
ALGUMAS LINHAS ACERCA DA
DIGNIDADE HUMANA: O JULGADO DO
BUNDESVERFASSUNGSGERICHT SOBRE
OS PEEP SHOWS

*FEW WORDS OVER THE HUMAN DIGNITY:
BUNDESVERFASSUNGSGERICHT CASE ON PEEP SHOWS*

Nícolas Francesco Calheiros de Lima
Procurador Federal. Especialista em Direito Constitucional

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breve narrativa do julgado; 2 Dignidade humana; 2.1 A herança judaico-cristã; 2.2 A dignidade em Immanuel Kant e a autodeterminação dos indivíduos; 2.3 Atos consensuais entre indivíduos capazes pode ferir a dignidade da pessoa humana?; 2.4 Paternalismo e esfera privada: o direito geral de personalidade e o direito geral de ação; 3 Argumentos contrários à decisão proibitiva do *peep show*; 4 Conclusões; Referências.

RESUMO: Este artigo trata sobre a dignidade da pessoa humana por meio da análise do julgamento do Tribunal Constitucional Federal alemão (Bundesverfassungsgericht) sobre a prática do peep show. A dignidade, no caso concreto, pode ser utilizada tanto para defender como para proibir o peep show. Assim, busca-se as origens metafísicas da dignidade humana, passando pela posição ontológico-racional de Immanuel Kant até chegarmos a uma concepção não-ontológica, dada a mutabilidade segundo variáveis histórico-culturais. Dá-se destaque à autodeterminação, conteúdo da dignidade humana, ao paternalismo e ao tratamento dado pelo Tribunal Constitucional alemão ao direito geral de personalidade e ao direito geral de ação para uma visão crítica do julgado.

ABSTRACT: This article is about the human dignity through the analysis of the judgment of the German Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht) on the practice of peep show. Human dignity, in this case, can be used both to defend and to prohibit the peep show. Thus, the article seek the metaphysical origins of human dignity, through the ontological-rational position of Immanuel Kant until it approaches a non-ontological conception, given the changeability according to historical-cultural variables. It gives prominence to self-determination, content of human dignity, paternalism and lessons given by the German Constitutional Court about the general right of personality and the general right of action for a critical view of the trial.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade humana. Immanuel Kant. Autodeterminação. Tribunal Constitucional Federal alemão. Peep show.

KEYWORDS: Human dignity. Immanuel Kant. Self-determination. Paternalism. General right of personality. General right of action. German Federal Constitutional Court. Peep show.

INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana tem, hoje, um papel fundamental nos ordenamentos jurídicos ocidentais. Ela consta expressamente do texto constitucional de inúmeros países, com construções históricas bem distintas, como Brasil, Alemanha, Itália, Portugal, Espanha, Grécia, Turquia, Suíça, Polónia, Rússia, Sérvia, entre outros.

Em alguns países, como na Alemanha, Portugal e Romênia, a dignidade é expressamente mencionada logo no primeiro artigo do texto constitucional.

Ademais, possui lugar de destaque na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada pelo Parlamento Europeu em 2000 e tornada legalmente vinculante na maior parte da União Europeia, em 2009, por meio do tratado de Lisboa.

O *Bundesverfassungsgericht* (BvGe), o Tribunal Constitucional Federal alemão, tem entendido e estruturado os direitos fundamentais, não apenas como um direito de defesa subjetivo determinado do cidadão perante o poder público, mas também como uma ordem objetiva de valores. Esta ordem reconhece a proteção da liberdade e da dignidade humanas como o fim supremo do direito, que permeia jurídica e objetivamente a totalidade do ordenamento legal.

Não obstante a importância de que goza na atualidade, a dignidade humana continua a ostentar um conceito vago, impreciso, nebuloso. Entretanto, isso não se dá pela ausência de atenção ao tema, mas em razão de sua enorme complexidade. No Brasil e no mundo, há hoje vasta produção doutrinária sobre seu conteúdo e aplicação, que esmiúçam o pensamento de filósofos e juristas desde a Grécia Antiga até o pós-positivismo.

Considerando a utilidade de uma abordagem problemática, ou a partir de um problema, toma-se aqui o caso julgado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão a respeito do *peep show* para se abordarem temas ligados ao objeto do trabalho, a saber, a dignidade humana.

1 BREVE NARRATIVA DO JULGADO

Na Alemanha, discutia-se a possibilidade de conceder-se uma licença de funcionamento para um estabelecimento onde se praticava o chamado *peep show*, no qual uma mulher dança nua numa cabine fechada, mediante remuneração, para um espectador individual.

A licença de funcionamento não fora concedida administrativamente sob o argumento de que aquela atividade seria degradante para a mulher e, portanto, violaria a dignidade da pessoa humana.

Em razão disso, os interessados ingressaram com ação judicial questionando o ato administrativo. Eles argumentavam que a mulher estaria realizando aquele trabalho por livre e espontânea vontade e, portanto, não teria motivo para falar-se em violação à dignidade da pessoa humana. Complementando sua tese, arguiram que várias casas noturnas nas quais se praticava o strip-tease obtiveram a devida licença de funcionamento, razão pela qual o *peep show* também deveria ser permitido.

O caso chegou até a Corte Constitucional Federal Alemã, que deveria decidir se merecia prevalecer a autonomia da vontade da mulher, que estava ali voluntariamente, por eleição própria, ou a dignidade da pessoa humana, já que aquela atividade colocaria, em tese, a dançarina na condição de mero objeto de prazer sexual.

Ao julgar a referida demanda judicial, em 1981, a Corte Constitucional Alemã proferiu decisão polêmica chancelando a proibição da referida prática, já que, segundo este órgão julgador, o *peep show* violaria a dignidade da pessoa humana.

O caso é interessantíssimo para o estudo da dignidade humana, pois ela pode ser invocada para fundamentar as duas decisões possíveis. A dignidade humana da dançarina, a ser protegida pelo Estado, pode ser aviltada ante a realização de uma atividade degradante, que a reduz a um objeto, como pode ser consagrada para proteger seu direito à autodeterminação e sua liberdade geral de ação.

2. A DIGNIDADE HUMANA

2.1. A herança judaico-cristã

O conceito de dignidade humana, como dito, é polissêmico, vago, complexo. Ele surge, em seus primórdios, através de acepções ontológicas, que são aquelas que consideram a dignidade como algo ínsito ao ser humano (ou ao ser racional), o qual, por ser portador de determinadas qualidades inalienáveis, deve gozar de tratamento especial.

A separação entre humanos dignos e os demais animais poderia ser questionada, uma vez que há inúmeros elementos que unem seres humanos e não-humanos, como a dor, o fôlego, a vida. Entretanto, a dignidade animal e eventuais direitos dos animais não será objeto do presente trabalho.

Como primeira acepção ontológica, deve-se apontar a origem divina da dignidade. Apontada por muitos como originada das sagradas escrituras judaico-cristãs (Pentateuco), essa dimensão exerceu e exerce, na atualidade, uma enorme influência nos países ocidentais.

Consta do livro do Gênesis que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus. Esta imagem de Deus, do hebraico *Tselem Elohim*, mais comumente mencionada no termo latino *Imago Dei*, assim como o conceito de dignidade humana, é de difícil conceituação na Teologia e na Filosofia. Entretanto, consagra a visão de que há algo divino no ser humano e que, portanto, deve ser respeitado.

Essa origem metafísica é, segundo STARCK, um importante pressuposto intelectual para o desenvolvimento do conceito ontológico de dignidade humana. Nos termos do autor¹:

A alta valorização do indivíduo na civilização ocidental diferencia-a das demais culturas avançadas. Uma vez que a civilização ocidental está impregnada de modo decisivo pelo cristianismo, é natural procurar raízes da garantia da dignidade humana no cristianismo. Com isso, todavia, não se pode esperar que, lá, o conceito jurídico de dignidade do homem, ou mesmo da respectiva garantia jurídica, seja desvendado. Trata-se, antes, dos pressupostos intelectuais ou – falando metaforicamente – dos embriões para um desenvolvimento tardio da garantia constitucional da dignidade humana. Tais pressupostos podem ser vistos na imagem cristã do homem [...]

A imagem humana, na visão hebraico-cristã, considera, portanto, a fagulha divina presente em todos os seres humanos. É esse o fundamento cultural mais persistente para a visão ocidental de valor humano e liberdade. Ainda na lição de STARCK²:

A liberdade do homem, como conceito central da Teologia cristã, é a liberdade individual; ela é pressuposto para a culpa e a penitência. Esse alicerçamento do homem na Metafísica encontra correspondência na incompletude e abertura do homem, e serve como fundamento para a sua liberdade, assim como para a sua fraternidade, uma vez que todos os homens são criados, igualmente, à imagem e semelhança de Deus. A dignidade humana, nessa perspectiva, não pode significar simplesmente, por isso, a autodeterminação do homem, mas a autodeterminação com base no valor individual de cada homem, portanto também no [valor próprio] do outro homem. A essa imagem humana é que corresponde o fato de atribuir-se dignidade ao indivíduo

1 STARCK, Christian. Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental alemã. In: *Dimensões da dignidade*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 202.

2 *Ibidem*.

e de garanti-la juridicamente, o que significa respeitá-la pelos meios estatais e protegê-la da ameaça de terceiros.

Esta origem judaico-cristã, ainda que não declarada expressamente, é extremamente influente na atualidade e acaba por trazer, a reboque, inúmeros outros fundamentos da ética cristã, como não-violência, amor ao próximo, amor ao inimigo, santidade, decência, mansidão, entre outras virtudes.

Desse modo, ao analisar se a dignidade humana é aviltada por alguma prática consensual que envolva violência, práticas sexuais não ortodoxas, punição, entre outras, o intérprete pode utilizar, sem total consciência, um arcabouço que está acoplado historicamente às origens da dignidade humana.

Esta é a primeira observação para uma melhor análise do caso: embora a ética cristã seja de uma relevância indescritível, deve haver uma necessária purificação do conceito de dignidade humana de sua origem metafísica de modo a evitar que se limite demasiadamente a autodeterminação dos indivíduos.

2.2 A dignidade em Immanuel Kant e a autodeterminação dos indivíduos

Inúmeros outros filósofos desenvolveram o tema, mas certamente foi Immanuel Kant, o filósofo de Königsberg, quem forneceu a maior contribuição para os fundamentos atuais do conceito de dignidade humana. Após Kant, a dignidade ganhou um status moral, conferindo ao sujeito a aptidão de possuir direitos e deveres, gerando a obrigação, oponível *erga omnes*, de ele ser respeitado por todos os outros membros da coletividade.

Os fundamentos da dignidade encontrados em Kant também são ontológicos, apriorísticos, pois ela se encontraria presente em todos os seres racionais em igual medida, o que a aproximaria do conceito de igualdade, isonomia. Além da igualdade, a dignidade teria relações umbilicais com a autodeterminação. Isso porque, sendo o ser humano racional, ele é capaz de viver e agir consoante sua razão. Nas palavras de COSTA NETO³ encontramos o seguinte excerto sobre o filósofo alemão:

A dignidade humana parece fundar um status que diferencia o ser racional dos demais seres. Essa posição de destaque, ou condição peculiar, tornam-no sujeito de direitos e deveres e garantem sua autonomia, ou seja, dá ao sujeito a prerrogativa de autodeterminar-se.

3 COSTA NETO, João. *Dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 26.

[...] Prioritariamente, deve o ser racional ditar as próprias condutas, e, apenas excepcional e justificadamente, deve ocorrer o contrário.

Se os seres racionais têm a capacidade de autodeterminar-se, deve-se proteger essa esfera de decisão. Daí que subjugar um ser racional, transformando-o em mero meio, mero objeto, iria de encontro ao pensamento de Kant. Em suas próprias palavras⁴:

O homem, e, duma maneira geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim [...]. Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é objeto de um respeito).

E prossegue Kant⁵:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade [...] essa apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade.

Vê-se, portanto, que a dignidade, segundo o pensamento de Kant, acaba por albergar a dimensão axiológica, na qual seria um valor intrínseco, mas não metafísico, porém intimamente relacionado com a noção de autonomia e racionalidade, consideradas fundamentos e conteúdo do conceito de dignidade.

⁴ Apud SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 37-38.

⁵ Idem, p. 38.

Então, ao se considerar proteger a dignidade de alguém, não se deve fazê-lo de modo a proteger um objeto de um mal, um dano externo, mas proteger um ser autodeterminável, autônomo, racional, em uma palavra, uma pessoa, que é livre, um fim em si mesmo. É a essa pessoa que cabe decidir como viver sua vida, que profissão seguir, que decisões éticas tomar; em suma, a ela cabe a direção de sua vida.

2.3 Atitudes consensuais entre indivíduos capazes pode ferir a dignidade da pessoa humana?

O conceito de autonomia de Kant, contudo, não implicava ser o indivíduo dono de si mesmo. Assim, no campo sexual, por exemplo, o uso do próprio corpo era extremamente limitado por sua filosofia moral. Assim discorre SANDEL⁶:

Paradoxalmente, a concepção de Kant sobre autonomia impõe certos limites ao tipo de tratamento que podemos dar a nós mesmos. Recordemos: para que eu seja autônomo é preciso que seja governado por uma lei que outorgo a mim mesmo – o imperativo categórico. E o imperativo categórico exige que eu trate as pessoas (incluindo a mim mesmo) com respeito – como finalidade, e não como um simples meio. Assim, segundo Kant, para que tenhamos autonomia é necessário que nos tratemos com respeito e que não transformemos nosso corpo em mero objeto.

Com essa linha de argumentação, Kant manifestou-se contrário ao sexo casual, ao sexo fora do casamento, à prostituição, independente de todos os participantes concordarem e reputarem corretas suas atitudes.

Continua SANDEL⁷:

O repúdio de Kant à prostituição e ao sexo casual aumenta o contraste entre sua concepção de autonomia – o livre arbítrio de um ser racional – e os atos individuais de consentimento. A lei moral à qual chegamos por meio do exercício de nossa vontade requer que tratemos a humanidade – nós mesmos e todas as outras pessoas – nunca somente como um meio, mas como uma finalidade em si. Embora esse requisito moral se baseie na autonomia, ele condena certos atos entre adultos, ainda que consentidos, que não estejam de acordo com o autorespeito e a dignidade humana.

6 SANDEL, Michael J. *Justiça*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012. p. 163.

7 *Idem*, p. 164.

O caráter até certo ponto intransigente dessa argumentação certamente não ofusca a enorme influência que o tratamento da liberdade e da autonomia dada pelo filósofo exerceu na atualidade.

Ademais, a despeito da alegada intransigência no campo da ética, no campo da política, Kant já asseverou que “ninguém pode obrigar-me a ser feliz segundo sua concepção do bem-estar alheio [...] porque cada um deve buscar sua felicidade da maneira que achar conveniente, desde que não infrinja a liberdade dos outros”⁸, em uma visão semelhante à de Stuart Mill.

Tal visão da liberdade, desenvolvida posteriormente por outros pensadores, é o melhor caminho para se tomar uma decisão mais acertada no caso do *peep show*.

Quanto à ética, certamente se pode questionar a conveniência ou o mau gosto desta ou daquela prática. Proibi-la, contudo, viola de morte a liberdade dos envolvidos. E mais: não cabe ao Estado dizer qual é a regra de vida boa que os cidadãos devem adotar. Trata-se de uma aspiração, a ser considerada pelos julgadores em casos difíceis, pois a tendência é que todo grupo social imponha coercitivamente sua visão de certo e errado.

É certo que, como já diria Becker, todos os grupos sociais fazem regras e tentam, em certos momentos e em algumas circunstâncias, impô-las. Regras sociais definem situações e tipos de comportamento a elas apropriados, especificando algumas ações como ‘certas’ e proibindo outras como ‘erradas’. Tais grupos, uma vez no controle dos processos políticos, utilizar-se-ão de seus conceitos de certo ou errado para criar os textos legais.

Além disso, devemos verificar que a visão ontológica da dignidade não é a única que existe. Para Hegel, por exemplo, o ser humano não nasce digno, mas torna-se digno. Hegel é um dos autores que refutam a conceituação em nível unicamente ontológico da dignidade humana. No dizer de SARLET⁹:

[...] as reflexões de Hegel acabaram alcançando uma influência nada desprezível nos desenvolvimentos posteriores... bastando já uma breve referência à ênfase dada por vários autores à dimensão histórico-cultural da dignidade, como é o caso de um Niklas Luhmann e um Pater Häberle, bem como à fundamentação da dignidade na capacidade comunicativa do ser humano e-ou no reconhecimento recíproco, como dão conta, entre outros, as teorizações de Jürgen Habermas e Axel Honneth...

8 Apud SANDEL, op. cit., p. 171.

9 Op. cit., p. 44.

É um fato incontestável que, se não todos os elementos englobados no conceito de dignidade humana, algo ou boa parte deriva da tradição histórico-cultural. Ir à praia de biquíni, por exemplo, já foi reputado como algo que faria da mulher um mero objeto. Também por essa razão, ante a inafastável variabilidade do conceito da dignidade humana, deve-se privilegiar as escolhas racionais realizadas pelos indivíduos.

2.4 Paternalismo e esfera privada: o direito geral de personalidade e o direito geral de ação

Viu-se anteriormente que a dignidade humana, como hoje se a conhece, deve muito a Kant e ao seu desenvolvimento dos conceitos de liberdade e autonomia. O ser humano como dono de sua própria história, capitão de sua própria embarcação, não deveria ser heterodeterminado, salvo hipóteses excepcionais tendo em vista a proteção aos direitos da coletividade.

Outra conclusão redundaria em um nefasto paternalismo (*Bevormundung*, diria Kant), uma vez que as finalidades a serem seguidas por alguém seriam determinadas não por esse mesmo alguém, mas por algum outro, seja ele um outro ser humano ou um parâmetro transcendente, tais como dogmas morais absolutos e escrituras sagradas.

É nesse sentido que leciona COSTA NETO¹⁰:

Para Karl Larenz e Manfred Wolf, o ser humano deve ter em regra o direito de perseguir os seus próprios fins (*Zwecke*) e objetivos (*Ziele*) e de não ter sua ação heterodeterminada (*fremdbestimmt*). É nesse sentido que a dignidade humana como entendemos hoje, apesar de não ser idêntica à pensada por Kant, deve muito a ele, exatamente pelo conteúdo antipaternalista que preserva.

[...]

Paternalismo é, portanto, a usurpação do processo de tomada de decisão, tanto impedindo ou coagindo aquele que toma a decisão, como sonegando informações que poderiam fazê-lo tomar uma decisão distinta dos interesses paternalistas.

Segundo o autor, a dignidade não carrega em si qualquer obrigação de adotar um meio de vida ou existência específico, tido como o correto

¹⁰ COSTA NETO, op. cit., p. 35.

ou o apropriado, já que isso desaguaria em um acachapante paternalismo estatal.

Ademais, ainda que seja humanamente impossível extirpar qualquer tipo de julgamento da conduta alheia, deve-se verificar que todos deveriam poder desenvolver sua personalidade no ritmo e da forma que preferirem ou conseguirem. Isso envolve errar, arrepender-se, tornar a errar, regenerar-se, viver no erro, evitar o erro a qualquer custo entre outras possibilidades, todas protegidas pelo direito geral de personalidade, desde que não efetem direitos alheios.

Cada ser humano possui uma história que somente ele conhece (se, de fato, conhecê-la). Condutas paternalistas colocam todos em uma mesma embalagem, quando, em verdade, alguns precisam ser diferentes, divergentes, ainda que por um breve espaço de tempo.

O tema é polêmico e passível de inúmeras interpretações. Entretanto, se o ser humano deseja, conscientemente, reificar-se, despir-se ainda que temporariamente de sua posição racional e autodeterminante, e se isso não causa danos a outros, o Estado, ou mesmo outros indivíduos, não o podem coagir, sobretudo juridicamente, a agir da forma que considerem digna.

É que dignidade humana, além de valor intrínseco e de autodeterminação, envolve também fazer-se humano, por meio do livre desenvolvimento da personalidade. É nesse sentido que Cristoph Anders afirma que a dignidade humana assegura um amplíssimo desenvolvimento da personalidade.

Não é à toa que a Lei Fundamental alemã, que consagra a dignidade humana no art. 1º, também disciplina o direito ao livre desenvolvimento da personalidade logo em seguida, no art. 2º. Eis a transcrição de ambos os artigos¹¹:

Artigo 1

[Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais]

(1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.

(2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

11 *Lei fundamental da República Federal da Alemanha*. Divulgada pelo Deutches Bundestag. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>> .

(3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário.

Artigo 2

[Direitos de liberdade]

(1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.

(2) Todos têm o direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos em virtude de lei.

O Tribunal Constitucional Federal alemão enxerga dois ramos fundamentais: o direito geral da personalidade, que por sua vez tem diversas concretizações, e o direito geral de ação.

Quanto ao segundo, verifica-se que os críticos apontam para os riscos de uma tutela sem contornos, como se extrai do voto dissidente do Juiz Dieter Grimm na decisão Reiten im Walde (BVerfGE 80, 137), que chamou a atenção para o fato de que nem toda ação humana pode gozar da proteção do Art. 2º, I, da Lei Fundamental na acepção de liberdade geral de ação, caso contrário as consequências dogmáticas poderiam ser desastrosas¹².

Sobre o assunto, assim dispõe SCHWABE¹³:

Quando o TCF, juntamente com a literatura especializada, trabalha com o direito geral da personalidade, ele não vislumbra diversas configurações desse direito geral em vários âmbitos da vida, como sugere a teoria do núcleo da personalidade, mas diferentes modos de desenvolvimento do titular do direito, sobretudo a auto-determinação, a auto-conservação e a auto-exposição, dependendo do aspecto respectivamente relevante em determinado momento na vida do titular do direito que pretende fazer valer. Assim, ele poderá querer determinar autonomamente o seu próprio destino (auto-determinação), como por exemplo: casar-se ou não, ter filhos ou não, definir sua orientação

12 SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 188.

13 Idem, p. 187-188.

sexual, etc., ou se apartar do mundo externo (auto-conservação), por exemplo pelo caráter confidencial de uma consulta médica e seus documentos, caráter sigiloso de um diário ou correspondência pessoal (essa protegida, porém, por garantia específica – Art. 10 I GG) etc., ou preferirá, finalmente, escolher a forma como se apresentará ao público (auto-exposição), o que se dará pelo exercício de acepções do direito como direito à própria imagem, à própria voz, à honra pessoal etc.

Tanto o direito geral de ação quanto o direito geral da personalidade estão submetidos ao chamado trio de limites (Schrankentrias), quais sejam: segundo o teor do Art. 2 I 2º sub-período GG, o direito de terceiros, a lei moral e o mais importante deles, uma vez que segundo a própria jurisprudência do TCF abrange os demais: a ordem constitucional. Essa redução do trio à ordem constitucional também sempre sofreu críticas da literatura especializada, a mais eloqüente delas produzida e exarada por Dieter Suhr em sua célebre monografia “Die Entfaltung des Menschen durch die Menschen” (“O desenvolvimento da pessoa por intermédio das pessoas”), publicada em 1976 (Duncker & Humblot, Berlim).

Ora, saindo um pouco da Lei Fundamental alemã e voltando ao conceito de dignidade humana, tomando, contudo, a acepção de proteção ao direito geral da personalidade, sobretudo a autodeterminação, a autoconservação e a auto-exposição, em que o *peep-show* violaria a dignidade humana?

A nós parece que, de fato, não viola. Se for um ato voluntário, de uma pessoa capaz, autodeterminável, que escolheu se expor de uma maneira não-usual, mas indene aos direitos de terceiros, de modo privado, particular, somente dessa exposição tomando ciência quem nela tem interesse, é, portanto, ato que não deve ser julgado pelo Estado como bom ou mau com alegado amparo na dignidade humana.

O limite imposto pela “moral”, como constante no trio de limites (Schrankentrias), deve ser extremamente relativizado, se não extirpado por completo. É que ou determinada conduta fere regras ou princípios presentes nas leis e na Constituição, e portanto, devem ser por força deles sindicada, ou não ferem, independente de se considerar moral ou não.

Muito embora o pós-positivismo tenha promovido uma (re) aproximação entre direito e moral, é necessário reconhecer que se tratam de sistemas diferentes. Atribuir à moral a função de filtro, limite para o direito de personalidade, nunca deve ser aceita de forma ampla e genérica, mas apenas excepcionalíssimamente, pois é o direito que se nutre e é informado pela moral, e não esta que determina o direito.

3 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À DECISÃO PROIBITIVA DO PEEP SHOW

Como se viu adiante, analisando a dignidade humana, não haveria razão pra se proibir o *peep show*. Não obstante, embora o tema abordado neste trabalho seja a dignidade humana, como se analisa um caso concreto, faz-se necessário mencionar outros argumentos além da dignidade humana, ainda que seja a ela tangente.

Não se pode deixar de mencionar o art. 12 da Lei Fundamental alemã, que consagra a liberdade de profissão. Consoante o dispositivo, “todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o de aprendizagem”.

Por outro lado, o argumento segundo o qual as casas de *strip tease* obtiveram a devida licença de funcionamento é de difícil contra-argumentação. MALMERSTEIN¹⁴ narra que o Tribunal decidiu que “a simples exibição do corpo feminino não viola a dignidade humana; assim, pelo menos em relação à dignidade da pessoa humana, não existe qualquer objeção contra as performances de *strip tease* de um modo geral.

Ora, qual seria a diferença, sob o ângulo da dignidade humana, entre o *strip tease* e o *peep show*? Segundo os Ministros do Tribunal, os *peep shows* “são bastante diferentes das *performances* de *strip-tease*. No *strip-tease*, existe uma performance artística. Já em um *peep-show* a mulher é colocada em uma posição degradante. Ela é tratada como um objeto... para estímulo do interesse sexual dos expectadores”.

E prossegue o Tribunal na diferenciação, como mostra NUSSBAUM¹⁵:

The striptease, the Court argued, stands in a long tradition of erotic performance, and the fact that the woman performing it can move around, look at the audience, relate to the whole group, and be seen from many different perspectives makes her retain a kind of live humanity: her dignity is allowed “to pass untouched”. By contrast, in the peep show she is turned into a thing, a mechanical object, a mere commodity for the use of a single purchaser. Pointing to the isolation both of the woman and of the viewer in his booth, they conclude that woman has been converted from live performer to a mere “object for the arousal and satisfaction of sexual desires” (Anregungsobjekt zur Befriedigung sexueller Interessen); thus her dignity has been injured. The Court rejects the argument that the woman consented to appear

14 MALMERSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 558.

15 NUSSBAUM, Martha C. *Hiding from Humanity: Disgust, Shame, and the Law*. New Jersey: Princeton University Press, 2004, p. 145.

in the show: for dignity, they argue, is an objective and not a subjective matter, and cannot be alienated at will.

Percebe-se aqui, portanto, que o Tribunal mencionou: a tradição do *strip tease*; a liberdade de movimentos; a interação com o público e a possibilidade de enxergar múltiplas perspectivas na apresentação como discrimen entre ambas as performances.

Estaria correto o Tribunal ao fazer essa diferenciação? Creio que sim. Ao analisar as características de ambas as atividades, verifica-se que em uma a mulher é o sujeito ativo dela. É ela que exerce ativamente sua liberdade em uma atividade que possui algo de artístico. Na outra, por restar em uma cabine, sem existir exatamente uma plateia, há uma postura mais passiva da dançarina.

Tal distinção, contudo, justifica uma atividade ser liberada a outra proibida? Não vemos razão para tal. Isso porque, ainda que para uma única pessoa e em uma cabine, não em um palco, no *peep show* a mulher dança e se apresenta, da mesma forma que no *strip tease*. Caso diverso seria se a mulher encontrasse imobilizada, ou em jaula, ou em qualquer outra situação que a colocasse na posição de objeto ou da condição de um animal irracional.

Em suma, o *strip tease* confere, sim, mais liberdade e autonomia à dançarina, mas isso não é razão suficiente para permiti-lo ao tempo que se proíbe o *peep show*, sobretudo com lastro na dignidade humana.

Afirmar, contudo, que a dignidade é um tema objetivo, e não subjetivo, é escamotear a realidade decisória. Basta para isso mencionar a enorme controvérsia quanto ao referido julgado, havendo inúmeras opiniões, inclusive a nossa, a manifestar discordância do julgamento. Que haveria de objetivo nisso?

Também manifestando posição contrária, assim dispõe MALMERSTEIN¹⁶:

Defendeu-se, ainda, que não há um valor constitucional ligado aos “bons costumes” ou à moralidade sexual. A Constituição não obriga que se siga um comportamento sexual “convencional” ou “familiar”. Há, pelo contrário, proteção à diversidade e ao pluralismo, inclusive de cunho sexual.

Qualquer limitação a direitos fundamentais com base em justificativas fundadas na moralidade sexual é, em princípio, suspeita, a não ser quando se busca também proteger o público infantil. No caso do *peep*

16 MALERSTEIN, op. cit., p. 557-558.

show (ao contrário de outdoors, programas de televisão, revistas etc. que podem ser vistos por crianças), o trabalho é realizado em ambiente fechado e tipicamente adulto. Logo, não seria justificável a limitação ao direito fundamental (ao trabalho) nessa situação específica.

De forma lapidária, COSTA NETO¹⁷ também se posiciona criticamente em relação à decisão do *Bundesverfassungsgericht*:

Parece bastante plausível que este tipo de “show” envolve um péssimo gosto e que pode, de fato, ser considerado um tanto impróprio. Contudo, nada leva a crer que esse comportamento seja vedado pela dignidade humana (SUCHOMEL, 2010).

[...]

Entretanto, como observa Helge Sodan (2011, p. 31 e s.), as proibições de Peep-shows ou de “telessexo” (Telefonsex) não podem ser sustentadas com base na dignidade humana. Tal conceito não pode transformar-se em argumento para coibir meras atitudes de mau gosto (Geschmacklosigkeiten). Tecnicamente, enquanto conceito jurídico, ela é imprestável para essa tarefa.

Se se afirma que a dignidade humana é incompatível com Peep-shows etc., então também se afirma, indiretamente, que ela serve como forma de submeter os indivíduos aos gostos da maioria ou, em outras palavras, a fazê-los viver sob a égide de uma ética da maioria (unter der Ägide einer Majoritätsethik) (SODAN, 2011, p. 31). Ocorre que isso implicaria tornar sem efeito uma parte central da autonomia dos indivíduos. Com isso, nega-se a prerrogativa de autodeterminação de cada um, à medida que obrigam todos a seguir um mesmo padrão ético, que é um tanto oligárquico quanto heterodeterminado.

Não há nada de objetivo, portanto, no exame da dignidade humana no caso concreto, havendo, portanto, críticas quanto ao entendimento do Tribunal, que, a nosso ver, como já dito, não foi o mais acertado.

4 CONCLUSÕES

A dignidade humana, a despeito da polêmica sobre ser um valor intrínseco ou paulatinamente reconhecido (ou atribuído), envolve certa esfera de proteção a todos os seres humanos só por serem humanos.

¹⁷ COSTA NETO, op. cit., p. 39.

Esse valor, contudo, está intimamente relacionado à capacidade humana de autodeterminar-se e, portanto, ao direito geral de personalidade e ao direito geral de agir.

Certo é que, com base em sua origem metafísica, o ser humano possui algo de especial, que merece ser protegido. Ademais, segundo Kant, o ser humano não deve ser tratado como mero objeto, mas sempre como um fim. Assim, a reificação, a coisificação do ser humano malfere, em regra, a dignidade humana e demanda atuação estatal para evitar ou interromper seus efeitos.

Entretanto, os atos voluntários, consentidos, de indivíduos capazes, como regra geral, quando não impliquem dano a outrem, não devem ser sindicados pelo Estado, ainda que de mau gosto ou considerados degradantes.

Isso porque não cabe ao Estado pautar regras de boa vida, escolhas morais e íntimas aos cidadãos. Também a ele não cabe o papel paternalista de vedar condutas que não atendem ao gosto da maioria.

Essa liberdade, portanto, consagra o direito geral de personalidade e o direito geral de agir, de modo que o indivíduo possa autodeterminar-se, escolhendo de que modo deseja viver e construindo uma personalidade que lhe apraz (direito ao livre desenvolvimento da personalidade).

Portanto, a diferenciação entre o *peep show* e o *strip tease*, considerados permitidos, realmente procede, pois este último tem um caráter mais livre e artístico. Contudo, essa discrepância não possui o condão de inquirar o primeiro de violador da dignidade humana, pelas razões ora expostas.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional*

Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BECKER, Howard. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA NETO, João. *Dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MALMERSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

- MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.
- NUSSBAUM, Martha C. *Hiding from Humanity: Disgust, Shame, and the Law*. New Jersey: Princeton University Press, 2004.
- REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. 4 ed. v. 1. São Paulo: Paulus, 2009.
- SANDEL, Michael J. *Justiça*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- STARCK, Christian. Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental alemã. In: *Dimensões da dignidade*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.