medical Ethics*, 2009, 35, págs. 335 e segs.
- MENKE, C., "Dignity and the Rule of Law" in *Journal of Law and Philosophy*, 2013, 30, 2, págs. 187-212.
- MIRANDA, J., *Human Dignity: Interdisciplinary Perspectives*, Oxford, 2013.
- MÜLLER, J., "Ein Phänomen der Menschenwürde" in *Journal of Medical Ethics*, 2013, 39, 1, págs. 1-5.
- NETTESHEIM, M., "The Question of Dignity" in *Journal of Medical Ethics*, 2013, 39, 1, págs. 6-10.
- NEUMANN, U., "Die Dignität im Strafrecht" in *Journal of Medical Ethics*, 1997, 23, 1, págs. 84-88.

- LUGO, Y., "La dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos" in R. CHUECA (ed.), *Dignidad Human y Derecho Fundamental*, Madrid, 2015, págs. 81 e segs.
- LUTHER, J., "Razonabilidad y dignidad humana" in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 7, 2007, págs. 295 e segs.
- MACKLIN, R., "Dignity is a useless concept" in *British Medical Journal*, 327, 2003, págs. 1419 e seg.
- MAHLMANN, M., "Human dignity and the culture of republicanism" in *German Law Journal*, 2010, 1, págs. 9 e segs.
- MAHLMANN, M., "Six antidotes to dignity fatigue in ethics and law" in C. McCRUDDEN (org.), *Understanding Human Dignity*, Oxford, 2013, págs. 593 e segs.
- MAHLMANN, M., "Human dignity and autonomy in modern constitutional orders" in ROSENFELD/SAJÓ (orgs.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2013, págs. 371 e segs.
- MARQUES, M., "A dignidade humana: *minimum* invulnerável ou simples cláusula de estilo?" in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Coimbra, 2012, págs. 407 e segs.
- MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, I, 1^a ed., München, 1958.
- MC CRUDDEN, C., "Human dignity and judicial interpretation of human rights" in *European Journal of International Law*, 2008, 4, págs. 655 e segs.
- MC CRUDDEN, C., "In pursuit of human dignity: an introduction to current debates" in C. MC CRUDDEN (org.), *Understanding Human Dignity*, Oxford, 2013, págs. 1 e segs.
- MC CRUDDEN, C. (org.), *Understanding Human Dignity*, Oxford, 2013
- MCGEE, R., "If dwarf tossing is outlawed only outlaws will toss dwarfs: is dwarf-tossing a victimless crime?" in *The American Journal of Jurisprudence*, 1993, págs. 335 e segs.
- MENKE, C., "Dignity as the right to have rights: human dignity in Hannah Arendt" in MARCUS DUWELL et alii (orgs.), *The Cambridge Handbook of Human Dignity: Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge, 2014, págs. 333 e segs.
- MIRANDA, J., *Manual de Direito Constitucional*, t. IV, 5^a ed., Coimbra, 2012
- MÜLLER, J., "Ein Phantombild der Menschenwürde: Begründungstheoretische Überlegungen zum Zusammenhang von Menschenrechten und Menschenwürde" in G. BRUDERMÜLLER/K. SEELMANN (orgs.), *Menschenwürde*, 2^a ed., Würzburg, 2012
- NETTESHEIM, M., "Die Garantie der Menschenwürde zwischen metaphysischer Überhöhung und bloßem Abwägungstopos" in AöR, 130, 2005, págs. 71 e segs.
- NEUMANN, U., "Die Tyrannie der Würde" in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1997, 84, págs. 153 e segs.

- NEUMANN, U., "Die Menschenwürde als Menschenbürde – oder wie man ein Recht gegen den Berechtigten wendet" in M. KETTNER (org.), *Biomedizin und Menschenwürde*, Frankfurt, 2004
- NEVES, A., *A Revolução e o Direito*, Lisboa, 1976
- NOLTE, G. (org.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge, 2005
- NORDENFELT, L., "The varieties of dignity" in *Health Care Analysis*, 2004, 2, págs. 69 e segs.
- NOVAIS, J., "A intervenção do Provedor de Justiça nas relações entre privados" in *O Provedor de Justiça – Novos Estudos*, Provedoria de Justiça, Lisboa, 2008, págs. 229 e segs.
- NOVAIS, J., *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, Coimbra, reed., 2013 (1^a ed., 1987)
- NOVAIS, J., *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2^a ed., 2010 (1^a ed., 2003)
- NOVAIS, J., *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, 2014 (1^a ed., 2004)
- NOVAIS, J., *Direitos Fundamentais – Trunfos contra a Maioria*, Coimbra, 2006.
- NOVAIS, J., *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2010, reimpr. 2015
- NOVAIS, J., *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra, 2012
- NOVAIS, J., *Em Defesa do Tribunal Constitucional*, Coimbra, 2014
- NUSSBAUM, M., "Human dignity and political entitlements" in AAVV, *Human Dignity and Bioethics: Essays Commissioned by the President's Council on Bioethics*, 2008, págs. 351 e segs.
- O'MAHONY, C., "There is no such thing as a right to dignity" in *International Journal of Constitutional Law*, 2012, págs. 551 e segs.
- ORFANEL, G., "La dignidad de la persona en la Grundgesetz" in R. CHUECA (ed.), *Dignidad Human y Derecho Fundamental*, Madrid, 2015, págs. 53 e segs.
- OTERO, P., *Instituições Políticas e Constitucionais*, I, Coimbra, Almedina, 2007
- PELE, A., *La Dignidad Humana – Sus Orígenes en el Pensamiento Clásico*, Madrid, 2010
- PINKER, S., "The stupidity of dignity: conservative bioethic's latest, most dangerous ploy" in *The New Republic*, 28.05.2008
- POSCHER, R., "Menschenwürde und Kernbereichsschutz" in *JZ*, 2009, págs. 269 e segs.
- POULAIN/TRIKI/SANDKÜHLER, *La Dignité Humaine*, Bern, 2009
- RAO, N., "On the use and abuse of dignity in Constitutional Law" in *Columbia Journal of European Law*, 14, 2008, 2, págs. 201 e segs.

- RAO, N., "Three concepts of dignity in Constitutional Law" in *Notre Dame L. R.*, 86, 1, 2011, págs. 183 e segs.
- RESTA, G., "La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità" in *Rivista di Diritto Civile*, 2002, 6, págs. 801 e segs.
- ROBBERS, G., "Der Grundrechtsverzicht" in *JuS*, 1985, págs. 925 e segs.
- ROSEN, M., *Dignity*, Cambridge, Mass., 2012
- ROSEN, M., "Dignity: the case against" in McCRUDDEN (org.), *Understanding Human Dignity*, Oxford, 2013, págs. 143 e segs.
- SANDEL, M., "Embryo ethics – the moral logic of stem-cell research" in STEINBOCK/ARRAS/LONDON, *Ethical Issues in Modern Medicine*, New York, 7^a ed., 2009, págs. 707 e segs.
- SANDEL, M., *Justice*, New York, 2009
- SANDKÜHLER, H., "La dignité humaine et la transformation des droits moraux en droit positif" in POULAIN/TRIKI/SANDKÜHLER, *La Dignité Humaine*, Bern, 2009
- SARLET, I. (org.), *Dimensões da Dignidade*, Porto Alegre, 2005
- SARLET, I., *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 11^a ed., Porto Alegre, 2012
- SCHLINK, B., "The concept of human dignity: current usages, future discourses" in C. McCRUDDEN (org.), *Understanding Human Dignity*, Oxford, 2013, págs. 631 e segs.
- SCHULMAN, A., "Bioethics and the question of human dignity" in AAVV, *Human Dignity and Bioethics: Essays Commissioned by the President's Council on Bioethics*, 2008
- SCOTT, R., "Dignité/dignidade: organizing against threats to dignity in societies after slavery" in McCRUDDEN (org.), *Understanding Human Dignity*, Oxford, 2013, págs. 61 e segs.
- SEELMANN, K., "Haben Embryonen Menschenwürde? Überlegungen aus juristischer Sicht" in MATTHIAS KETTNER (org.), *Biomedizin und Menschenwürde*, Frankfurt, 2004
- SENSEN, O., "Human dignity in historical perspective: The contemporary and traditional paradigms" in *European Journal of Political Theory*, 2011, 1, págs. 71 e segs.
- SENSEN, O., *Kant on Human Dignity*, Berlin, 2011
- SHAW, D., "Moral qualms, future persons, and embryo research" in *Bioethics*, 2008, 4, págs. 218 e segs.
- SIMON, J., "Human dignity as a regulative instrument for human genome research" in C. MAZZONI, *Ethics and Law in Biological Research*, The Hague, 2002
- SINGER, P., *Practical Ethics*, New York, 3^a ed., 2011
- SOSKICE, J., "Human dignity and the image of God" in C. McCRUDDEN (org.), *Understanding Human Dignity*, Oxford, 2013, págs. 229 e segs.

- STARCK, C., "The religious and philosophical background of human dignity and its place in modern Constitutions" in KRETZMER/KLEIN (orgs.), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, The Hague, 2002
- STEINBOCK, B., "Moral status, moral value, and human embryos: implications for stem cell research" in *The Oxford Handbook of Bioethics*, Oxford, 2007, págs. 416 e segs.
- STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, III/1, München, 1988
- STURM, G., "Probleme eines Verzichts auf Grundrechte" in *Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung, Festschrift für Willi Geiger*, Tübingen, 1974, págs. 173 e segs.
- SULMASY, D., "Dignity and bioethics: history, theory, and selected applications" in AAVV, *Human Dignity and Bioethics: Essays Commissioned by the President's Council on Bioethics*, 2008, págs. 469 e segs.
- TASIOLAS, J., "Human dignity and the foundations of human rights" in McCRUDDEN (org.), *Understanding Human Dignity*, Oxford, 2013, págs. 291 e segs.
- TIEDEMANN, P., *Menschenwürde als Rechtsbegriff: eine philosophische Klärung*, Berlin, 2007
- TIEDEMANN, P., "Vom inflationären Gebrauch der Menschenwürde in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts" in *DöV*, 2009, 15, págs. 606 e segs.
- WALDRON, J., "The dignity of groups" in *Acta Juridica*, 2008, págs. 66 e segs.
- WALDRON, J., "Dignity, rights, and responsibilities" in *Arizona State Law Journal*, 2011, págs. 1107 e segs.
- WALDRON, J., *Dignity, Rank, and Rights*, New York, 2012
- WALDRON, J., "How law protects dignity", in *The Cambridge Law Journal*, 2012, 1, págs. 200 e segs.
- WALDRON, J., "Citizenship and dignity" in C. McCRUDDEN (org.), *Understanding Human Dignity*, Oxford, 2013, págs. 327 e segs.
- WALDRON, J., "Is Dignity the Foundation of Human Rights?", New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, 2013
- WARREN, M., *Moral Status*, Oxford, (1997), 2000
- WETZ, F., *Illusion Menschenwürde – Aufstieg und Fall eines Grundwerts*, Stuttgart, 2005
- WHITMAN, J., "Human dignity' in Europe and the United States: the social foundations" in G. NOLTE (org.) *European and US Constitutionalism*, Cambridge, 2005
- WHITMAN, J., "The two western cultures of privacy: dignity versus liberty" in *Yale Law Journal*, 113, 2003-2004, págs. 1164 segs.

Este é o primeiro de um conjunto de quatro volumes sobre a dignidade da pessoa humana enquanto princípio jurídico-constitucional, a que se seguirão um segundo sobre dignidade e inconstitucionalidade, um terceiro sobre dignidade e ciências da vida e um quarto sobre dignidade e consentimento.

Aborda-se neste primeiro volume, para além da história do conceito e do sentido da sua recepção constitucional, a relação complexa entre dignidade e direitos fundamentais, considerando-se as diferentes modalidades de utilização do princípio, ou seja, identificado com os direitos fundamentais, utilizado a favor dos direitos fundamentais ou, por último, invocado juridicamente contra os direitos fundamentais, desenvolvendo-se especialmente a crítica à *mobilização* abusiva da dignidade humana contra a liberdade, a autonomia e o bem-estar individuais.

GRUPOALMEDINA

ISBN: 978-972-40-6157-3



9 789724 061573