

A insustentável leveza do ser: sobre arremesso de anões e o significado do conceito de dignidade da pessoa humana a partir de uma perspectiva experimental*

Noel STRUCHINER**

Ivar HANNIKAINEN***

RESUMO: O presente artigo tem como foco o chamado “paradoxo do abstrato e do concreto”, segundo o qual nossos julgamentos podem ser afetados e alterados em função do nível de concretude ou abstração em que um mesmo problema é equacionado e apresentado. Mais especificamente, pretendemos investigar se os julgamentos que envolvem a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana são suscetíveis ao paradoxo do abstrato e do concreto. Por meio desta investigação, nosso objetivo é lançar alguma luz na compreensão do princípio jurídico da dignidade da pessoa humana, dada a sua centralidade nos sistemas jurídicos contemporâneos.

PALAVRAS-CHAVE: Paradoxo do abstrato e do concreto; dignidade da pessoa humana; filosofia experimental; formalismo x particularismo; princípios x regras.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Montando o cenário: O desenho dos sistemas jurídicos contemporâneos e suas implicações no processo de tomada de decisão jurídica; – 3. A centralidade da dignidade e evidências pontuais de seu uso como um trunfo; – 4. Dificuldades com a noção de dignidade humana; – 5. Pesquisas experimentais prévias sobre o paradoxo do concreto e o abstrato; – 6. Experimento e resultados; – 7. Discussão do resultado e suas implicações descritivas, normativas e conceituais; – 8. Considerações finais.

ENGLISH TITLE: *The Unbearable Lightness of Being: Dwarf-Tossing and the Concept of Human Dignity through the Lenses of Experimental Philosophy*

ABSTRACT: *This paper analyses the “abstract and concrete paradox”, according to which our judgments are influenced by the level of abstractness or concreteness in which a problem is framed and posed. More specifically, we aim to investigate if judgments that deal with the application of the principle of human dignity are susceptible to the abstract and concrete paradox. We hope to be able to shed some light on the meaning of the principle of human dignity, given its importance in contemporary legal systems.*

KEYWORDS: *abstract and concrete paradox, principle of human dignity, experimental philosophy, formalism x particularism, principles x rules.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. Setting up the stage: the design of contemporary legal systems and its implications for judicial decision-making; – 3. The centrality of dignity and evidence for its use as a trump card; – 4. Some difficulties with the notion of dignity; – 5. Previous experiments on the abstract and concrete paradox; – 6. Experiment and results; – 7. Discussion about the results’ descriptive, normative, and conceptual implications; – 8. Final considerations.*

* Essa pesquisa foi realizada com o apoio do CNPq e da FAPERJ. Agradecemos ao Carlos Mauro, professor da Universidade Católica do Porto, pela participação no projeto que deu origem ao presente trabalho. Também agradecemos pela leitura atenta e pelas sugestões de correção de Pedro Chrismann e Úrsula Vasconcellos.

** Noel Struchiner é professor adjunto do programa de pós-graduação em direito da PUC-Rio, pesquisador do CNPq (bolsista de produtividade em pesquisa) e da FAPERJ (jovem cientista do nosso Estado).

*** Ivar A. R. Hannikainen é doutor em filosofia pela Universidade de Sheffield (Inglaterra) e bolsista de pós-doutorado júnior (CNPq) na PUC-Rio.

1. Introdução

Acreditamos que os julgamentos que ocorrem no âmbito jurídico podem estar sujeitos a certos paradoxos como o “paradoxo do abstrato e do concreto”¹ e o “paradoxo dos efeitos de ordem”,² que vêm sendo documentados por psicólogos e filósofos experimentais. O presente artigo tem como foco o primeiro paradoxo, segundo o qual nossos julgamentos podem ser afetados e alterados em função do nível de concretude ou abstração em que um mesmo problema é equacionado e apresentado. Mais especificamente, pretendemos investigar se os julgamentos que envolvem a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana são suscetíveis ao paradoxo do abstrato e do concreto. Por meio desta investigação, nosso objetivo é lançar alguma luz na compreensão do princípio jurídico da dignidade da pessoa humana, dada a sua centralidade nos sistemas jurídicos contemporâneos. Procuramos obter uma visão mais clara acerca da maneira pela qual as pessoas aplicam esse princípio na resolução de controvérsias e, dessa forma, elucidar o próprio significado do conceito de dignidade que é constituído no uso. Sendo assim, analisaremos se o princípio da dignidade da pessoa humana, considerado como um dos mais importantes princípios jurídicos, se não o mais importante, em função do seu caráter fundante do direito, está sujeito ao paradoxo do abstrato e do concreto no momento de sua aplicação. Se o significado de um conceito é conferido no e pelo uso³ e o seu uso é demonstrado sistematicamente inconsistente, então é possível afirmar que o próprio significado é, em alguma medida, inconsistente. Acreditamos que a abordagem experimental é a melhor forma de levar adiante esta investigação sobre os aspectos paradoxais na aplicação do conceito de dignidade humana e de explorar o seu significado.

Contudo, antes de entrar nas considerações experimentais, faz-se necessário equacionar o problema de maneira mais cuidadosa. Acreditamos que seja útil, em primeiro lugar, pintar o cenário, de forma breve e esquemática, sobre quais são as características principais do desenho institucional dos sistemas jurídicos democráticos ocidentais contemporâneos e como esse desenho influencia o processo de tomada de decisão jurídica, especialmente a decisão judicial, criando duas alternativas: ou

¹ Ver, por exemplo: Sinnott-Armstrong, W. Abstract + Concrete = Paradox. In: *Experimental Philosophy*, ed. J. Knobe and S. Nichols. New York: Oxford University Press, 2008. Ver, também: Mandlebaum, E.; Ripley, D. Explaining the Abstract/Concrete Paradoxes in Moral Psychology: The NBAR Hypothesis. *Review of Philosophy and Psychology* 3: 351–368, 2012.

² Sobre como a ordem em que certos casos são apresentados podem afetar as decisões e as razões apresentadas a favor delas, ver, por exemplo: Schwitzgebel, Eric, and Fiery Cushman. “Expertise in Moral Reasoning? Order Effects on Moral Judgment in Professional Philosophers and Non-Philosophers.” *Mind and Language* 27 (2): 135–53, 2012.

³ Aqui estamos seguindo o movimento da chamada “filosofia da linguagem ordinária”, com forte influências de Ludwig Wittgenstein, J.L. Austin, e H.L.A. Hart.

decisões são tomadas por meio de regras claras ou invocando-se princípios moralmente carregados (Seção 2). Após montar o cenário, em segundo lugar, serão apresentadas evidências para corroborar que o princípio da dignidade da pessoa humana desempenha um papel central no processo de tomada de decisão jurídica, funcionando como o principal trunfo para tomar decisões na ausência de regras claras e até mesmo para desabilitar os resultados gerados por regras claras que não satisfazem os julgadores (Seção 3). Todavia, a constatação da centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana e do fato de que o mesmo permeia maciçamente os mais diversos sistemas jurídicos contemporâneos, não vem acompanhada da constatação correspondente de que exista consenso sobre o seu significado. Em outras palavras, parece existir um consenso acerca da importância do princípio, mas não parece existir consenso sobre como ele deve ser compreendido e utilizado. Assim, em terceiro lugar, será traçada uma visão panorâmica acerca das discordâncias que circundam a aplicação deste conceito (Seção 4).

Com essa preparação de terreno, poderemos passar às considerações experimentais para tentar elucidar pelo menos um dos fatores – o grau de concretude ou abstração – que afeta a aplicação do conceito de dignidade humana. Conforme mencionado, acreditamos que a melhor maneira de investigar o significado do conceito é por meio de uma pesquisa experimental, já que a mesma permite revelar, de modo controlado, as regras não explícitas que governam sua aplicação. Se o objetivo é compreender o significado constituído no e pelo uso, então o caminho envolve investigar a linguagem em ação, adotando uma postura pragmática, e, conseqüentemente, apresentando problemas (vinhetas) que devem ser resolvidos por meio do princípio da dignidade humana por sujeitos do experimento. Assim, tentaremos verificar se as pessoas são consistentes na aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, checando a sua susceptibilidade ao paradoxo do abstrato e do concreto (Seção 6). Mas antes, para uma melhor compreensão do paradoxo do concreto e do abstrato, investigaremos alguns experimentos realizados no campo da moralidade e focaremos nas propriedades das vinhetas que foram manipuladas para gerar um maior ou menor nível de concretude (ou abstração), já que são esses fatores que pretendemos manipular em nossas próprias vinhetas (Seção 5). Finalmente, apresentaremos os resultados preliminares obtidos e ofereceremos algumas considerações acerca de suas implicações descritivas, normativas e conceituais para o direito e teoria do direito (Seção 7).

2. Montando o cenário: O desenho dos sistemas jurídicos contemporâneos e suas implicações no processo de tomada de decisão jurídica

Para tratar do tema do desenho ou arquitetura dos sistemas jurídicos contemporâneos e como essa arquitetura afeta o processo de tomada de decisão jurídica, especialmente a decisão judicial, pegaremos emprestada e adaptaremos uma analogia utilizada por Joshua Greene⁴. Trata-se da analogia da máquina fotográfica. Greene faz uso da analogia para descrever e explicar a forma como tomamos decisões e formamos julgamentos de uma maneira geral, especialmente como formamos julgamentos morais e, mais especificamente, para ilustrar a sua teoria do processo dual de julgamento moral. Embora suas propostas sejam instigantes, não temos a pretensão de investigá-las no presente artigo. Utilizaremos a analogia de forma ligeiramente diferente. A mesma será adaptada para explicar como os sistemas jurídicos contemporâneos são construídos, desenhados ou arquitetados e as implicações disso para o julgamento legal ou processo de tomada de decisão jurídica.

A analogia de Greene funciona da seguinte forma: imagine uma dessas máquinas fotográficas contemporâneas ultrassofisticadas que contêm uma série de modos pré-programados. As pessoas que compram essas máquinas assim o fazem para facilitar a própria vida. Afinal, se você quer tirar uma foto de alguém próximo de você, basta colocar a máquina no modo “retrato” (*portrait mode*); se a ideia é tirar uma foto de uma montanha distante, então é só colocar a máquina no modo “paisagem” (*landscape mode*); se o objetivo é capturar uma cena romântica sob a luz das estrelas, coloca-se no modo noite (*night mode*); se Brasil e Alemanha estão se enfrentando na Copa do Mundo e se (um alemão) deseja capturar o momento, basta colocar a máquina no modo “esporte” (*sports mode*)... Os modos pré-programados garantem boas fotografias, sem qualquer esforço ou talento por parte do fotógrafo, na maior parte do tempo. Contudo, em certas ocasiões o fotógrafo pode se deparar com situações em que o fabricante da máquina não antecipou ou para as quais os modos pré-programados não estão preparados. Além disso, em algumas ocasiões, embora o fabricante possa ter previsto a situação, ainda assim é possível que você acredite que se tivesse autonomia para configurar a máquina como quisesse, então poderia tirar uma foto ainda melhor. Felizmente, essas máquinas ultrassofisticadas possuem um “modo manual”, e não apenas os modos pré-programados. Assim, se você acredita nos seus dotes fotográficos, você pode colocar a máquina no modo manual e fazer todos os ajustes por conta própria: ISO, diafragma e obturador.

⁴ Greene, Joshua. *Moral Tribes: Emotion, Reason, and the Gap between Us and Them*. New York: Penguin, 2013.

Como atesta Greene, esse desenho utilizado para arquitetar a máquina parece ser uma boa estratégia, já que permite a navegação e negociação constantes entre a eficiência e a flexibilidade. Os modos pré-programados garantem eficiência. Eles facilitam a vida permitindo que boas fotos sejam tiradas na maior parte do tempo sem requerer muito esforço. Por outro lado, o modo manual fornece flexibilidade. É claro que pode ser arriscado fazer uso do modo manual devido a alta probabilidade de erros durante decisões técnicas e é verdade que pode ser menos eficiente, já que possivelmente mais tempo seria perdido calibrando todos os ajustes. Mas, se você está com tempo, sabe o que está fazendo e confia em suas habilidades de fotógrafo, então o modo manual permite o enfrentamento de novos desafios fotográficos não antecipados pelo fabricante da máquina e até mesmo de velhos desafios, mas de uma forma mais criativa e interessante.

O direito é como a máquina fotográfica de Greene, arquitetado com um mecanismo pré-programado, isto é, regras claras que podem ser facilmente aplicadas, e, ao mesmo tempo, possuindo um modo manual, isto é, princípios ou *standards* vagos por serem apresentados em uma linguagem moralmente carregada e controvertida. O julgamento jurídico em Estados democráticos e constitucionais contemporâneos, portanto, não é muito diferente da descrição acima. Juízes podem usar regras jurídicas claras para julgar os casos com os quais se deparam, mas enquanto o direito possuir princípios moralmente carregados, parece que os juízes também estão licenciados a utilizá-los para ativar o modo manual⁵. Logo, princípios funcionam como trunfos que podem desabilitar o modo pré-programado do direito. Sempre que o juiz estiver lidando com um caso para o qual o arquiteto do direito não antecipou uma solução e até mesmo quando a solução foi antecipada, mas ao seu ver não parece satisfatória, então ele pode desligar o modo automático invocando um princípio jurídico moralmente carregado⁶. A ideia é a de que, por meio desse desenho, o responsável pela decisão poderá navegar entre a eficiência e a flexibilidade⁷ desejadas para o bom funcionamento do direito.

⁵ Especialmente se juízes nunca são questionados por isso, mas sim admirados por tal prática.

⁶ Da mesma forma que a máquina fotográfica pode não conter um modo pré-programado para a ocasião que o fotógrafo está tentando capturar, o direito pode não conter uma regra prévia para a situação a ser solucionada pelo juiz (falamos aqui de uma lacuna normativa). Da mesma forma que a máquina fotográfica pode não permitir a combinação de modos automáticos pré-programados (imagine um fotógrafo que queira tirar uma foto de pessoas praticando esportes à noite, mas não tem como compatibilizar o modo noite com o modo esporte), o direito pode ter regras que sejam incompatíveis (falamos aqui de uma inconsistência normativa). Da mesma forma que o fotógrafo pode achar que algum modo pré-programado previamente existente para capturar justamente a situação que ele está enfrentando não é capaz de fazer isso adequadamente, o juiz pode achar que a regra clara determina um resultado subótimo do ponto de vista moral para o caso em tela (falamos aqui, principalmente, dos problemas de sobre e subinclusão do direito).

⁷ Muitos teóricos do direito falam sobre a importância de conciliar eficiência e flexibilidade. Hart, por exemplo, em *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1994), sustenta que a textura aberta da linguagem seria capaz de prover essa característica conciliadora para o direito. Como a linguagem é

Em suma, temos aqui a “teoria do processo dual acerca do julgamento jurídico”. O direito possui dois modos característicos de julgamento: um baseado em regras e outro baseado em princípios, que permite o afastamento das regras. Embora existam muitos princípios diferentes que podem exercer esse papel, o da dignidade da pessoa humana certamente se destaca entre eles. O apelo à dignidade humana é o principal trunfo para afastar os resultados gerados pelas regras; a maneira mais comum para colocar a máquina jurídica no modo manual.

3. A centralidade da dignidade e evidências pontuais de seu uso como um trunfo

Vejamos um caso emblemático na sua capacidade de ilustrar como a dignidade é utilizada como trunfo. No Brasil, o Sistema Único de Saúde (SUS) estabelece legalmente, por meio de regras⁸, quais tratamentos, medicamentos e procedimentos são cobertos pelo governo. Quando um medicamento ou tratamento não está previsto nas regras, não é incomum que um paciente recorra ao judiciário. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) teve que lidar com vários casos desse tipo, mas aqui chamaremos atenção para um caso julgado em 2003⁹. Neste caso, um homem diagnosticado com *retinose pigmentar*, uma doença genética que causa uma progressiva deterioração das células fotossensíveis da retina, eventualmente levando à cegueira, solicitou, no judiciário, que o governo brasileiro pagasse por um tratamento existente em Cuba, que não era contemplado pelo SUS. O solicitante demandava o pagamento do tratamento e os custos envolvidos para levar um acompanhante para Cuba que pudesse ajudá-lo. O caso eventualmente alcançou o STJ. Os ministros do Tribunal poderiam decidir aplicando a(s) regra(s) estabelecidas, indicando que tal tratamento não era previsto e, portanto não poderia ser realizado, ou poderiam julgar invocando algum princípio constitucional, como o “direito à saúde” ou o “princípio da dignidade da pessoa humana”.

Apesar de as regras não contemplarem o tratamento solicitado e apesar do parecer claramente contrário ao seu pagamento dado pelo Conselho Brasileiro de Oftalmologia, que defendeu que o mesmo seria ineficaz em sua opinião científica especializada, as

determinada na maior parte do tempo, temos eficiência, mas a possibilidade da linguagem se mostrar vaga e, conseqüentemente, indeterminada diante de situações não antecipadas, permite com que os juízes tenham flexibilidade para lidar com casos novos que extrapolam as situações ordinárias.

⁸ Ver: artigo 19-T, inciso I, incluído pela Lei nº 12.401, de 2011.

⁹ Mandado de Segurança nº 8.895-DF, relatado pela Min. Eliana Calmon e julgado pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça em 22/10/2003 (DJ 07/06/2004).

decisões de dois dos ministros podem ser destacadas em função dos propósitos da presente seção. O ministro Delgado disse:

Sr. Presidente, eminentes Ministros, o art. 1º, incisos II e III, da Constituição Federal, diz que o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, dentre tantos, é zelar pela dignidade humana e pela cidadania. Não há dignidade humana nem cidadania mais forte a ser zelada pelo Estado do que proporcionar todos os meios que sejam possíveis a quem necessita da saúde, em uma situação como a descrita, para que haja uma tentativa de solução.

Não me impressiona a discussão científica a respeito porque não é o que está em jogo. O que me surpreende é que um cidadão está rigorosamente em vias de ficar cego, se já não ficou, sem direito à luz, sem direito ao sol, enfim, ao mínimo direito do cidadão, que é a visão. Concedo a segurança¹⁰.

Outro juiz que decidiu a favor do pleito do paciente foi o ministro Fux. Depois de agradecer a Deus pelo privilégio de poder tomar uma decisão tão importante, e depois de rapidamente desacreditar a opinião do Conselho Brasileiro de Oftalmologia com o “argumento” segundo o qual só Deus é infalível e que, portanto, o Conselho poderia estar equivocado, disse:

Sou um perseverante escudeiro da dignidade da pessoa humana, dos valores imanentes à vida e à esperança do ser humano. Creio que é a nossa tarefa diuturna. (...) e na dúvida, devemos opinar exatamente pela esperança de esse cidadão poder se curar em um centro mais avançado (...). Mais uma vez, entre o direito e a justiça, ficarei com a solução que considero mais justa¹¹.

A decisão do ministro Fux acima é particularmente pertinente para os propósitos do presente trabalho, já que aponta para conclusões significativas. Afinal, parece ser altamente relevante o fato de que o ministro Fux, além de não ter recebido qualquer recriminação mais séria por olhares mais severos em função do teor de seus argumentos, na verdade foi indicado para ser ministro do Supremo Tribunal Federal justamente por tomar decisões deste tipo. Sua indicação foi apoiada em todos os ramos dos principais poderes governamentais e pela mídia, sendo reverenciado como um juiz

¹⁰ Esse foi o inteiro teor da decisão. Curiosamente, se olhasse para o sol diretamente, ficaria cego de qualquer forma.

¹¹ Esse foi basicamente o inteiro teor da decisão do ministro Fux.

humanista. Isso é altamente sugestivo do tipo de atitude judicial que não é apenas tolerada, mas fortemente incentivada em nossa cultura jurídica. O nosso sistema jurídico é desenhado de maneira que permite a utilização de princípios legais como trunfos, a nossa prática jurídica incorpora tal uso e nossa cultura aprova tal uso de peito aberto¹².

Não se trata de um caso isolado. O constitucionalista Daniel Sarmento levantou alguns dados quantitativos em 2015, que evidenciam a penetração do princípio em nosso direito. De acordo com ele:

Uma rápida pesquisa no site do STF mostra que, sob a égide da Constituição de 88, o princípio da dignidade da pessoa humana foi explicitamente invocado em nada menos que 260 acórdãos, 2.298 decisões monocráticas, 79 decisões da Presidência, 9 questões de ordem e 3 repercussões gerais. Os temas abordados pelas decisões são os mais variados, indo da vedação de denúncias criminais genéricas à união homoafetiva; da impossibilidade de realização compulsória do exame de DNA ao aborto de fetos anencéfalos; das políticas de ação afirmativa à criminalização da violência doméstica¹³.

Essa tendência também parece ser amplamente abraçada em círculos acadêmicos. Maria Celina Bodin de Moraes, uma das mais influentes estudiosas do ramo do direito civil no Brasil, recentemente lançou uma revista online chamada “Civilistica.com”. Em sua primeira apresentação editorial para o lançamento da revista, intitulada “O Jovem Direito Civil Constitucional”, ela diz que o direito está entrando em uma nova era e que sua existência se dá sob a égide de um novo paradigma chamado de “pós-positivismo”, no qual todos os domínios do direito, incluindo o direito privado, devem ser lidos através das lentes fornecidas pelos princípios constitucionais moralmente carregados. Princípios não são apenas adornos vistosos, mas possuem força normativa efetiva, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana. Em suas palavras:

A positivação dos direitos fundamentais e da proteção à dignidade da pessoa humana, presente nesses textos constitucionais, todavia, somente passou a ter um significado determinante quando se

¹² Para um rol de usos bizarros da noção de dignidade da pessoa humana, ver: Leal, Fernando Ângelo Ribeiro. *Decidindo com normas vagas: Estado de Direito, Coerência e Pragmatismo por uma teoria da decisão argumentativa e institucionalmente adequada*. Dissertação de mestrado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006.

¹³ O texto pode ser encontrado aqui: <http://jota.uol.com.br/constituicao-e-sociedade-desafios-da-dignidade-humana> (acessado em 11/10/2015).

alterou o fundamento nevrálgico do paradigma jurídico contemporâneo, qual seja o da força normativa da Constituição. Reconhece-se, assim, dentro do próprio direito positivo, a abertura do sistema que, em sua dinâmica, permite, através do processo de interpretação, o recurso – sempre argumentativo – aos valores (morais). Isso se dá especialmente através dos princípios, normas que por sua estrutura peculiar, impõem ao intérprete um esforço especial de justificação¹⁴.

E ela indica que não se trata de uma tendência exclusivamente brasileira. Muito pelo contrário:

Narrei a história dessa nova metodologia jurídica, que ainda está sendo aperfeiçoada por filósofos do direito e constitucionalistas, e que é essencialmente europeia, com alguma contribuição norte-americana¹⁵.

A importância e centralidade dos princípios, especialmente do princípio da dignidade da pessoa humana, não é uma peculiaridade do sistema jurídico brasileiro, mas também permeia outros sistemas e documentos legais, tanto de Estados soberanos específicos quanto de organizações internacionais. Nem todos usam o princípio da mesma maneira, com a mesma frequência ou como trunfos dotados da mesma intensidade, mas, ainda assim, quase todos possuem o princípio da dignidade humana para invocar e colocar o direito no modo manual. Conforme Sarmiento:

Tal fenômeno está longe de ter especificidade nacional. (...) A maior parte das constituições editadas desde então [Segunda Guerra Mundial] também incorpora o princípio: dentre as 194 que estão em vigor, nada menos que 149 aludem expressamente à dignidade humana, e a sua eficácia é reconhecida ainda em Estados cujas constituições não lhe fazem alusão textual, como a França, os Estados Unidos e o Canadá. A dignidade da pessoa humana, que desempenha papel central nos ordenamentos de países como a Alemanha, África do Sul, Colômbia e Israel, tem sido invocada com frequência cada vez maior por cortes constitucionais estrangeiras de todos os continentes e por tribunais internacionais¹⁶.

¹⁴ O texto do editorial pode ser encontrado aqui: <http://civilistica.com/o-jovem-direito-civil-constitucional/> (acessado em 11/10/2015).

¹⁵ <http://civilistica.com/o-jovem-direito-civil-constitucional/> (acessado em 11/10/2015).

¹⁶ Sarmiento obteve os dados através do sítio: <http://www.constituteproject.org/#/search>, (acessado por ele em 21/02/2015). Ver: <http://jota.uol.com.br/constituicao-e-sociedade-desafios-da-dignidade-humana> (acessado em 11/10/2015).

4. Dificuldades com a noção de dignidade humana

A presença maciça do princípio da dignidade da pessoa humana em sistemas jurídicos contemporâneos é um fato consolidado. Entretanto, sua ubiquidade não é garantia de homogeneidade em sua aplicação, seja quando analisada externamente (comparando sistemas jurídicos diferentes), seja internamente (dentro de um mesmo sistema jurídico). Apesar do consenso em relação à importância da inclusão do princípio da dignidade da pessoa humana nos mais diversos documentos jurídicos, tanto nacionais quanto internacionais, há ainda profundos desacordos tanto dentro de um mesmo país quanto entre diferentes países sobre como aplicar o princípio em diferentes ocasiões. O conceito de dignidade é um conceito moralmente carregado, cujo significado é copiosamente contestado. Algumas desavenças são capturadas na lista abaixo:

Com frequência, ela funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta sua própria imagem de dignidade. Não por acaso, pelo mundo afora, ela tem sido invocada pelos dois lados em disputa, em temas como interrupção da gestação, eutanásia, suicídio assistido, uniões homoafetivas, hate speech, negação do holocausto, clonagem, engenharia genética, inseminação artificial post mortem, cirurgias de mudança de sexo, prostituição, descriminalização de drogas, abate de aviões seqüestrados, proteção contra a auto-incriminação, pena de morte, prisão perpétua, uso de detector de mentiras, greve de fome, exigibilidade de direitos sociais. A lista é longa¹⁷.

Curiosamente, Michael Rosen, no início de seu livro de 2012 intitulado “*Dignity: Its History and Meaning*”, escolhe justamente um exemplo brasileiro¹⁸ para falar das dificuldades existentes a respeito da ideia de dignidade e da variabilidade de usos a que se submete. Em outubro de 2009, Geisy Arruda, uma estudante de turismo na Universidade Bandeirante (Uniban), em São Paulo, foi para a sala de aula usando um microvestido rosa que gerou reações hostis, com insultos e xingamentos, por parte de seus colegas. Ela foi expulsa da Universidade, cujos representantes alegaram que ela teria desrespeitado a moralidade e a dignidade acadêmica. Contudo, pouco tempo depois, seu advogado processou a Universidade, alegando que a dignidade de sua

¹⁷ Luís Roberto Barroso, *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, p.3. O texto encontra-se disponível aqui: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf (acessado em 11/10/2015).

¹⁸ Rosen, Michael. *Dignity: Its History and Meaning*. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p.7.

cliente é que teria sido prejudicada. Em 2010, o caso foi decidido a favor de Geisy e a Uniban teve que pagar um valor de R\$ 40.000,00.

Pensadores há anos já reconhecem as dificuldades que circundam a noção de dignidade, o que fez com que muitos adotassem posturas céticas no que diz respeito à possibilidade de estabelecer seu significado¹⁹. Um dos melhores exemplos talvez seja o filósofo Schopenhauer, que disse:

Só que esta expressão, "dignidade humana", uma vez que Kant a pronunciou, tornou-se a senha de todos os moralistas desorientados e destituídos de pensamento que esconderam sua falta de um fundamento da moral real, ou, pelo menos, de um fundamento da moral que dissesse alguma coisa, sob aquela expressão imponente de "dignidade humana", contando astutamente com o fato de ver também seu leitor usando com prazer uma tal dignidade e ficando, assim, satisfeito com isso. Queremos, no entanto, investigar um pouco mais de perto este conceito e testá-lo na realidade (...) ²⁰.
Porém, enquanto mesmo minha ética permanece ignorada pelos professores, prevalece nas universidades o princípio moral kantiano e, entre suas várias formas, a preferida é a da "dignidade do homem". A vacuidade dela eu já expus em meu ensaio *Sobre o Fundamento da Moral*, 8, p.169. Por isso aqui não me estenderei²¹.

Mas será que Schopenhauer está correto? Qual é a melhor forma de apreensão do conceito de dignidade humana? Como devemos proceder para investigar o seu significado ou, até mesmo, para descobrir se possui algum (ou mais de um)? Michael Rosen faz a seguinte sugestão: "Para desvendar a ideia de dignidade, a melhor maneira, penso eu, é resgatar as suas raízes, e essas – como ocorre com todos os conceitos importantes na vida política – são históricas"²².

Apesar de concordar que a investigação das bases históricas da ideia de dignidade possa ser uma empreitada intelectualmente enriquecedora e capaz de iluminar, em alguma medida, como nossas heranças políticas e culturais influenciaram os diversos usos do conceito no decorrer dos tempos, não pretendemos seguir o mesmo roteiro no presente artigo. Contra Rosen, nossa aposta maior para elucidar o conceito não envolve

¹⁹ Algumas referências são: Steven Pinker, "The Stupidity of Dignity," *The New Republic*, 28 de maio, 2008 e Ruth Macklin, "Dignity is a Useless Concept," *British Medical Journal*, 327 (2003), 1419.

²⁰ Schopenhauer, Arthur. *Sobre o Fundamento da Moral* (Trad. Maria Lúcia Cacciola) São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1995, p.78. Este é o livro que Schopenhauer escreve em 1840, a propósito de um concurso na Sociedade Real de Ciências da Dinamarca, prêmio que lhe foi recusado, apesar de ser o único candidato.

²¹ Schopenhauer, Arthur. *Parerga and Paralipomena: A Collection of Philosophical Essays*. New York: Cosimo, 2007, (On Human Nature, p.6).

²² Rosen, Michael. *Dignity: Its History and Meaning*. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p.8.

a sua investigação histórica, pelo menos não em um primeiro momento. Conforme mencionado, estamos interessados em compreender como o conceito é aplicado nos dias de hoje. Queremos entender o seu significado constituído no e pelo uso e, para tanto, precisamos desvendar justamente quais são as regras implícitas que governam o seu uso. Talvez a empreitada histórica possa explicar as causas de certas regras governarem as jogadas que fazemos nos dias de hoje, talvez não; mas o ponto é que precisamos, antes de mais nada, revelar quais são essas regras e isso requer a utilização dos métodos da filosofia experimental. Empregando os métodos da filosofia experimental, podemos entender os fatores que influenciam a aplicação do conceito e escrutinar seu significado. Assim como na passagem de Schopenhauer, pretendemos “investigar um pouco mais de perto este conceito e testá-lo na realidade”. Infelizmente para Schopenhauer, mas não para nós, os testes fornecidos pela filosofia experimental não estavam disponíveis em seu tempo.

5. Pesquisas experimentais prévias sobre o paradoxo do concreto e o abstrato

Como dito antes, nosso objetivo principal é investigar se o princípio da dignidade da pessoa humana está sujeito ao paradoxo do abstrato e do concreto e quais são algumas implicações conceituais, descritivas e normativas que podemos extrair disso. Mas antes de apresentar o nosso experimento, talvez seja útil falar sobre experimentos prévios, fora do direito, envolvendo a investigação sobre a susceptibilidade de nossos julgamentos morais ao paradoxo. Analisar esses experimentos fora da área jurídica serve a dois propósitos diferentes: 1. Permitir ao leitor entender melhor o que queremos dizer quando falamos sobre o paradoxo do abstrato e do concreto, isto é, aprender sobre o paradoxo por meio de exemplos; 2. Visualizar quais são as estratégias utilizadas para manipular a concretude ou abstração de uma situação, para entender como construímos o nosso próprio experimento baseado nelas.

Shaun Nichols e Joshua Knobe²³ mostraram como nossos julgamentos de atribuição de responsabilidade podem ser afetados pela manipulação da abstração/ concretude de um determinado problema. O que eles fizeram foi, em primeiro lugar, apresentar a descrição de um universo totalmente determinístico para os voluntários do experimento. Os sujeitos do experimento liam sobre um universo onde tudo que acontecia estava causalmente determinado. Bastava saber as condições iniciais do

²³ Nichols, Shaun, and Knobe, Joshua. Moral responsibility and determinism: The cognitive science of folk intuitions. *Nous* 41: 663–685, 2007.

universo e as leis da física para ser capaz de prever absolutamente tudo que aconteceria ali. Depois de ler a respeito desse universo, um grupo de voluntários recebia uma pergunta sobre se alguém poderia ser responsabilizado pelas suas ações em um cenário como esse. Nessa condição abstrata, em que nenhuma ação específica era descrita, 86% dos voluntários disseram que não seria possível atribuir responsabilidade no universo determinístico. O outro grupo de voluntários recebia uma vinheta que descrevia uma ação específica realizada no universo determinístico:

No Universo A, um homem chamado Bill passa a se sentir atraído por sua secretária e decide que a única forma de ficar com ela seria matando sua esposa e seus três filhos. Ele sabe que é impossível escapar de sua casa em caso de um incêndio. Antes de sair para uma viagem de negócios, ele arma um dispositivo no porão que incendeia a casa e mata sua família.

Quando questionados se Bill poderia ser moralmente responsabilizado pela morte de sua mulher e filhos, 72% dos participantes que receberam essa versão do experimento, considerada concreta porque estabelecia uma ação específica por um agente específico, responderam que sim. A conclusão dos autores é de que, em abstrato, tendemos a defender a impossibilidade de compatibilidade entre determinismo e responsabilidade, ou seja, defendemos a posição incompatibilista. Já no concreto, defendemos a posição que admite a reconciliação entre determinismo e responsabilidade, isto é, o chamado compatibilismo. Os autores defendem que isso é causado pela saliência emotiva dos casos concretos.

Em outro artigo, o mesmo Shaun Nichols, mas dessa vez com Adina Roskies²⁴, manipula a concretude/ abstração de uma forma diferente: controlando a distância entre a ocorrência do evento e o local onde se encontra o participante que responde o questionário. Participantes recebem aleatoriamente a descrição de um desses dois mundos determinísticos: um mundo atual, o nosso mundo ou um mundo alternativo, o Universo A. Aqueles que recebem o cenário do Universo A tendem a concordar, em maior intensidade, com a afirmação de que, caso os cientistas estejam certos sobre a veracidade do determinismo nesse mundo, então é impossível uma pessoa nesse mundo ser totalmente moralmente responsável por suas ações. Por outro lado, os participantes que recebem a versão que descreve seu mundo atual como determinístico, optam significativamente mais pelo compatibilismo, negando a afirmação de impossibilidade de responsabilização, mesmo que os cientistas estejam certos sobre o

²⁴ Nichols, Shaun, and Roskies, Adina. Bringing moral responsibility down to earth. *Journal of Philosophy* 105 (7): 371–388, 2008.

determinismo. Em suma, parece ser o caso que somos mais incompatibilistas quanto mais distantes estivermos do mundo determinístico.

Um último exemplo diz respeito aos experimentos que tratam do chamado “efeito da vítima identificável” (*identifiable victim effect*). Deborah Small, George Lowenstein e Paul Slovic²⁵ demonstraram que a apresentação de uma vítima identificável, em contraposição a meros dados estatísticos, engendra julgamentos e reações diferentes diante de um mesmo problema; no caso, o quanto de dinheiro é doado para uma instituição de caridade. Depois de receberem uma quantia em dinheiro pela realização de uma tarefa, os participantes voluntários do experimento tiveram a oportunidade de doar uma parte do dinheiro adquirido. Todos eles foram avisados que “qualquer dinheiro doado iria ser utilizado para aliviar a crise severa de falta de comida no sul da África e na Etiópia”. As doações iriam para uma instituição beneficente chamada “*Save the Children*”. Contudo, antes de tomarem a sua decisão, alguns participantes receberam a descrição de uma “vítima estatística”, isto é, informações fáticas numéricas, extraídas do site <http://www.savethechildren.org/>, sobre os problemas da fome na África (dados sobre seca e queda na produção de milho, número estimado de pessoas passando fome e quantas pessoas tiveram que abandonar suas residências). Já outros participantes receberam a foto de uma menina e leram uma breve descrição sobre ela (Rokia, uma menina pobre de Mali, com 7 anos de idade). Os participantes, tanto na condição “vítima estatística”, quanto na condição “vítima indetificável”, receberam uma folha para preencher com algumas perguntas sobre o grau de afeto que estavam sentindo e um envelope para realizar a doação. O valor médio das doações na condição “vítima identificável” (situação concreta) foi mais do que o dobro daquele alcançado na condição “vítima estatística” (situação abstrata) e estava correlacionado com o envolvimento afetivo dos participantes.

Entendemos que todos esses exemplos, apesar de suas diferenças e idiosincrasias, capturam a distinção entre o concreto e o abstrato e todos eles nos ensinam alguma forma de manipular o grau de concretude/ abstração na formulação de um problema. No primeiro exemplo, o fator diferenciador foi a existência de uma ação específica (armar um mecanismo incendiário) executada por alguém com um nome específico (Bill) para a realização de um propósito específico (matar a esposa e os filhos para ficar com a secretária) na situação concreta, enquanto na situação abstrata perguntava-se genericamente se alguém poderia ser moralmente responsabilizado por suas ações em

²⁵ Small, Deborah; Lowenstein, George; Slovic, Paul. Sympathy and callousness: The impact of deliberative thought on donations to identifiable and statistical victims. *Journal of Organizational Behavior and Human Decision Processes* 102 (2), 143-153, 2007.

um mundo determinístico. No segundo exemplo, o que tornava uma situação mais concreta era a aproximação física entre o evento e o participante que respondia ao questionário. Finalmente, no último experimento, ficou claro como a apresentação de uma vítima identificável por meio de uma descrição e uma imagem pode influenciar julgamentos e comportamentos.

É possível que todos esses fatores (nomes, descrições de ações, proximidade física, imagem de uma pessoa identificada) sejam capazes de engendrar uma aproximação psicológica com aquele que responde ao questionário. Acreditamos que todos os fatores elencados sejam formas de manipular uma única variável: a concretude (sua maior ou menor presença, já que a concretude é uma categoria que funciona em um contínuo – sua diminuição é o que chamamos de abstração). Utilizamos algumas das mesmas estratégias para manipular a concretude em nosso experimento e verificar a existência do paradoxo do abstrato e do concreto no direito.

6. Experimento e resultados

Tendo em vista que apostamos na utilização do método experimental para compreender a noção de dignidade da pessoa humana e verificar sua susceptibilidade ao paradoxo do abstrato e do concreto, desenhamos um experimento para constatar se o princípio é utilizado de forma consistente. Sua construção foi inspirada em um caso real: o notório caso sobre arremesso de anões. A vantagem de ser um caso real é que filósofos são frequentemente condenados por utilizarem, em seus experimentos de pensamento, casos fictícios e extravagantes que fogem de nossa realidade e escapam de nossos interesses²⁶. Não nos baseamos em um caso fictício, mas sim em um caso real, e não nos contentamos em fazer um mero experimento de pensamento, especulando a partir do conforto de nossas poltronas sobre como o conceito de dignidade seria aplicado, mas efetivamente testamos as intuições de sujeitos experimentais a respeito de como empregar a dignidade diante de certos problemas.

O caso verídico que serviu como nosso modelo envolveu um anão, Manuel Wackenheim, cuja profissão era ser arremessado em uma espécie de jogo conhecido como “arremesso de anões” (*lancer le nain*)²⁷. Essa prática, realizada em alguns bares na França, mas não incomum em outros lugares do mundo, consistia na atividade de arremessar uma

²⁶ O caso do bondinho desgovernado, nas suas múltiplas variações (*trolley problems*), é um bom exemplo.

²⁷ Ver: Moraes, Maria Celina Bodin de; Konder, Carlos Nelson. *Dilemas de Direito Civil-Constitucional: casos e decisões sobre os novos desafios para a tutela da pessoa humana nas relações existenciais*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2012.

pessoa de baixa estatura, um anão, como um projétil, por pessoas que frequentavam o bar, sendo o vencedor aquele capaz de fazer o arremesso mais longe. O trabalho do anão era regulado contratualmente. Entretanto, em 1991, o prefeito de Morsang-sur-Orge, na França, entendeu que tal atividade era uma afronta à ordem pública, já que representava um desrespeito à dignidade humana e, sendo assim, utilizou seus poderes de polícia para que ela fosse banida. O caso foi parar na justiça, sendo julgado na Corte Administrativa de Versailles e chegando, posteriormente, por meio de apelação, ao Conseil d'État, o tribunal de mais alta jurisdição no campo administrativo. Em um primeiro momento, prevaleceu o argumento do Sr. Waickenhein (e de seu empregador), baseado na autonomia da escolha, segundo o qual caberia a ele, inteiramente, a liberdade de escolher o emprego que quisesse. A liberdade de escolha, sendo protegida, caracterizava um respeito à dignidade. E o emprego escolhido fornecia o sustento para que pudesse viver dignamente. De acordo com Wackenheim, sua dignidade, portanto, seria duplamente protegida, caso pudesse continuar realizando sua atividade. Contudo, no final, prevaleceu a visão do prefeito, segundo a qual tal atividade configurava, apesar das tentativas de Wackenheim de sustentar o contrário, uma afronta à dignidade humana.

Inspirado no caso modelo de Weickenhein e usando as estratégias descritas na última seção, construímos vinhetas envolvendo casos abstratos e concretos de arremesso de anões (e, também, casos de arremesso de pessoas cuja estatura não era especificada²⁸ e arremesso de modelos) para testar as intuições de alunos de graduação, juízes e outros profissionais do direito acerca do conceito de dignidade e seu modo de utilização nos diversos casos. É importante ressaltar que ainda estamos em fase de testes, calibrando o modo de construção das vinhetas, que foram aplicadas com pequenas variações cada vez que executamos o experimento, e ainda em uma população muito pequena. Sendo assim, nosso tom será o da informalidade e não aquele usado em um artigo apto para ser apresentado para uma revista técnica de psicologia. Nossas considerações ainda são tímidas, fruto de uma abordagem preliminar. Contudo, acreditamos que nossos achados são promissores e que justificam as considerações que iremos propor e a continuação de pesquisas futuras.

Antes mesmo de apresentar de forma mais sistemática casos mais ou menos abstratos de arremesso de anões (e de pessoas e de modelos), observamos como alunos de graduação e profissionais do direito se posicionavam quanto ao próprio conceito de

²⁸A partir de agora, sempre que falarmos de arremesso de pessoa(s) que não estejam sendo caracterizadas como anões ou como modelos, entenda-se que estamos nos referindo a pessoa(s) cuja estatura ou profissão não foi especificada.

dignidade, na ausência da narrativa de qualquer caso a ser resolvido. Podemos chamar essa situação de extremamente abstrata. Nessa situação simplesmente colocamos, em sala de aula, uma questão como essa:

As ideias abaixo foram diretamente extraídas e adaptadas de textos de juristas e filósofos. Qual conjunto de ideias abaixo, A ou B, expressa melhor a sua própria concepção sobre a dignidade:

A) “A dignidade está associada à capacidade de se inventar e ao direito de cada um fazer escolhas existenciais e viver de acordo com elas”; “A ideia de autonomia da pessoa está no coração da dignidade da pessoa humana. Uma das dimensões mais fundamentais da dignidade é a ideia de que os indivíduos têm o direito de fazer as suas escolhas básicas de vida, que devem ser respeitadas pelo Estado e pela sociedade, desde que não violem o igual direito de terceiros. Quando o comportamento de uma pessoa adulta e capaz não ofende a direitos alheios, a dignidade não pode ser usada para lhe impor padrões de conduta que ela não aceita, derivem os mesmos de tradições sociais, das preferências políticas das majorias, de doutrinas religiosas ou de qualquer outra fonte”; “Ser tratado com dignidade significa que nós devemos ter o direito de fazer nossas próprias escolhas, mesmo que essas escolhas impliquem em viver de uma forma que coloca em cheque nossa honra ou faz com que sejamos menos respeitados aos olhos de terceiros”; “Em última análise, dignidade é mais uma questão de autonomia do que qualquer outra coisa”.

B) “A dignidade funciona como uma barreira absoluta para aquilo que tanto indivíduos quanto o Estado podem legitimamente realizar”; “A autonomia, entendida como a liberdade de escolha do ser humano para determinar a sua própria vida, não se confunde com a dignidade, sendo, na verdade, um valor que lhe é subordinado: a dignidade pode ser usada para sobrepujar as escolhas e decisões dos indivíduos, mesmo quando as mesmas não afetam a vida de terceiros”; “A dignidade humana deve ser empregada não para empoderar as pessoas em suas escolhas, mas para restringir a sua liberdade, impondo a observância de padrões de vida digna, mesmo que elas não concordem”; “Em última análise, dignidade está relacionada a conceitos como integridade, respeito e honra. Viver com dignidade significa ter respeito para com terceiros e, também, para consigo, não colocando a sua honra em questão, ou se sujeitando a humilhações”.

Nessa situação extremamente abstrata, quando perguntamos diretamente sobre o conceito e as suas características, sem qualquer narrativa sobre casos a serem resolvidos, a esmagadora maioria das pessoas se posicionou favorável ao conjunto A. Portanto, tais resultados são sugestivos de que as pessoas concebem a dignidade, no cenário extremamente abstrato, como possuindo propriedades ligadas à autonomia.

Contrastando com a situação extremamente abstrata, em que nenhum problema foi narrado para ser resolvido, recorreremos a duas outras condições, nas quais casos foram narrados de forma abstrata ou concreta para serem solucionados. Em turmas de graduação no Rio de Janeiro e em algumas turmas de juízes, em cursos de especialização no Rio de Janeiro e em Mato Grosso do Sul, apresentamos para alguns dos participantes o(s) caso(s) abstrato(s), enquanto para outros participantes, apresentamos o(s) caso(s) concreto(s). Vejamos uma versão do caso abstrato do anão:

No Brasil, alguns bares realizam uma competição de arremesso de anões. O anão contratado pelo bar veste um equipamento que o protege de qualquer dano físico. O anão contratado é sempre alguém que, livre e explicitamente, manifesta o desejo de participar dessa atividade. Este anão concorda em ser arremessado por duas equipes e é bem pago por essa atividade. A equipe que o arremessa mais longe ganha a competição e uma rodada grátis de cerveja. Esta competição anima o local: as pessoas riem e os bares que têm esta atração estão sempre cheios.

Concorda ou discorda com a seguinte afirmação?

O anão que permite ser arremessado prejudica a sua dignidade.

- Concordo Fortemente
- Concordo Moderadamente
- Não Concordo nem Discordo
- Discordo Moderadamente
- Discordo Fortemente²⁹

Vejamos uma versão do caso concreto do anão apresentado para juízes de Campo Grande, Mato Grosso do Sul:

No Mato Grosso do Sul, em Campo Grande, alguns bares realizam uma competição de arremesso de anões. O anão contratado pelo bar veste um equipamento que o protege de qualquer dano físico. Na cidade de Campo Grande, um anão chamado José Miguel (ver figura abaixo) foi contratado, tendo, livre e explicitamente, manifestado o desejo de participar dessa atividade. José Miguel concordou em ser arremessado por duas equipes e é bem pago por essa atividade. A equipe que o arremessa mais longe ganha a competição e uma rodada grátis de cerveja. Esta competição anima o local: as pessoas riem e os bares que têm esta atração estão sempre cheios.

²⁹ Em outras versões perguntamos simplesmente se as pessoas concordavam ou não que o anão teria comprometido sua dignidade, não apresentando a possibilidade de responder por meio de uma escala, mas sim de uma forma tudo ou nada.

[Antes de formular a pergunta, os participantes viam a imagem de um anão com cabelos castanhos e olhos castanhos]

Concorda ou discorda com a seguinte afirmação?

O anão, Jose Miguel, que permite ser arremessado prejudica a sua dignidade.

- Concordo Fortemente
- Concordo Moderadamente
- Não Concordo nem Discordo
- Discordo Moderadamente
- Discordo Fortemente³⁰

Além do caso abstrato do anão, também trabalhamos com um caso abstrato de pessoa cuja estatura não era especificada e um caso abstrato de modelo. Também contamos com um caso concreto onde João Miguel era uma pessoa cuja estatura não era especificada e um em que era um modelo. O que fazia com que um caso fosse considerado abstrato e outro concreto foram as estratégias importadas na construção das vinhetas. No caso concreto, o problema sempre estava acontecendo próximo daquele que estava respondendo ao questionário (por exemplo: o arremesso acontecia em um bar localizado em Campo Grande, Mato Grosso do Sul), utilizamos um anão (pessoa ou modelo) com um nome específico e contamos, em algumas versões concretas, com a imagem de um anão (pessoa ou modelo) e, em outras, com uma descrição específica acerca da cor do cabelo e dos olhos de João Miguel (quando não usamos a imagem).

Os resultados obtidos podem ser informalmente apresentados da seguinte forma: 1. No caso extremamente abstrato, conforme vimos anteriormente, os participantes associaram o conceito de dignidade mais frequentemente à autonomia e propriedades correlatas; 2. Os participantes de um modo geral mostraram uma tendência para considerar que a dignidade em concreto de João Miguel, enquanto anão e pessoa, foi comprometida ou pelo menos mais comprometida do que no caso abstrato de anão e pessoa (quando não tinha um agente com nome, imagem ou identificação e o caso não ocorria no exato lugar em que o participante respondia o questionário); 3. Finalmente, e curiosamente, tivemos uma inversão no caso do modelo abstrato e concreto, já que os

³⁰ Em outras versões perguntamos simplesmente se as pessoas concordavam ou não que João Miguel teria comprometido sua dignidade, não apresentando a possibilidade de responder por meio de uma escala, mas sim de uma forma tudo ou nada.

participantes entenderam que em abstrato a dignidade estava sendo prejudicada, enquanto o modelo concreto, João Miguel, não estava comprometendo a sua dignidade.

7. Discussão do resultado e suas implicações descritivas, normativas e conceituais

A. Implicações descritivas

Reconhecer a existência dessas assimetrias é altamente relevante para o direito e para a filosofia do direito. Vejamos, em primeiro lugar, algumas razões de caráter descritivo para atentarmos para os resultados que nossa pesquisa está produzindo. No campo da teoria ou filosofia constitucional, pretende-se, entre várias outras coisas, compreender como funcionam os mecanismos de controle de constitucionalidade levados a cabo por juízes ou outros agentes decisórios. O controle de constitucionalidade pode envolver um julgamento de constitucionalidade em um determinado caso, que pode ser descrito de forma mais ou menos concreta; a questão que é colocada é se a aplicação de uma determinada lei em um determinado caso é ou não constitucional. Outras vezes, o controle é exercido para avaliar se uma lei, mesmo na ausência de qualquer caso a ser resolvido, é ou não constitucional; a questão que se coloca é se a própria lei, em abstrato, é compatível com a constituição. Conhecer o paradoxo³¹ pode nos ajudar a descrever melhor o que está acontecendo, pode permitir uma explicação mais sofisticada das razões para os diferentes resultados obtidos e pode auxiliar na previsão de resultados de controle de constitucionalidade em função da abstração ou concretude em que casos são descritos.

Quando juízes realizam o controle de constitucionalidade, o objetivo é defender argumentativamente que um determinado ato normativo é – ou não – compatível com a constituição. Portanto, trata-se de um exemplo específico de argumentação jurídica. Sendo assim, o paradoxo não deveria ocupar apenas o teórico constitucional, mas também os teóricos da argumentação, que estão preocupados em descrever e explicar toda ordem de argumentos, fáticos e jurídicos, que ocorrem no âmbito do direito e não apenas os argumentos constitucionais. Por exemplo, juízes frequentemente constroem argumentos com base em precedentes, mas esses casos precedentes podem ser

³¹ Nesse artigo nos dedicamos principalmente à constatação da existência do paradoxo e suas implicações. Dar o próximo passo envolveria tentar desvendar as razões causais para o mesmo. Uma teoria plausível defende que as respostas diferentes que ocorrem em abstrato e em concreto são devidas à saliência emocional dos casos mais concretos. Outra teoria sustenta que nossos mecanismos de processar informação são diferentes em abstrato e em concreto, independentemente da saliência emocional do caso concreto.

descritos de forma mais ou menos concreta. Dado que o grau de abstração/ concretude com que certos casos são apresentados parece afetar a maneira pela qual os juízes argumentam, influenciando na seleção ou avaliação das premissas, então não podemos, na construção de uma teoria descritiva acerca da argumentação e decisão judicial, negligenciar esse fator.

B. Implicações normativas (e metaéticas)

Após fazer algumas considerações de caráter descritivo acima, passemos às considerações normativas (e metaéticas). Afinal, muitos acham que as conclusões genuinamente filosóficas ou relevantes são aquelas que extrapolam as considerações meramente descritivas. Conclusões normativas dizem respeito ao modo como certas coisas devem ser realizadas para serem realizadas corretamente, do ponto de vista moral. O crítico poderia dizer: “E daí que juízes são influenciados pelo paradoxo do abstrato e concreto? O que interessa é quais são as teorias normativas da adjudicação que deveriam ser seguidas por juízes para que atuassem de forma moralmente correta”.

Para responder essas críticas, lembramos do princípio do mínimo de realismo psicológico, sugerido por Owen Flanagan³², que disse que, ao construirmos teorias normativas, deveríamos manter em mente como elas funcionariam para agentes como nós, seres humanos com certas limitações cognitivas. Teorias normativas da adjudicação jurídica muitas vezes são classificadas como sendo mais formalistas ou mais particularistas³³. As teorias formalistas apostam nas regras e dizem que os juízes não devem se desviar delas com tanta facilidade. Recuperando a metáfora da máquina fotográfica, o juiz deve ser um fotógrafo que sempre, ou quase sempre, utiliza os modos pré-programados do direito. Por outro lado, os particularistas dizem que o importante é alcançar a solução acertada para cada caso, e se as regras são obstáculos nessa direção, então devem ser ignoradas. Por isso, essas teorias são apelidadas de Spike Lee, já que clamam para que se faça a coisa certa (“*Do the Right Thing*”) diante de cada caso.

Entendemos que, no Brasil, neoconstitucionalistas e adeptos do direito civil constitucional encaixam-se mais dentro da categoria dos particularistas, que, recorrendo às ideias de autores como Robert Alexy e Ronald Dworkin, estimulam o uso

³² Flanagan, O. *Varieties of Moral Personality: Ethics and Psychological Realism*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

³³ Schauer, F. *Playing By the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. New York: Oxford University Press, 1998.

dos modos manuais com mais frequência. É justamente aqui que entra o mínimo de realismo psicológico recomendado por Flanagan. Se vamos promover o modo manual, então temos de levar em consideração o tipo de decisão que efetivamente é produzida quando isso ocorre. O que a nossa pesquisa sugere é que, pelo menos no que diz respeito ao modo manual “dignidade da pessoa humana”, o mesmo não é aplicado de forma consistente. Na medida em que pessoas esperam que juízes sejam consistentes e na medida em que juízes assumem que são consistentes, então nossos resultados trazem boas razões para nos preocuparmos, já que o conceito em abstrato não parece estar funcionando da mesma forma que opera em concreto. Juízes não possuem consciência disso. Eles dificilmente reconheceriam que o nível de concretude/abstração dos casos seria capaz de afetar a sua concepção e aplicação dos princípios. Mais do que isso, os fatores que afetam as decisões são estranhos e não representam propriedades morais: a distância entre a pessoa que responde ao questionário e o evento narrado na vinheta, a presença de uma imagem ou uma descrição (qual é a diferença de saber ou não a cor do cabelo ou a cor do olho do anão, por exemplo?) e a identificação por meio de um nome (faz alguma diferença do ponto de vista moral falar que um anão foi arremessado em contraposição a um anão chamado João Miguel?). Parece óbvio que juízes ficariam surpresos em descobrirem que esses fatores que não são moralmente relevantes influenciam a decisão. Dessa forma, o uso do direito no modo manual pode transformar o modelo Spike Lee, do “*Do the Right Thing*”, no modelo Sinatra, do “*I did it my way*”, e o meu jeito é não só inconsistente como não tenho a menor ideia dos fatores que estão influenciando essa minha inconsistência.

Dizer que os fatores acima (cor do olho e do cabelo, distância mais próxima, presença de um nome) são estranhos e não são propriedades morais não significa dizer que as respostas que damos em concreto estejam erradas enquanto as respostas que damos em abstrato estejam corretas do ponto de vista moral. Talvez os fatores mencionados sejam heurísticas que nos conduzem às respostas corretas de forma oblíqua nos casos concretos. Mas como saber se a resposta moralmente correta é aquela alcançada diante dos casos mais concretos ou das situações mais abstratas? Essa discussão suscita algumas considerações normativas (e metaéticas) adicionais:

i. Digamos que eu tenha uma teoria moral normativa de minha preferência (utilitarista, deontológica, ética das virtudes...) e essa teoria indica, coincidentemente, como respostas corretas do ponto de vista moral, justamente as que mais frequentemente são alcançadas quando os juízes deliberam a respeito de casos concretos. Sendo assim, então minha teoria normativa da adjudicação jurídica deveria ser uma que criasse e

estimulasse mecanismos de decisão envolvendo casos concretos, ao mesmo tempo que bloqueasse os mecanismos de decisão envolvendo cenários abstratos e extremamente abstratos. Por outro lado, se os resultados da minha teoria normativa da moralidade fossem compatíveis com os resultados que juízes alcançam em abstrato, simplesmente reverteríamos a nossa recomendação quanto à teoria normativa da adjudicação jurídica.

Mas será que temos boas razões para confiar em nossas teorias normativas da moralidade? Afinal, sempre, ou quase sempre, que construímos e abraçamos uma teoria normativa da moralidade isso ocorre a partir da reflexão sobre casos. Só que casos, como já vimos, podem ocorrer em diferentes níveis de concretude/ abstração, gerando intuições diferentes. Sendo assim, nossa teoria moral normativa, que seria o parâmetro independente a ser utilizado para verificar se são as respostas dadas em abstrato ou concreto que são as corretas, é ela própria suscetível ao paradoxo do abstrato e do concreto. Em outras palavras, temos razões para uma certa dose de ceticismo, já que se tivéssemos inventariado situações em níveis de concretude/ abstração que não foram contemplados, possivelmente teríamos teorias morais normativas preferidas diferentes das que temos³⁴.

ii. Uma forma de ser cético é suspeitando de que não existe uma resposta correta do ponto de vista moral. Outra forma de ser cético é acreditando que existe uma resposta moral correta, mas que nosso acesso epistemológico a ela é impossível ou praticamente impossível. A ausência de resposta correta ou a provável impossibilidade de alcançá-la pode fazer com que sua busca e concretização percam importância. Mas a perda de importância acerca da resposta moral correta não implica que nada mais é importante. Ainda é necessário solucionar as questões e casos jurídicos, e a certeza, segurança e previsibilidade, que são relevantes mesmo na ausência de respostas corretas, podem nos fazer prezar pela consistência. Consequentemente, caberia defender o afastamento das assimetrias por meio da harmonização entre os resultados nos casos concretos e abstratos, seja para qual lado for.

iii. Por outro lado, o cético que acredita que existe uma resposta correta do ponto de vista moral, mas que ela é epistemologicamente inacessível, não precisa necessariamente acreditar que ela perca a sua importância. Esse cético pode apresentar

³⁴ A construção de uma teoria moral não é apenas suscetível ao grau de abstração/ concretude em que certos casos são investigados, mas também é suscetível aos efeitos de ordem em que casos são apresentados. Os dois paradoxos agindo conjuntamente nos fornecem boas razões para aumentar ainda mais as doses de ceticismo sobre o grau de confiança que devemos ter em relação às nossas teorias morais.

um argumento para abraçar as assimetrias e deixar tudo como está, preservando os mecanismos de decisão e os resultados em concreto e em abstrato. Já que não sabemos e não temos como saber qual é o resultado certo, mantendo a assimetria pelo menos garantimos que juízes irão acertar em algumas ocasiões, embora não saibamos em quais. Se acertar do ponto de vista moral é mais importante do que ser consistente, então essa parece ser a melhor solução. Afinal, aquele que opta pela consistência pode estar consistentemente errado do ponto de vista moral. Não sabemos se são as respostas em abstrato ou as em concreto que são as moralmente corretas, mas a busca pela consistência obriga a escolha arbitrária por uma delas para todo o sempre. Se a escolha é errada do ponto de vista moral, então estaremos errados sempre. Por outro lado, a coexistência dos dois mecanismos de decisão, em concreto e em abstrato, com a possibilidade de ora prevalecer um resultado e ora prevalecer outro, garante a correção moral, pelo menos em algumas situações.

C. Implicações conceituais

Depois de analisar algumas implicações descritivas e normativas da pesquisa, passemos às considerações conceituais. A primeira coisa que queremos deixar claro é o seguinte: estamos plenamente conscientes de que não trazemos absolutamente nada de novo para o debate conceitual quando constatamos que grupos de pessoas diferentes em países diferentes ou dentro de um mesmo país usam o conceito de dignidade de formas diferentes e que não são compatíveis. O conceito de dignidade é radicalmente disputado e essencialmente controvertido na prática. Constatar isso, além de não ser qualquer tipo de novidade, também não significa que o conceito seja desprovido de significado. Grupos diferentes podem ter cada um o seu significado e disputarem entre si para ver qual desses irá preponderar na resolução de problemas dentro da comunidade mais ampla.

Contudo, a constatação que começamos a rascunhar nesse trabalho, de forma mais original e significativa, foi a seguinte: a inconsistência não é apenas intersubjetiva, mas sim intrasubjetiva. A inconsistência não se dá apenas entre sujeitos diferentes, mas dentro de um mesmo sujeito. O mesmo sujeito usa e aplica o conceito de dignidade de diferentes maneiras em função do nível de concretude e abstração dos casos que está analisando, sem sequer perceber que está sendo influenciado por isso. Sendo assim, o significado do termo é colocado em cheque de uma forma mais radical e avassaladora. Não se tem apenas vários significados, mas começa-se a questionar se realmente há um significado mais consistente ou robusto. Pode-se até dizer que ainda existem diversos

significados se as pessoas constantemente aplicam o conceito no mesmo sentido sempre que se deparam com um caso em concreto, ou sempre que se deparam com um caso em abstrato, mas, assim sendo, já seriam dois conceitos: o de dignidade em concreto e o de dignidade em abstrato. O conceito de dignidade da pessoa humana, constituído no uso e pelo uso, é governado por regras implícitas que funcionam de forma distinta diante de casos mais concretos ou mais abstratos. O fato de essas discrepâncias ocorrerem em um mesmo agente, de serem não só intersubjetivas, como intrasubjetivas, conta como um ponto a favor dos céticos.

8. Considerações Finais

Rios de tinta já foram gastos com elocubrações filosóficas sobre o conceito de dignidade, mas normalmente os trabalhos sobre o tema não passam de tentativas do autor de tentar imprimir a sua visão normativa sobre como esse conceito deveria ser compreendido e empregado. Não negligenciamos a relevância desses trabalhos, mas entendemos que o terreno não está mais tão fértil para esse tipo de abordagem acerca da dignidade. As teorias normativas sobre como o conceito de dignidade deve ser empregado estão postas na mesa e novos trabalhos nessa direção não passam de pregação para os já convertidos. Por outro lado, acreditamos que trabalhos experimentais sobre a dignidade podem desbravar novos territórios e discussões sobre um tema que estava praticamente esgotado. Desconhecemos qualquer trabalho prévio de caráter experimental sobre dignidade e torcemos para que esse tipo de investigação possa ser estimulada a partir da presente pesquisa. Esperamos ter fornecido algumas boas razões para sustentar essa nova empreitada.

civilistica.com

Recebido em: 30.6.2016
Publicado a convite.

Como citar: STRUCHINER, Noel; HANNIKAINEN, Ivar. A insustentável leveza do ser: sobre arremesso de anões e o significado do conceito de dignidade da pessoa humana a partir de uma perspectiva experimental. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-insustentavel-leveza-do-ser/>>. Data de acesso.