

O PEEP SHOW NA ALEMANHA E A POSSIBILIDADE DE RENÚNCIA A DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE “PEEP SHOW” IN GERMANY AND THE POSSIBILITY OF RENUNCIATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Leonardo Simchen Trevisan*

Danielle Antpack Bettim**

RESUMO

O presente estudo busca, em um primeiro momento, expor as duas decisões do Tribunal Administrativo Federal da Alemanha acerca do *peep show* e discutir a fundamentação adotada pela corte para proibir esse tipo de entretenimento erótico, tanto do ponto de vista jurídico quanto filosófico, com especial ênfase no entendimento do tribunal a respeito do princípio da dignidade humana. Em um segundo momento, esta investigação busca encontrar respostas para o principal problema levantado por aquelas decisões, qual seja, o da possibilidade de renúncia a direitos fundamentais. Valendo-se do método hipotético-dedutivo, o presente estudo procura contribuir para a elucidação dessa controversa questão, demonstrando, ao final, que a renúncia a direitos fundamentais é possível, nos termos e nos limites estabelecidos pelo princípio da proporcionalidade.

Palavras-chave: *Peep show*; Dignidade humana; Direitos fundamentais; Renúncia.

ABSTRACT

This paper is initially aimed to expose the two decisions of the Federal Administrative Court of Germany on the so-called peep show and to discuss the reasoning adopted by the court to forbid this sort of erotic entertainment, both from a legal and philosophical point of view, with particular consideration on the court's understanding of the principle of human dignity. In a second moment, this investigation is aimed to find

* Mestre e doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. E-mail: simchentrevisan@gmail.com.

** Mestra em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. E-mail: danielleantpack@gmail.com.

answers to the pivotal problem raised by those decisions, namely the possibility of renunciation of fundamental rights. Using the hypothetico-deductive method, this paper seeks to contribute to the elucidation of this controversial issue. It intends to demonstrate, in its final section, that the renunciation of fundamental rights is possible, in the way and within the limits determined by the principle of proportionality.

Keywords: Peep show; Human dignity; Fundamental rights; Renunciation.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar as decisões alemãs referentes ao *peep show*, uma *performance* artística de cunho sensual que, alegadamente, deveria ser objeto de proibição, entre outros motivos, devido à suposta violação da dignidade humana da performista que a pratica. Além disso, questiona-se a possibilidade de a atriz, que tem sua dignidade supostamente vilipendiada, renunciar à proteção garantida à dignidade humana, ou seja, validamente manifestar sua renúncia a esse direito fundamental.

Para esse fito, o presente trabalho restou dividido em duas seções. Na primeira, encontram-se descritas as duas decisões sobre o *peep show* exaradas pelo Tribunal Administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*) da República Federal da Alemanha (BVerwGE 64, 274 e BVerwGE 84, 314). Na sequência, encontram-se comentários sobre as decisões, sobretudo quanto ao valor da dignidade humana, tanto em seu aspecto jurídico como filosófico.

Por sua vez, na segunda seção, encontra-se o questionamento sobre a viabilidade da renúncia a direitos fundamentais em relações privadas. O ponto de partida é a posição da doutrina tradicional, que entende que os direitos fundamentais são irrenunciáveis. Na sequência, são expostos breves comentários sobre outros casos relevantes de suposta infração a direitos humanos e à dignidade humana, semelhantes, portanto, ao *peep show*, quais sejam o caso *Laskey, Jaggard e Brown vs. Reino Unido* e o caso do lançamento de anões na França. Na derradeira parte, pretende-se argumentar, com base no ensinamento de autores como Benedita Mac Crorie e Robert Alexy que, ao contrário do que sustenta a doutrina tradicional, a renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares é, no âmbito de um juízo de proporcionalidade, possível.

O método utilizado nesse estudo é o hipotético-dedutivo, que, no presente caso, implica a análise rigorosa de proposições jurídico-fundamentais à luz do marco teórico adotado. Por sua vez, o objetivo da investigação é contribuir para que uma das questões mais debatidas no campo da dogmática dos direitos fundamentais possa ser observada sob uma nova luz. Espera-se que isso seja o bastante para demonstrar sua relevância e utilidade.

A PROIBIÇÃO DO PEEP SHOW NA ALEMANHA

O *peep show*, uma peculiar modalidade de entretenimento erótico, consiste na *performance* de uma atriz que, com o seu corpo totalmente à mostra, realiza uma dança sexualmente provocante sobre um pequeno palco rodeado por diversas cabines, cada uma delas com espaço para apenas um espectador. As cabines possuem uma estreita janela para o palco, a qual, por um mecanismo automático, se abre quando dinheiro é depositado. Além disso, o vidro especial dessa janela impede que a pessoa que está no interior da cabine seja reconhecida a partir do palco, ou seja, a atriz não é capaz de ver quem a está observando da cabine.

Após a inauguração da primeira casa de *peep show* da Europa, ocorrida em Munique no ano de 1976, esse tipo de diversão erótica popularizou-se rapidamente na Alemanha, convertendo-se em uma verdadeira febre no país nos anos finais da década de 1970. O declínio do *peep show* como modalidade de entretenimento não tardaria, contudo, a chegar; no início da década seguinte, o Tribunal Administrativo Federal proferiu sua primeira decisão a respeito do tema, declarando ilícita essa atividade.¹

Na sequência, proceder-se-á à análise das duas decisões do Tribunal Administrativo Federal da Alemanha acerca do *peep show*, decisões essas que culminaram na proibição desse tipo de entretenimento erótico naquele país.

A primeira decisão acerca do *peep show*: BVerwGE 64, 274

Fundamentos da decisão

Decisão proferida pelo 1º Senado do Tribunal Administrativo Federal em 15 de dezembro de 1981. Em síntese, o que motivou a propositura da ação foi o interesse do autor em que lhe fosse concedida uma licença, nos termos do parágrafo 33, “a” do Regulamento Comercial,² para a instalação e o funcionamento

¹ Sex in den Siebzigern: Backstage bei der Peepshow. *Spiegel Online*. 20 jan. 2009. Disponível em: <<http://www.spiegel.de/einestages/sex-in-den-siebzigern-a-949717.html>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

² Eis o texto do mencionado dispositivo: “§ 33a Exibição de Pessoas: (1) Quem quer promover comercialmente exibições de pessoas em seu estabelecimento ou pôr seu estabelecimento à disposição para tais eventos precisa de uma autorização do órgão responsável. Isso não vale para apresentações de caráter predominantemente artístico, esportivo, acrobático ou semelhante. A autorização pode ser concedida a prazo e vinculada a imposições, enquanto isso for necessário para a proteção da comunidade, dos espectadores ou dos moradores do prédio da empresa ou dos prédios vizinhos diante de perigos, prejuízos consideráveis ou aborrecimentos consideráveis; sob os mesmos pressupostos são também admissíveis posteriores registros, modificações e complementações das imposições. (2) A autorização deve ser recusada quan-

de uma casa de *peep show*. A ação foi julgada em primeira instância pelo Tribunal Administrativo de Gelsenkirchen, no qual o direito do requerente à obtenção da licença foi reconhecido, e, em segunda instância, pelo Tribunal Administrativo Superior de Münster, no qual, mais uma vez, o autor da ação obteve sucesso.³

Na segunda instância, foram adotados os seguintes fundamentos para a decisão: a finalidade do dispositivo em questão do Regulamento Comercial é simplesmente a de ordenar a vida em sociedade de modo que as atividades por ele reguladas não afetem o bem-estar geral. Essa norma não tem o objetivo de proteger a moral em si mesma, nem o de prescrever ao cidadão um mínimo moral e garantir a observância desse mínimo por intermédio dos meios administrativos de fiscalização. Em se tratando de uma atividade relacionada à vida sexual, uma afetação do bem-estar da comunidade teria lugar somente quando essa atividade fosse desempenhada de forma a não respeitar o direito de pessoas que não desejam participar dela, ou seja, quando ela incomodar pessoas que não querem ser incomodadas, e, de modo especial, quando ela puder, inadvertidamente, afetar menores de idade.⁴

De acordo com a decisão proferida na segunda instância, apenas se essas condições estiverem preenchidas haverá uma violação à cláusula dos bons costumes capaz de ensejar o indeferimento da licença. O fato de que a atividade em questão possa ser julgada moralmente reprovável não basta para justificar esse indeferimento. O argumento de que a atriz seria, em virtude das circunstâncias sob as quais ocorre esse tipo de apresentação, degradada à condição de um mero

do: 1. fatos justificam a suposição de que o requerente não possui a seriedade necessária para o empreendimento, 2. é esperado que a exibição irá contrariar os bons costumes ou 3. o empreendimento, em consideração à sua localização ou ao uso do espaço, contraria o interesse público, particularmente deixa reacear efeitos nocivos ao meio-ambiente no sentido da Lei Federal de Proteção contra Imissões ou consideráveis prejuízos, perigos ou aborrecimentos para a comunidade". No original: „§ 33a *Schaustellungen von Personen*: (1) *Wer gewerbmäßig Schaustellungen von Personen in seinen Geschäftsräumen veranstalten oder für deren Veranstaltung seine Geschäftsräume zur Verfügung stellen will, bedarf der Erlaubnis der zuständigen Behörde. Dies gilt nicht für Darbietungen mit überwiegend künstlerischem, sportlichem, akrobatischem oder ähnlichem Charakter. Die Erlaubnis kann mit einer Befristung erteilt und mit Auflagen verbunden werden, soweit dies zum Schutze der Allgemeinheit, der Gäste oder der Bewohner des Betriebsgrundstücks oder der Nachbargrundstücke vor Gefahren, erheblichen Nachteilen oder erheblichen Belästigungen erforderlich ist; unter denselben Voraussetzungen ist auch die nachträgliche Aufnahme, Änderung und Ergänzung von Auflagen zulässig.* (2) *Die Erlaubnis ist zu versagen, wenn 1. Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß der Antragsteller die für den Gewerbebetrieb erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt, 2. zu erwarten ist, daß die Schaustellungen den guten Sitten zuwiderlaufen werden oder 3. der Gewerbebetrieb im Hinblick auf seine örtliche Lage oder auf die Verwendung der Räume dem öffentlichen Interesse widerspricht, insbesondere schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne des Bundes-Immissionsschutzgesetzes oder sonst erhebliche Nachteile, Gefahren oder Belästigungen für die Allgemeinheit befürchten läßt*“.

³ BVerwGE 64, 274.

⁴ BVerwGE 64, 274.

objeto de satisfação voyeurística do observador e que, portanto, seria ferida em sua dignidade humana, foi afastado na decisão. Para o tribunal de segunda instância, não haveria uma violação da dignidade humana da mulher nesse caso.⁵

Contra essa decisão, interpôs-se recurso para o Tribunal Administrativo Federal. Nessa instância, o quadro alterou-se completamente, e a licença pretendida acabou sendo negada.

Na fundamentação, o Tribunal Administrativo Federal entende que esse tipo de evento (*peep show*) apresenta características que permitem vislumbrar uma violação à cláusula dos bons costumes. Mas o que é a cláusula dos bons costumes? Segundo o tribunal, trata-se de um conceito jurídico indeterminado e carecedor de concretização; quando concretizado pela Administração, está amplamente sujeito a revisão judicial. Com a utilização dessa cláusula, a lei remete às concepções valorativas ético-sociais que são tomadas como pressuposto na organização da comunidade jurídica. O critério para o deferimento ou não da licença seria, portanto, a conformidade da atividade proposta à cláusula dos bons costumes, não a simples não afetação de pessoas que não desejam ter nenhum contato com ela, como aduziu o tribunal de instância inferior.⁶

O Tribunal Administrativo Federal salienta também que a ordem de valores consagrada na Lei Fundamental, ou seja, os princípios éticos que foram dotados de vinculatidade jurídica pela Constituição, especialmente a proteção à dignidade humana, harmoniza-se com a exigência de que a cláusula dos bons costumes seja respeitada. Assim, atividades que, devido às circunstâncias do seu desempenho, atentam contra a dignidade humana são, ao mesmo tempo, contrárias aos bons costumes. O indeferimento da licença nesse caso é o modo pelo qual o órgão estatal competente cumpre a sua tarefa relativamente à proteção da dignidade humana, a qual, segundo o artigo 1, alínea 1 da Lei Fundamental,⁷ constitui dever de todos os poderes do Estado. Para o tribunal, atividades como a do *peep show* violam a dignidade humana da mulher e, portanto, não são passíveis de autorização.⁸

A violação à dignidade humana está, nesse tipo de atividade, justamente na degradação da pessoa à condição de mero objeto. Nesse ponto, são feitas algumas distinções sutis. Segundo o tribunal, a simples exposição do corpo feminino, como ocorre, por exemplo, nas apresentações de *striptease*, não implica uma violação à dignidade humana, pois esse tipo de espetáculo de dança revela toda

⁵ BVerwGE 64, 274.

⁶ BVerwGE 64, 274.

⁷ Assim estabelece o aludido dispositivo: “A dignidade humana é intangível. Considerá-la e protegê-la é obrigação de todo poder estatal”. No original: „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt“.

⁸ BVerwGE 64, 274.

uma tradição artística por trás e, além disso, a dançarina é capaz de ver quem a está assistindo, não há nenhum mecanismo que a impeça de reconhecer os presentes ao recinto da apresentação.⁹

De acordo com a decisão, isso não ocorre no *peep show*; as circunstâncias que envolvem a apresentação contribuem para que a dançarina seja degradada à condição de objeto. Deve-se isso ao fato de que o observador tem acesso à *performance* através de um processo mecanizado e automatizado, já que ele deposita a moeda e a janela para o palco automaticamente se abre, como se a visão do corpo da mulher fosse a mercadoria de uma máquina automática. Além disso, o isolamento da cabine é proposital, impedindo que a dançarina reconheça quem a está observando e convertendo-a, assim, em mero objeto de autossatisfação voyeurística do observador. Circunstâncias como essas permitem concluir que o corpo da mulher é explorado comercialmente como uma mercadoria qualquer, um simples objeto de estímulo sexual. Diante de tais circunstâncias, pode-se afirmar, segundo o tribunal, que esse tipo de apresentação é degradante para a mulher que a realiza e viola sua dignidade.¹⁰

Não afasta a violação à dignidade da mulher o fato de que ela participa voluntariamente desse tipo de atividade. A dignidade humana é um valor objetivo e indisponível, e o particular não pode renunciar a ela de modo eficaz. Apesar de afirmar isso, a decisão deixa expressamente em aberto a questão relativa a se e até que ponto o titular da dignidade humana, sem a influência do Estado, pode configurar sua vida privada de acordo com a sua vontade (especialmente no que tange à sua própria visão acerca daquilo que a sua dignidade constitui).¹¹

De acordo com a decisão, essa não é uma questão pertinente, pois o deferimento da licença para a exploração da atividade proposta somente pode ser levado a efeito pelo órgão estatal dotado de competência para tanto, o qual está simultaneamente obrigado a respeitar e a proteger a dignidade humana. Portanto, a questão restringe-se à possibilidade de outorga da licença para estabelecimentos que promovam atividades objetivamente atentatórias à dignidade humana, não sendo o consentimento do afetado capaz de eliminar essa circunstância. Tal consentimento só poderia excluir uma violação à dignidade humana naqueles casos em que o fundamento da violação é justamente a falta de consentimento do afetado.¹²

Não é esse o caso do *peep show*, pois a violação à dignidade da performista independe do seu consentimento, decorrendo das circunstâncias sob as quais a apresentação é realizada. Nesse caso, a dignidade da mulher deve ser defendida

⁹ BVerwGE 64, 274.

¹⁰ BVerwGE 64, 274.

¹¹ BVerwGE 64, 274.

¹² BVerwGE 64, 274.

mesmo contra a sua intenção de desempenhar a atividade, já que o valor objetivo da dignidade humana prevalece sobre as concepções subjetivas que a mulher possa ter acerca desse valor. A proteção à dignidade humana perderia totalmente sua força normativa e seu significado primordial para a ordem jurídica se o juízo definitivo acerca da existência ou não de uma violação a esse direito fundamental fosse deixado exclusivamente a cargo do titular do direito.¹³

Assim, a violação à dignidade da mulher constitui motivo suficiente para que o *peep show* seja considerado incompatível com os bons costumes, eximindo o tribunal de considerações adicionais acerca do caráter moralmente reprovável dessa atividade.¹⁴

Comentários

Pelo tratamento que dispensa ao valor da dignidade humana, a primeira decisão do Tribunal Administrativo Federal acerca do *peep show* mostra-se interessante sob múltiplos aspectos. A análise a seguir trabalhará esse valor sob o prisma jurídico (limitado ao plano jurídico-constitucional)¹⁵ e sob o prisma filosófico (com base na filosofia de Kant).

A dignidade humana sob o prisma jurídico: sua posição na Lei Fundamental

A decisão adrede exposta alude à preservação da dignidade humana da mulher como o fundamento central para a proibição do *peep show*. Algumas considerações acerca desse valor do ponto de vista jurídico são, pois, indispensáveis.

Na ordem constitucional alemã, a dignidade humana não constitui um valor qualquer; ela está prevista no artigo 1, alínea 1 da Lei Fundamental, justamente o seu dispositivo de abertura, que faz referência à intangibilidade da dignidade humana e à obrigação de todo poder estatal em considerá-la e protegê-la. Não é difícil imaginar o motivo dessa previsão em um lugar tão privilegiado do texto constitucional; a Lei Fundamental pretendeu desde o início assinalar a dignidade humana como o mais básico dos valores que dão forma à ordem constitucional, opondo-se, com isso, à barbárie do regime nacional-socialista que devastou a Alemanha no período histórico imediatamente anterior ao advento da Lei Fundamental (promulgada em 1949, poucos anos após o colapso daquele regime totalitário) e que representou justamente a negação

¹³ BVerwGE 64, 274.

¹⁴ BVerwGE 64, 274.

¹⁵ Ao lado do plano constitucional, seria possível trabalhar, com base na referida decisão, o valor da dignidade humana nos planos administrativo e civil. Todavia, para os objetivos aqui perseguidos, isso se revela dispensável.

da dignidade humana.¹⁶ Como tal, o artigo 1, alínea 1 da Lei Fundamental não representa uma simples declaração ética de respeito à dignidade do ser humano (que, sem dúvida, constitui simultaneamente um valor moral de extrema importância), mas uma autêntica norma jurídica cuja observância é garantida por intermédio das vias processuais de proteção aos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.¹⁷

O inequívoco destaque conferido à norma da dignidade humana pela Lei Fundamental poderia indicar o seu “caráter absoluto”, reforçado por sua descri-

¹⁶ Acerca do significado da dignidade humana no contexto da ordem de valores prevista na Lei Fundamental, assinala Konrad Hesse: “o *artigo de entrada da Lei Fundamental* normaliza o princípio superior, incondicional e, na maneira da sua realização, indisponível, da ordem constitucional: a inviolabilidade da dignidade do homem e a obrigação de todo poder estatal de respeitá-la e protegê-la. Muito distante de uma fórmula abstrata ou mera declamação, à qual falta significado jurídico, cabe a esse princípio o peso completo de uma fundação normativa dessa coletividade histórico-concreta, cuja legitimidade, após um período de inumanidade [...], está no respeito e na proteção da humanidade. A imagem do homem, da qual a Lei Fundamental parte no artigo 1º, não deve, nisso, nem individual nem coletivamente ser mal entendida, ou dada outra interpretação. Para a ordem constitucional da Lei Fundamental, o homem não é nem partícula isolada, indivíduo despojado de suas limitações históricas, nem sem realidade da ‘massa’ moderna. Ele é entendido, antes, como ‘pessoa’: de valor próprio indisponível, destinado ao livre desenvolvimento, mas também simultaneamente membro de comunidades, de matrimônio e família (artigo 6º da Lei Fundamental), igrejas (artigo 140 da Lei Fundamental), grupos sociais e políticos (artigo 9º e 21 da Lei Fundamental), das sociedades políticas (artigo 28, alínea 2 da Lei Fundamental), não em último lugar, também do Estado, com isso, situado nas relações inter-humanas mais diversas, por essas relações em sua individualidade concreta essencialmente moldado, mas também chamado a coconfigurar responsabilmente convivência humana. Somente assim, entendido não só como barreira ou obrigação de proteção do poder estatal, o conteúdo do artigo 1º da Lei Fundamental e os direitos do homem, dos quais o povo alemão, por causa deste conteúdo, ‘como base de cada comunidade humana’, declara-se partidário (artigo 1º, alínea 2 da Lei Fundamental), convertem-se em pressuposto da livre autodeterminação, sobre a qual a ordem constituída, pela Lei Fundamental, da vida estatal deve assentar-se.” (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 109-111. n. m. 116.) Mais além, verifica-se que, na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, a dignidade humana teve desde o início grande significado. Nas decisões mais antigas desse tribunal ela já era colocada no centro do sistema de valores inscrito na Lei Fundamental, verdadeiro “ponto de partida dos direitos fundamentais”, em estreita conexão com vários desses direitos, tais como os direitos fundamentais processuais, a liberdade de crença, a liberdade de consciência, a liberdade de informação e a liberdade artística, direitos fundamentais que não apenas devem ser interpretados à luz da dignidade humana, mas para os quais ela também serve de reforço. Constitui ela, assim, o (no dizer daquele tribunal) “mais alto valor jurídico” no interior da ordem constitucionalmente fundada. (HÄBERLE, Peter. *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (hrsg.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Bd. II. 3. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 2004. S. 323-325.)

¹⁷ BENDA, Ernst. *Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht*. In: BENDA, Ernst; MAIHOFFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (hrsg.). *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 2. Aufl. Berlin; New York: de Gruyter, 1994. S. 164-165.

ção como “intangível”. Isso, todavia, seria extremamente problemático, mormente por se tratar de uma norma com um grau tão elevado de abertura semântica. Entendendo-se a dignidade humana como um princípio¹⁸ absoluto, impede-se que ela conheça qualquer limitação jurídica motivada por princípios colidentes, por maior que seja, a cada caso, a importância dessa limitação; sua realização conheceria apenas limites fáticos.¹⁹⁻²⁰

Robert Alexy busca solucionar esse problema com uma construção peculiar: segundo ele, a norma da dignidade humana é simultaneamente regra e princípio. O princípio da dignidade humana, em face da abertura inerente a essa norma, deve ser objeto de ponderação com outros princípios para que, a cada caso, o conteúdo da regra da dignidade humana possa ser estabelecido. Se no nível dos princípios ela cede, isso significa que ela não está violada no plano das regras.²¹

¹⁸ O termo “princípio” é empregado aqui no sentido peculiar à teoria de Robert Alexy. Esse autor, contrapondo regras e princípios como as duas distintas espécies de normas, assim as diferencia: “Tanto regras como princípios podem ser concebidos como normas. Se isso ocorre, então se trata de uma distinção dentro da classe de normas. O ponto decisivo para a distinção de regras e princípios é que princípios são *mandamentos de otimização*, enquanto regras têm o caráter de *mandamentos definitivos*. Como mandamentos de otimização, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas. Isso significa que eles podem ser cumpridos em graus diferentes e que a medida ordenada de seu cumprimento depende não só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas, que, além de por regras, são determinadas, essencialmente, por princípios em sentido contrário. O último implica que princípios são suscetíveis e carentes de ponderação. A ponderação é a forma de aplicação do direito característica para princípios. Ao contrário, regras são normas que sempre somente ou podem ser cumpridas ou não cumpridas. Se uma regra vale e é aplicável, então é ordenado fazer rigorosamente aquilo que ela pede, não mais e não menos. Regras contêm, nesse sentido, fixações no espaço do fática e juridicamente possível. Sua aplicação é um assunto-tudo-ou-nada. Elas não são nem suscetíveis nem carentes de ponderação. A forma de aplicação do direito para elas característica é a subsunção.” (ALEXY, Robert. *Sistema jurídico e razão prática*. In: _____. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do Direito*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 164-165.)

¹⁹ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 94-95.

²⁰ Nils Teifke coloca a questão da seguinte forma: “A proposição ‘a dignidade humana é intangível’ proporciona a impressão da absolutidade da dignidade humana. Isso corresponde com a concepção, preponderantemente defendida, segundo a qual cada intervenção na dignidade humana já representa sua violação. Uma limitação da dignidade humana estaria, por conseguinte, excluída. Se a dignidade humana vale absolutamente, não se pode, sob nenhuma circunstância, intervir nela.” (TEIFKE, Nils. *Flexibilidade da dignidade humana? para a estrutura do artigo 1, alínea 1, da Lei Fundamental*. In: HECK, Luís Afonso (org.). *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 172.)

²¹ Para ilustrar isso, Alexy alude às decisões do Tribunal Constitucional Federal acerca da interceptação telefônica, na qual restou decidido que tal medida não representava uma violação à dignidade humana quando necessária à proteção da ordem democrática e à conservação do Estado (BVerfGE 30, 1), e da prisão perpétua, na qual restou estabelecido que a manutenção indefinida da prisão não violava a dignidade humana do apenado quando justificada por sua permanente periculosidade (BVerfGE 45, 187). (ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 96-97.)

Dito de outro modo: diante da abertura semântica da norma da dignidade humana, pode-se falar em uma regra e em um princípio da dignidade humana. Como regra, a dignidade humana é absoluta, mas não o é como princípio; o conteúdo da regra deve ser determinado pela ponderação do princípio com outros princípios diante do caso concreto. Apesar disso, deve ser observado que há um amplo espectro de condições sob as quais o princípio da dignidade humana prevalece sobre os princípios em sentido contrário; existem, na maioria dos casos, razões suficientemente fortes do ponto de vista jurídico-fundamental para que a relação de precedência condicionada que a ponderação estabelece seja decidida em favor do princípio da dignidade humana.²² A respeito disso, Teifke assinala que, em situações normais, é possível defender a existência de uma proteção absoluta da dignidade humana; do ponto de vista da Lei Fundamental, o princípio da dignidade humana é aquele que possui o peso abstrato mais alto, somente podendo retroceder diante de princípios colidentes em casos realmente excepcionais. Existe, portanto, uma primazia *prima facie* abstrata da dignidade humana, que, embora não baste para assegurar a prevalência desse princípio em todos os casos, estabelece uma regra de carga da argumentação em seu favor.²³

Para os fins aqui perseguidos, o mais importante a reter dessa complexa construção teórica é que a norma da dignidade humana não pode ser entendida como um princípio absoluto. Absoluta é a regra da dignidade humana, cuja aplicação, contudo, depende de uma determinação do seu conteúdo, o que somente pode ser feito no plano dos princípios, ponderando-se o princípio da dignidade humana com princípios colidentes. No que tange especificamente ao *peep show*, poder-se-ia reconstruir o caso, com base na teoria da ponderação,²⁴ nos termos de uma colisão de direitos fundamentais do mesmo titular: a dignidade humana da mulher colidindo com a sua própria liberdade de exercício profissional,²⁵ e, mais além, com a sua liberdade artística.²⁶ Se essa configura-

²² ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 97.

²³ TEIFKE, Nils. Flexibilidade da dignidade humana? Para a estrutura do artigo 1, alínea 1, da Lei Fundamental. In: HECK, Luís Afonso (org.). *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 184-186.

²⁴ Para maiores detalhes acerca da teoria da ponderação, ver item *Renúncia a direitos fundamentais...*, infra.

²⁵ Garantida pelo artigo 12, alínea 1 da Lei Fundamental, que estabelece: “Todos os alemães têm o direito de escolher livremente a profissão, o posto de trabalho e o local de formação. O exercício da profissão pode ser regulado por lei ou com base em lei.” No original: „Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.“

²⁶ Garantida pelo artigo 5, alínea 3 da Lei Fundamental: “Arte e ciência, pesquisa e ensino são livres. A liberdade de ensino não dispensa a fidelidade à Constituição.” No original: „Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei. Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung.“

ção for aceita, pode-se afirmar que os direitos fundamentais da mulher, que, no caso, entram em rota de colisão com o princípio da dignidade humana, deveriam ter sido seriamente considerados. É impossível definir ao certo qual teria sido o resultado dessa ponderação; isso, contudo, levaria a uma exigência de fundamentação muito distinta daquela adotada pelo tribunal – que, a um olhar mais atento, não se distancia da concepção de um caráter absoluto da dignidade humana.

A dignidade humana sob o prisma filosófico: sua relação com a autonomia

O principal filósofo a ter se ocupado da questão da dignidade humana foi inequivocamente o prussiano Immanuel Kant, embora a raiz dessa ideia seja-lhe anterior, remontando aos primórdios da tradição judaico-cristã.²⁷

Famosa é a proposição de Kant sobre a dignidade: “No reino dos fins tudo tem ou bem um preço ou bem uma dignidade. O que tem preço, em seu lugar também se pode pôr outra coisa, enquanto equivalente; mas o que se eleva acima de todo preço, não permitindo, por conseguinte, qualquer equivalente, tem uma dignidade”.²⁸ Com essa construção, Kant contrapõe a moralidade e a humanidade, como fins em si e, portanto, coisas dotadas de dignidade, a tudo aquilo que, embora desprovido de valor intrínseco, é útil para a satisfação das necessidades e carências humanas (tendo, portanto, preço de mercado) ou serve a um mero deleite, sem pressupor uma necessidade (tendo, portanto, preço afetivo). Assim, a destreza e a diligência no trabalho podem ter um preço de mercado, humor e capacidade de imaginação podem ter um preço afetivo, mas apenas as ações moralmente boas têm um valor intrínseco.²⁹

Em Kant, ações moralmente boas são aquelas executadas por dever (não meramente em conformidade com o dever, já que inclinações subjetivas podem recomendar ações que não estão em contradição com ele, não significando isso, por si só, que o ser racional aja moralmente). Para ser moral, a natureza racional deve agir não segundo leis empíricas, ou seja, influenciada pelos objetos da

²⁷ Com efeito, a criação bíblica do homem à imagem e semelhança de Deus (*imago dei*) é parte fundamental da noção de dignidade humana no mundo ocidental; mesmo a tradição secular bebe das fontes cristãs ao tratar desse valor. Sob esse aspecto, a forma particular de relação entre Deus e o homem estabelecida pelo Cristianismo serve de fundamento para a observância de determinados princípios éticos nas relações dos homens entre si e destes com o Estado. (ISENSEE, Josef. *Würde des Menschen*. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (hrsg.). *Handbuch der Grundrechte*. Bd. IV. Heidelberg: C. F. Müller, 2011. S. 58-59.)

²⁸ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial; Barcarolla, 2009. p. 265.

²⁹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial; Barcarolla, 2009. p. 265-267.

experiência, mas segundo os ditames da razão, dados *a priori*. Sendo os conceitos morais originários da razão, válidos para todo ser racional, é necessário derivá-los já do conceito universal de um ser racional, sem levar em consideração elementos empíricos arbitrários e contingentes.³⁰ A fórmula para a verificação da moralidade de uma ação consiste no imperativo categórico, cuja primeira formulação diz: “age apenas segundo a máxima pela qual possas ao mesmo tempo querer que ela se torne uma lei universal”.³¹⁻³²

Seres racionais caracterizam-se pela sua capacidade de autodeterminação, ou seja, pela faculdade que possuem de determinar sua conduta de acordo com a representação de determinadas leis. O fundamento objetivo de autodeterminação da vontade do ser racional é a finalidade; o fundamento do imperativo categórico deve, portanto, ser buscado em algo que é, em si mesmo, finalidade, ou seja, o homem, o próprio ser racional. Com efeito, o ser racional somente pode existir como fim em si mesmo, não como um simples meio à disposição de uma determinada vontade, e assim deve ser considerado, tanto na sua relação com os outros quanto na consigo próprio.³³ Surge, desse modo, uma nova formulação do imperativo categórico: “Age de tal maneira que tomes a humanidade, tanto em tua pessoa, quanto na pessoa de qualquer outro, sempre ao mesmo tempo como fim, nunca meramente como meio”.³⁴

O princípio da humanidade, ao estabelecer que toda natureza racional constitui uma finalidade em si mesma,³⁵ representa um princípio restritivo da liberdade: a busca dos fins subjetivos de cada homem, a ação que ele realiza de acordo com sua vontade, encontra-se limitada pelo fim objetivo que a natureza racional representa. Subordinada, dessa forma, ao princípio da humanidade, a vontade do homem

³⁰ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial; Barcarolla, 2009. p. 161-181.

³¹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial; Barcarolla, 2009. p. 215.

³² Logo a seguir, Kant enuncia a segunda formulação do imperativo categórico: “age como se a máxima de tua ação devesse se tornar por tua vontade uma lei universal da natureza.” (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial; Barcarolla, 2009. p. 215.)

³³ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial; Barcarolla, 2009. p. 237-241.

³⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial; Barcarolla, 2009. p. 243-245.

³⁵ Esse princípio é tão importante na filosofia prática de Kant que ele acabou por elevá-lo à condição de conteúdo de um dos deveres jurídicos fundamentais, descrito por Ulpiano pela fórmula “sê um homem honesto”: para Kant, essa honestidade jurídica consiste justamente no dever imposto ao homem de afirmar o seu próprio valor em sua relação com os outros, ou seja, o de não se converter para os demais em mero meio, mas ser para eles ao mesmo tempo um fim. (KANT, Immanuel. *Metaphysik der Sitten*: Teil 1. *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*. Hrsg. von Bernd Ludwig. 2. Aufl. Hamburg: Meiner, 1998. S. 45-46.)

torna-se passível de universalização, sendo, pois, todo ser racional dotado de uma vontade universalmente legisladora. Do ponto de vista da moralidade, isso significa que o ser racional não está submetido a um dever externo, mas apenas à lei que ele, com base em sua vontade simultaneamente autolegisladora e universal, outorgou a si mesmo. Kant dá a esse princípio o nome de “autonomia da vontade”.³⁶

É possível, dessa forma, pensar em um “reino dos fins”, ou seja, uma união dos seres racionais segundo leis objetivas comuns, na medida em que todos eles encontram-se submetidos ao mandamento de não tratar a humanidade como mero meio, mas sempre como um fim. A dignidade do ser racional enquanto membro do reino dos fins consiste justamente no fato de ele não estar submetido a nenhuma lei a não ser àquela que, legislando universalmente, ele mesmo se dá. A autonomia converte-se, assim, em fundamento da dignidade de toda natureza racional.³⁷

Mais além, a autonomia está estreitamente vinculada à ideia de liberdade, entendida como propriedade da vontade de todo ser racional. É característico do ser racional o fato de sua vontade basear-se na razão, ou seja, ser independente das causas extraídas do mundo sensível. Justamente a essa independência dá-se o nome de liberdade. Como um ser livre, o ser racional é autônomo, ou seja, apto a reconhecer na vontade uma lei para si mesmo.³⁸ É possível, assim, falar em um conceito negativo e em um conceito positivo de liberdade: no negativo, a liberdade é meramente a independência do arbítrio em relação aos impulsos sensíveis, o livre-arbítrio em sentido próprio, determinado exclusivamente pela razão pura; no positivo, a liberdade é a faculdade que a razão pura tem de ser por si mesma prática, ou seja, a possibilidade de que a máxima de cada ação seja convertida em uma lei universal.³⁹

Com isso, pode-se dizer que, na filosofia de Kant, dignidade, liberdade e autonomia são indissociáveis. Para o problema que aqui se coloca, trata-se de uma constatação de vital importância. Fazendo-se abstração do tratamento que Kant dispensa à sexualidade,⁴⁰ é possível afirmar que o ser humano, como um ente racional

³⁶ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial; Barcarolla, 2009. p. 249-259.

³⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial; Barcarolla, 2009. p. 259-269.

³⁸ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial; Barcarolla, 2009. p. 349-355.

³⁹ KANT, Immanuel. *Metaphysik der Sitten*: Teil 1. *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*. Hrsg. von Bernd Ludwig. 2. Aufl. Hamburg: Meiner, 1998. S. 17-18.

⁴⁰ Kant é extremamente rigoroso em relação a esse tema. Na parte da “Metafísica dos Costumes” destinada à exposição da doutrina do direito, o filósofo introduz a noção de um “direito pessoal de caráter real”, concernente às relações domésticas, que, no que tange à comunhão sexual, exige o contrato de casamento para que a união entre homem e mulher possa ser perfectibilizada. É contrário à natureza e às leis da razão pura qualquer uso das faculdades sexuais fora desse contrato. E isso porque, no ato sexual, o uso que uma das partes faz dos órgãos sexuais da outra equivale a uma fruição, ou seja, a pessoa converte-se a si mesma em coisa, violando o direito de humanidade em

dotado de autonomia, deve ser livre para fazer suas próprias escolhas, e é justamente nisso que reside sua dignidade. No caso do *peep show*, o que se verifica é justamente o oposto disso: em face da alegada violação à dignidade da mulher, o Estado pretende impedi-la de desempenhar tal atividade. Ao agir assim, o ente estatal, sob o pretexto de proteger a dignidade humana, está, em última análise, violando-a, na medida em que ele nega à mulher a possibilidade de exercer sua autonomia.

Indo um pouco mais além, pode-se observar que esse tipo de questão remete à própria essência da liberdade. Segundo um grande pensador liberal, a liberdade significa sempre a “liberdade para errar”. Por maiores que possam ser as críticas à ação de uma pessoa que supostamente está se autoprejudicando, e por mais que essas críticas tenham a melhor das intenções, no sentido de preservar a dignidade ou qualquer outro atributo daquela pessoa, não se pode impedir que ela seja livre para praticar essa ação tão somente pelo fato de se acreditar que ela não deveria ter essa liberdade.⁴¹ No caso do *peep show*, tal concepção de liberdade parece ser incompatível com a atuação estatal (tanto do Estado-juiz quanto do Estado-Administração), na medida em que está sendo negada à mulher a “liberdade para errar” (supostamente errar, claro, pois a caracterização dessa atividade como contrária à moral depende de um juízo de valor subjetivo do agente estatal), sob o inconsistente pretexto de proteção da sua dignidade.

Consequências da decisão

Com a decisão, os órgãos administrativos responsáveis pelas licenças passaram a ordenar o fechamento das casas de *peep show* em várias cidades, porém não sem resistências. Em Frankfurt am Main, por exemplo, 45 dançarinas de *peep show* assinaram uma petição na qual requeriam a preservação dos seus postos de trabalho, e o próprio órgão de representação estudantil da Universida-

sua própria pessoa; a única possibilidade para que isso ocorra de forma legítima é se a pessoa adquirida por outra como coisa venha a adquirir a outra também como coisa, o que pressupõe o contrato de casamento entre elas, de modo que ambas, usando-se reciprocamente, possam recuperar sua personalidade. Sobre essa base, Kant rechaça expressamente todas as possibilidades de comunhão sexual que não se enquadrem no matrimônio, tais como a homossexualidade, a prostituição e o concubinato. (KANT, Immanuel. *Metaphysik der Sitten*: Teil 1. *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*. Hrsg. von Bernd Ludwig. 2. Aufl. Hamburg: Meiner, 1998. S. 92-96.) Mais adiante, na parte dedicada à doutrina da virtude, Kant defende ser a voluptuosidade um vício ainda mais abjeto que o do suicídio, pois, embora ambos representem uma violação do dever do homem com relação a si próprio (decorrente do direito de humanidade em sua própria pessoa), o suicídio de um homem para o qual a vida tornou-se um fardo insuportável exige, ao menos, bravura, o que não ocorre com a voluptuosidade, uma frouxa entrega aos estímulos sensíveis que excitam a inclinação animal do homem, convertendo-o, assim, em simples meio de satisfação de seus próprios impulsos carnis. (KANT, Immanuel. *Metaphysik der Sitten*: Teil 2. *Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre*. Hrsg. von Bernd Ludwig. Hamburg: Meiner, 1990. S. 61-63.)

⁴¹ MISES, Ludwig von. *Economic policy: thoughts for today and tomorrow*. 3. ed. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2006. p. 22-23.

de de Frankfurt protestou contra o que julgava ser uma “medida monstruosa”. Lá, todavia, o prefeito da cidade, de perfil conservador, obteve o apoio tanto das feministas de esquerda quanto dos moralistas de direita para lançar a máquina pública contra aqueles estabelecimentos. Postura semelhante foi adotada pelos órgãos administrativos de outras cidades alemãs, como Hanôver, Hamburgo, Bochum, Essen e Aachen.⁴²

Ao mesmo tempo, surgiram na imprensa veementes reações à fundamentação da decisão. O jornal *Die Zeit*, por exemplo, veiculou a opinião de que, em um Estado liberal, o cidadão não pode, com base em considerações atinentes à moralidade e à dignidade humana, ser privado de seu direito à autodeterminação sexual, mesmo em relação a práticas não muito convencionais, desde que o exercício de sua sexualidade não venha a interferir na liberdade de pessoas que desejam permanecer imperturbadas.⁴³

Em 1983, as casas de *peep show* de Hamburgo foram fechadas pelos órgãos administrativos daquela cidade. O fechamento ocorreu sob o protesto das atrizes, inconformadas com a extinção dos seus postos de trabalho. Pouco a pouco, estabelecimentos semelhantes foram se extinguindo em toda a Alemanha, de modo que hoje, naquele país, esse tipo de entretenimento erótico não está mais disponível.⁴⁴ O “golpe de misericórdia” contra os estabelecimentos de *peep show* foi deferido pela segunda decisão do Tribunal Administrativo Federal.

A segunda decisão acerca do *peep show*: BVerwGE 84, 314

Fundamentos da decisão

Decisão proferida pelo Tribunal Administrativo Federal em 30 de janeiro de 1990. O autor da ação havia obtido três licenças, anteriores à decisão de 1981, para a exploração do *peep show*. Sobreveio, contudo, a decisão do Tribunal Administrativo Federal acerca da ilicitude dessa atividade e, com base nela, o órgão administrativo competente anulou todas as licenças, intimando o autor para que encerrasse suas atividades em um determinado período. Após reclamações infrutíferas na esfera administrativa, ele decidiu ingressar com a ação, postulando o reconhecimento da validade das licenças.⁴⁵

⁴² Peep-Show: Dr. Mabuse Spricht. *Der Spiegel*. 15 mar. 1982. Disponível em: <<http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-14335841.html>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

⁴³ „Von Schweinwerfern Angestrahlt...“: Warum das Bundesverwaltungsgericht Peep-Shows für Sittenwidrig Hält. *Die Zeit*. 26. Fev. 1982. Disponível em: <<http://www.zeit.de/1982/09/von-schweinwerfern-angestrahlt/komplettansicht>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

⁴⁴ Sex in den Siebzigern: Backstage bei der Peepshow. *Spiegel Online*. 20 jan. 2009. Disponível em: <<http://www.spiegel.de/einestages/sex-in-den-siebzigern-a-949717.html>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

⁴⁵ BVerwGE 84, 314.

O juízo de primeira instância acolheu o pleito do requerente. Em segunda instância, o Tribunal Administrativo Superior de Hamburgo manteve o entendimento favorável ao autor, aduzindo, para tanto, os seguintes fundamentos: o *peep show* não representa uma violação à dignidade humana da mulher, uma vez que esse direito fundamental garante a liberdade do particular à autodeterminação, o que inclui a sua liberdade de conduzir a sua vida no sentido que desejar. Limitações a essa liberdade não podem decorrer de uma concepção discutível de dignidade humana, mas da finalidade e da função desse direito fundamental. Embora o respeito à dignidade humana seja incompatível com a autodestruição da personalidade do titular do direito, isso não se verifica, segundo o tribunal, no caso da dançarina de *peep show*.⁴⁶

Outro fator relevante, de acordo com a decisão, diz respeito à localização do estabelecimento, situado em um bairro de divertimento noturno da cidade de Hamburgo, local onde atividades de entretenimento adulto são socialmente toleradas. Por mais que o *peep show* possa, em geral, ser visto como algo imoral, a reprovação social a essa atividade não deve ir tão longe a ponto de proibir o seu funcionamento mesmo naqueles bairros, pois ela não representa nada de substancialmente novo em relação ao que neles já existe. Não deve ser negligenciado o fato de que o tipo de diversão existente nesses locais é procurado com frequência por parte considerável da população. Ainda, o Tribunal Administrativo Federal reconheceu, em uma decisão anterior, que a exibição pública de filmes pornográficos, atividade análoga à do *peep show*, não viola a cláusula dos bons costumes.⁴⁷

Contra essa decisão, houve a interposição de recurso para o Tribunal Administrativo Federal. Nessa instância, foi dado provimento ao recurso, reconhecendo-se a legalidade da anulação das autorizações e da subsequente ordem de suspensão das atividades.

Na fundamentação da decisão, o Tribunal Administrativo Federal aduz que o deferimento das licenças ao autor da ação constitui ato administrativo atentatório à cláusula dos bons costumes. Ele afasta, sem delongas, os argumentos lançados na decisão recorrida, detendo-se mais na fundamentação da decisão anterior dele próprio acerca do *peep show*. Naquela ocasião, o *peep show* foi considerado contrário aos bons costumes porque as circunstâncias da apresentação acabavam por degradar a mulher à condição de um mero objeto destinado a estimular sexualmente o observador, ou seja, violavam sua dignidade humana. Esse entendimento foi objeto de críticas de parte da doutrina e da jurisprudência, que defendiam inexistir uma violação à dignidade da mulher nesse caso. Tal

⁴⁶ BVerwGE 84, 314.

⁴⁷ BVerwGE 84, 314.

discussão, segundo o tribunal, deve perder o seu objeto, pois, embora na nova decisão o *peep show* ainda seja considerado contrário à cláusula dos bons costumes, o fundamento adotado para tanto é diverso.⁴⁸

A cláusula dos bons costumes remete às convicções morais predominantes na sociedade. Para o tribunal, os fatos levantados na decisão recorrida, tais como a voluntariedade da apresentação por parte da mulher e a considerável procura por esse tipo de entretenimento, não excluem a incompatibilidade do *peep show* com as convicções morais predominantes, pois não se pode supor que tanto a mulher quanto o observador considerem essa atividade moralmente aceitável tão somente pelo fato de dela participarem. Nesse sentido, o tribunal argumenta que as críticas dirigidas à sua decisão anterior dizem respeito, sobretudo, à fundamentação baseada na violação à dignidade humana da mulher, não a uma aprovação ético-social da prática do *peep show*, a favor da qual dificilmente se poderia encontrar alguma voz.⁴⁹

O próprio tribunal de instância inferior admite que o *peep show* é visto como imoral por considerável parte da população, embora seja por ela tolerado, desde que a atividade seja desempenhada em lugares específicos, os bairros de divertimento noturno (*Vergnügungsviertel*). Isso, contudo, não significa, segundo o Tribunal Administrativo Federal, que o caráter imoral da atividade dependa do lugar onde ela é praticada; a prostituição, em geral, e o *peep show*, em particular, contrariam os bons costumes mesmo quando praticados no interior dos bairros de divertimento noturno, e a circunstância de que essas atividades sejam toleradas nos referidos locais não elimina tal fato.⁵⁰

O tribunal afasta também o argumento levantado na decisão recorrida acerca da ausência de violação à cláusula dos bons costumes pela exibição de filmes pornográficos, aduzindo que entre a exibição de um filme e a apresentação ao vivo de uma dançarina de *peep show* existe uma considerável diferença. Sob esse aspecto, o *peep show* está mais próximo da prostituição, amplamente reconhecida como contrária aos bons costumes, pois em ambos os casos a intimidade sexual é transformada em mercadoria e explorada comercialmente.⁵¹

Em conclusão, o tribunal acentua o fato de que a impossibilidade de reconhecimento do observador, oculto pela janela da cabine, é, ao mesmo tempo, a característica essencial do *peep show* e o fator decisivo para que ele seja considerado contrário à cláusula dos bons costumes. Se ele continuaria sendo tratado dessa forma caso o observador fosse perfeitamente visível é deixado em aberto;

⁴⁸ BVerwGE 84, 314.

⁴⁹ BVerwGE 84, 314.

⁵⁰ BVerwGE 84, 314.

⁵¹ BVerwGE 84, 314.

isso, entretanto, levaria a um novo tipo de apresentação, não a uma simples “atenuação” do *peep show*.⁵²

Comentários

Na segunda decisão acerca do *peep show*, o tribunal abandonou a linha de fundamentação anterior, que dizia respeito à violação à dignidade humana da mulher, substituindo-a por considerações mais pragmáticas a respeito do caráter moralmente repulsivo desse tipo de entretenimento. O *peep show* violaria a cláusula dos bons costumes, de acordo com a nova decisão, por ir de encontro ao senso moral médio da sociedade.

Tem-se, com isso, uma fundamentação de viés moralista que, assim como a da decisão anterior, não está livre de problemas. Conceitos jurídicos indeterminados, categoria na qual está incluída a cláusula dos bons costumes, são úteis para flexibilizar a aplicação do direito, mas carregam também o perigo de que juízos morais muitas vezes questionáveis acabem por restringir direitos fundamentais.⁵³ No caso sob análise, talvez a pergunta a fazer não diga respeito, pura e simplesmente, à reprovação do *peep show* pelo senso moral médio da sociedade; o correto seria perguntar se essa atividade pode ser considerada inaceitável a ponto de exigir uma proibição jurídica. Afinal de contas, se a prostituição é imoral, mas tolerada, por que o *peep show* também não o seria?

É importante observar, ainda, que um dos fundamentos centrais da decisão gira ao redor da semelhança entre a prostituição e o *peep show*, no sentido de que ambas as atividades representariam uma ofensa aos bons costumes. Essa decisão é de 1990; contudo, em 2002, apenas 12 anos depois, sobreveio a regulamentação, por lei, da prostituição na Alemanha.⁵⁴ Esse fato permite concluir que, naquele

⁵² BVerwGE 84, 314.

⁵³ Hartmut Maurer salienta que “a interpretação (abstrata) dos conceitos jurídicos indeterminados e, sobretudo, sua aplicação no caso concreto podem preparar dificuldades consideráveis. [...] O problema do conceito jurídico indeterminado situa-se no âmbito do conhecimento. A aplicação desses conceitos no caso particular requer uma valoração e, muitas vezes, também uma prognose no futuro; isso, outra vez, somente é possível quando, em parte, pontos de vista muito diferentes são considerados, avaliados e ponderados reciprocamente.” (MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Tradução de Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006. p. 153-154.)

⁵⁴ A Lei de Prostituição alemã entrou em vigor em 1º de janeiro de 2002, tendo por escopo melhorar as condições de trabalho das prostitutas e integrar as profissionais do sexo ao sistema de seguridade social, além de auxiliar no combate a atividades ilícitas (como o tráfico de pessoas e a prostituição infantil) e conferir assistência às profissionais que desejem abandonar essa atividade. (BETTIM, Danielle Antpack. *A possibilidade da regulamentação da prostituição no Brasil à luz do Direito alemão*. 2015. 121 f. Monografia de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. p. 14.) Essa lei continha apenas três parágrafos, aos quais foi conferida a seguinte redação: “§ 1 Foram reali-

país, a maioria dos cidadãos, corporificada por seus representantes no Parlamento Federal, não entende a prostituição como uma atividade tão imoral que não mereça um tratamento jurídico adequado. Com isso, a própria fundamentação da decisão acerca do *peep show* acaba tornando-se problemática, já que ela estabelece uma conexão íntima entre essa atividade e a da prostituição.

Do ponto de vista dos direitos fundamentais (e, portanto, dos objetivos deste estudo), a segunda decisão acerca do *peep show* é vazia e não desperta nenhum interesse substancial. A decisão anterior, contudo, ao constatar a existência de uma violação à dignidade humana da mulher nesse tipo de atividade, mostra-se extremamente interessante não apenas em face das reflexões que foram levadas a cabo anteriormente,⁵⁵ mas também com relação a um ponto não abordado até o momento. Mesmo que se admita como correta a fundamentação adotada naquela decisão, não poderia a atriz simplesmente renunciar a seu direito fundamental, e, assim, continuar desempenhando essa atividade? Abre-se, com isso, o tema concernente à possibilidade de renúncia a direitos fundamentais, que será tratado na próxima seção.

zadas atuações sexuais em troca de uma remuneração antes convencional, então essa convenção funda uma exigência eficaz juridicamente. O mesmo vale quando uma pessoa, especialmente no quadro de uma relação de trabalho, para a produção de tais atuações, mantém-se à disposição, por uma determinada duração de tempo, em troca de uma remuneração antes convencional. § 2 Essa exigência não pode ser cedida e somente ser feita valer em nome próprio. Contra uma exigência, segundo o parágrafo 1, frase 1, somente pode ser objetado o não cumprimento completo, contra uma exigência, segundo o parágrafo 1, frase 2, também o parcial, à medida que ele concerne à duração de tempo convencional. Com exceção da objeção de cumprimento, segundo o parágrafo 362, do Código Civil, e da exceção de prescrição, outras objeções e exceções estão excluídas. § 3 Entre prostitutas, o direito de dar instruções limitado, no quadro de uma atividade dependente, não se opõe à aceitação de um trabalho no sentido do direito de seguro social". No original: „§ 1 Sind sexuelle Handlungen gegen ein vorher vereinbartes Entgelt vorgenommen worden, so begründet diese Vereinbarung eine rechtswirksame Forderung. Das Gleiche gilt, wenn sich eine Person, insbesondere im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses, für die Erbringung derartiger Handlungen gegen ein vorher vereinbartes Entgelt für eine bestimmte Zeitdauer bereithält. § 2 Die Forderung kann nicht abgetreten und nur im eigenen Namen geltend gemacht werden. Gegen eine Forderung gemäß § 1 Satz 1 kann nur die vollständige, gegen eine Forderung nach § 1 Satz 2 auch die teilweise Nichterfüllung, soweit sie die vereinbarte Zeitdauer betrifft, eingewendet werden. Mit Ausnahme des Erfüllungseinwandes gemäß des § 362 des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Einrede der Verjährung sind weitere Einwendungen und Einreden ausgeschlossen. § 3 Bei Prostituierten steht das eingeschränkte Weisungsrecht im Rahmen einer abhängigen Tätigkeit der Annahme einer Beschäftigung im Sinne des Sozialversicherungsrechts nicht entgegen". A referida lei, contudo, foi revogada no ano de 2016, tendo sido substituída pela Lei de Proteção às Prostitutas, que contém uma regulamentação mais detalhada da matéria. Sobre o teor da nova lei (ainda em forma de projeto), ver BETTIM, Danielle Antpach. *A possibilidade da regulamentação da prostituição no Brasil à luz do Direito alemão*. 2015. 121 f. Monografia de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. p. 46-49.

⁵⁵ Ver item "A primeira decisão acerca do *peep show*..." *supra*.

A POSSIBILIDADE DE RENÚNCIA A DIREITOS FUNDAMENTAIS

Colocação da questão

Conforme aventado na seção anterior, se fosse admitida a possibilidade de a performista de *peep show* abdicar de direito fundamental de sua titularidade, então ela estaria apta a desenvolver a atividade plenamente. Contudo, o grande problema que se coloca é o de que a doutrina tradicional do direito público entende, predominantemente, que os direitos fundamentais são irrenunciáveis. Nesse sentido, José Afonso da Silva assinala que “não se renunciavam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados”.⁵⁶

No âmbito do direito privado, uma posição análoga da doutrina pode ser verificada a respeito dos chamados “direitos de personalidade”, que estão fortemente ligados à noção de dignidade humana.⁵⁷ Pontes de Miranda, em seu *Tratado de direito privado*, ensina que:

Os direitos de personalidade são irrenunciáveis. Há outros direitos a que se não pode renunciar, tais como aqueles direitos a cujo titular incumbem deveres, de igual ou de maior monta (e. g. direitos de famílias). A razão para a irrenunciabilidade é a mesma da intransmissibilidade: ter ligação íntima com a personalidade e ser eficácia irradiada por essa. Se o direito é direito de personalidade, irrenunciável é. Não importa, em consequência, qual seja.⁵⁸

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 181.

⁵⁷ Acerca dos direitos de personalidade e de sua relação com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, veja-se a lição de Francisco Amaral: “Direitos de personalidade são direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual. Como direitos subjetivos, conferem ao seu titular o poder de agir na defesa dos bens ou valores essenciais da personalidade, que compreendem, no seu aspecto físico, o direito à vida e ao próprio corpo; no aspecto intelectual, o direito à liberdade de pensamento, direito de autor e de inventor; e no aspecto moral, o direito à liberdade, à honra, ao recato, ao segredo, à imagem, à identidade e, ainda, o direito de exigir de terceiros o respeito a esses direitos. A tutela jurídica dos direitos da personalidade [...] é de natureza constitucional, civil e penal, tendo como suporte básico o princípio fundamental expresso no art. 1º, III, da Constituição brasileira, o da dignidade da pessoa humana. Significa este princípio, que orienta e legitima o sistema jurídico de defesa da personalidade, que a pessoa humana é o fundamento e o fim da sociedade, do Estado e do direito e, como tal, a eles preexistente.” (AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 247-248.) Um pouco mais adiante, o referido autor salienta: “Por disciplinarem matéria de natureza privada, como são os direitos subjetivos e a personalidade, e por terem guardada no texto constitucional, pode reconhecer-se que os direitos da personalidade são o terreno de encontro privilegiado entre o direito privado, as liberdades públicas e o direito constitucional.” (AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 249.)

⁵⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte especial. Atualizado por Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. VII. p. 62.

Assim, de acordo com a mencionada posição doutrinária, dever-se-ia encerrar a discussão aqui. Contudo, não seria questionável tal entendimento?

Para proceder a tal análise, esta seção trará, em um primeiro momento, outros exemplos de casos emblemáticos que envolvem a questão da renúncia a direitos fundamentais.⁵⁹ Em um segundo momento, procurar-se-á analisar o problema do ponto de vista doutrinário, à luz da teoria da ponderação.

Para além do *peep show*: casos difíceis

É extremamente útil para a compreensão adequada do problema aqui tratado a menção a casos relevantes que, assim como o *peep show*, dizem respeito ao interesse do titular de um direito fundamental em dispor desse direito, de forma a decidir sobre a conformação de determinado aspecto de sua própria existência. A seguir, far-se-á alusão ao caso *Laskey, Jaggard e Brown vs. Reino Unido* e ao caso do lançamento de anões.

No caso *Laskey, Jaggard e Brown vs. Reino Unido*, os réus foram condenados pela prática de atos sadomasoquistas entre adultos. Demonstrou-se, todavia, que havia ocorrido o consentimento para a prática dos atos pelas partes envolvidas, bem como o fato de que os referidos atos não haviam causado lesões sérias permanentes, embora tivessem o potencial de causá-las. Em recurso endereçado ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, este ratificou a decisão emanada pelas autoridades judiciais do Reino Unido, sob o argumento de que “a acusação e a condenação dos recorrentes seriam necessárias numa sociedade democrática para a proteção da saúde, nos termos do nº 2 do artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos”.⁶⁰

Em face disso, um questionamento que se coloca é se tal decisão não constituiria exacerbado “paternalismo estatal”, uma vez que o Poder Judiciário estaria sancionando e, por consequência, proibindo condutas praticadas na esfera íntima do cidadão. Nesse sentido, torna-se questionável a validade de um juízo de valor emanado pelo Judiciário que venha a sancionar as condutas que não sejam danosas a terceiros e que, ao mesmo tempo, digam respeito tão somente aos indivíduos que assentem com a concretização dessas ações. Esse caso apresenta nítidos paralelos com o caso do *peep show*, na medida em que ambos levantam a discussão acerca de uma determinada forma de exercício da sexualidade.

Por sua vez, no que tange ao caso do lançamento de anões, oriundo da jurisprudência francesa, cumpre dizer que havia uma casa de espetáculos que oferecia, entre suas atrações de entretenimento, o lançamento de anões, que,

⁵⁹ Embora, evidentemente, dispensando a eles um tratamento menos analítico que o conferido ao *peep show*, o caso que ocupa o centro do presente estudo.

⁶⁰ MAC CRORIE, Benedita. *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2013. *passim*.

protegidos por indumentária de futebol, seriam jogados sobre um tapete pneumático, de modo que o vencedor do jogo seria aquele que lançasse o anão em distância maior do que a dos demais concorrentes. Todavia, em 1991, dois municípios franceses proibiram a atividade, baseando-se, para tanto, em uma suposta violação à dignidade humana.⁶¹

Irresignado, o Sr. Wackenheim, cujo emprego era o de participar como “objeto de lançamento” nesse tipo de jogo, insurgiu-se em face de tal vedação, alegando que recebia uma boa remuneração para desempenhar o seu ofício. Embora dois tribunais administrativos tivessem sido favoráveis ao seu pleito, o Conselho de Estado francês cassou a decisão, estabelecendo que a atividade seria contrária à ordem pública em virtude de violação à dignidade das pessoas portadoras de nanismo.⁶²

O Sr. Wackenheim recorreu da decisão, alegando que enfrentava discriminação quanto a seus direitos trabalhistas. Em 1996, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos decidiu rejeitar o seu recurso, afirmando a ocorrência de violação à dignidade humana do recorrente e negando a existência de qualquer discriminação dirigida à sua pessoa.⁶³

Assim, observa-se que tanto o caso do *peep show* quanto o do lançamento de anões versam sobre situações em que o particular é impedido de exercer alguma atividade profissional tida como ilícita em função de alegada violação ao princípio da dignidade humana. Dito de outra forma, a proibição de *peep shows* se fundamenta na suposta violação da dignidade das mulheres, enquanto a vedação de espetáculos de lançamento de anões lesaria a dignidade dos portadores de nanismo.⁶⁴

Registre-se que, embora todas as decisões mencionadas até aqui sejam provenientes de tribunais europeus, a problemática retratada neste estudo é de grande interesse também para o Brasil. Se a vigente Constituição brasileira traz, por um lado, o princípio da dignidade humana como uma das bases da ordem constitucional,⁶⁵ e, por outro, garante o direito fundamental ao livre exercício

⁶¹ MARELLA, Maria Rosaria. The old and the new limits to freedom of contract in Europe. *ERCL (European Review of Contract Law)*, v. 2, n. 2, 2006. p. 271.

⁶² MARELLA, Maria Rosaria. The old and the new limits to freedom of contract in Europe. *ERCL (European Review of Contract Law)*, v. 2, n. 2, 2006. p. 271.

⁶³ MARELLA, Maria Rosaria. The old and the new limits to freedom of contract in Europe. *ERCL (European Review of Contract Law)*, v. 2, n. 2, 2006. p. 272.

⁶⁴ MARELLA, Maria Rosaria. The old and the new limits to freedom of contract in Europe. *ERCL (European Review of Contract Law)*, v. 2, n. 2, 2006. p. 272.

⁶⁵ Veja-se o que estabelece a Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana”.

profissional,⁶⁶ deveria (ou mesmo poderia) o Estado restringir a autonomia privada⁶⁷ do particular para defendê-lo de si mesmo, como se este fosse incapaz de determinar para si o seu projeto de vida? Poderia, em contrapartida, o indivíduo dispor de direitos fundamentais de sua titularidade? O próximo item traz uma resposta a esses questionamentos.

Renúncia a direitos fundamentais, proporcionalidade e ponderação

Segundo Benedita Mac Crorie, tendo em vista que a autonomia do indivíduo assume um papel fundamental no Estado de Direito, não se mostra razoável condicionar o exercício dos direitos fundamentais por fins supraindividuais que deveriam sempre prevalecer. Desse modo, o poder de dispor sobre os direitos fundamentais funda-se no conteúdo de dignidade e autonomia presente em cada um desses direitos. Consequentemente, tem-se que, ao contrário do que sustenta a doutrina dominante, a renúncia a direitos fundamentais é admissível, ainda que sujeita a condições e limites.⁶⁸

Pressuposto para a renúncia é a existência de uma declaração de vontade livre, esclarecida, isenta de erro e inequívoca. Por isso, resta imprescindível garantir que esta não se encontre condicionada por qualquer tipo de coação, seja de ordem física, moral ou econômica.⁶⁹⁻⁷⁰

⁶⁶ Isso pode ser encontrado no artigo 5º, inciso XIII da Constituição: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

⁶⁷ A “autonomia privada” pode ser traduzida nas escolhas feitas pelos particulares que produzem efeitos jurídicos. Assim, ela abrange a possibilidade de livre conformação das relações jurídicas entre as partes, de modo a permitir a celebração de contratos ou, mais genericamente, de negócios jurídicos, quer o exercício ou não exercício de um direito. Portanto, pode-se dizer que a autonomia privada corresponde a uma área de licitude, ou a um espaço de liberdade, dentro do qual os particulares dispõem da possibilidade de praticar os atos que entenderem pertinentes. (CARVALHO, Jorge Morais. *Os limites à liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 2016. *passim*.)

⁶⁸ MAC CRORIE, Benedita. *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2013. *passim*.

⁶⁹ MAC CRORIE, Benedita. *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2013. *passim*.

⁷⁰ Nesse sentido, Fernanda Cantali entende que a “plena realização de um direito fundamental da personalidade inclui a possibilidade de o titular dele dispor, mesmo que este ato importe em restrição do direito, já que tal restrição é a expressão do direito de autodeterminação pessoal, o qual, além de ser fundamental para o livre desenvolvimento da personalidade, é uma das dimensões da própria dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o poder de disposição é o pressuposto para a renúncia e para a limitação. Se é possível dispor, é possível limitar o exercício ou até renunciar ao direito em si, desde que a restrição seja voluntária, objeto de

Como consectário lógico disso, conclui-se que a renúncia deve ser de livre revogação (em que pese seja possível o surgimento da obrigação de indenizar os prejuízos causados). Contudo, há direitos que, devido a sua natureza, não comportam a livre revogabilidade, já que envolvem necessariamente uma renúncia definitiva.⁷¹

De outra sorte, a limitação do poder de renúncia enseja uma restrição ao exercício de direitos, já que o poder de renúncia funda-se na dignidade e na autonomia presentes nos direitos fundamentais, pelo que só poderá efetivamente ocorrer se houver outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que justifiquem a restrição e na estrita medida do necessário para a garantia desses outros direitos ou interesses.⁷²

Nesse sentido, questiona-se a intervenção estatal nos casos que não envolvem direitos da comunidade, mas nos quais se pretende proteger o titular do direito fundamental, ainda que contra a sua vontade, supostamente “para o seu próprio bem”. Nesse âmbito, surge a ideia de “paternalismo estatal”, configurando-se como paternalistas as medidas que limitam ou excluem a liberdade de escolha do indivíduo, em virtude do entendimento de que este poderá realizar atos que contrariariam os seus próprios interesses.⁷³

Para Mac Crorie, somente são legítimas as medidas de caráter paternalista sobre indivíduos capazes quando a renúncia possa colidir com as possibilidades de “autodeterminação futura” da pessoa. Nesse diapasão, justifica-se uma abordagem paternalista quando o titular de direitos for menor de idade, incapaz de se autodeterminar ou encontrar-se em estado de fragilidade. Nesses casos, é indispensável a observância do princípio da proporcionalidade para que se efetive a restrição ao direito fundamental.⁷⁴

E, no que diz respeito especificamente ao princípio da proporcionalidade, é necessário salientar que esse princípio determina a ação do Estado quando visa à restrição do poder de disposição do titular do direito, o que só poderá acontecer no caso de haver outros direitos ou interesses com proteção constitucional e que, na situação concreta, devam preponderar sobre o poder de renúncia.⁷⁵

consentimento livre e esclarecido.” (CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 256.)

⁷¹ MAC CRORIE, Benedita. *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2013. *passim*.

⁷² MAC CRORIE, Benedita. *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2013. *passim*.

⁷³ MAC CRORIE, Benedita. *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2013. *passim*.

⁷⁴ MAC CRORIE, Benedita. *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2013. *passim*.

⁷⁵ MAC CRORIE, Benedita. *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2013. *passim*.

Com isso, resta claro que a renúncia a direitos fundamentais deve ser entendida como uma questão de ponderação. Como objeto do terceiro princípio parcial da proporcionalidade, o princípio da proporcionalidade em sentido restrito,⁷⁶ a ponderação determina que os princípios colidentes sejam postos em uma relação tal que, quanto maior for o grau de prejuízo ou não cumprimento de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.⁷⁷ Esse é o grande axioma a respeito das colisões de direitos fundamentais (enquanto normas de natureza principiológica e, portanto, carecedoras de otimização),⁷⁸ indispensável para o tratamento racional das questões que se colocam no âmbito da interpretação e da aplicação desses direitos.

A ponderação, como procedimento de solução de colisões entre princípios, tem por finalidade estabelecer uma relação de precedência condicionada, cuja configuração depende das circunstâncias do caso concreto. A “lei de colisão” traduz essa ideia ao dizer que as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro formam o tipo de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio prevalecente.⁷⁹

São extremamente vívidas as discussões ao redor da teoria da ponderação, especialmente no que tange à capacidade de tal modelo teórico para assegurar uma aplicação racional dos princípios. Pode-se, contudo, afirmar com segurança a racionalidade de um “modelo de fundamentação”, que promove o enlace entre o procedimento da ponderação e a teoria da argumentação jurídica racional. O modelo oposto, um “modelo de decisão”, certamente não é capaz de garantir qualquer racionalidade, pois pressupõe que a ponderação seja efetuada exclusivamente com base nas inclinações subjetivas daquele que decide; em uma ponderação corretamente efetuada, contudo, não é disso que se trata. O modelo de fundamentação não está certamente em condições de fornecer um procedimento de ponderação que leve, em todos os casos, a um único resultado possível, mas é capaz de estruturar racionalmente a argumentação, ao determinar aquilo que, a cada vez, deve ser fundamentado. Da união entre ponderação e argumentação resulta a possibilidade de um controle intersubjetivo das decisões, ou seja, essa união é uma garantia de racionalidade.⁸⁰

⁷⁶ Idoneidade e necessidade, os dois primeiros princípios parciais da proporcionalidade, não serão trabalhados aqui. Para a relação que eles mantêm com a teoria dos princípios, ver ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 100-103.

⁷⁷ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: _____. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 111.

⁷⁸ Sobre o conceito de princípio como mandamento de otimização, ver item “A dignidade humana sob o prisma jurídico...”, *supra*.

⁷⁹ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 80-84.

⁸⁰ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. S. 144-152.

Tal racionalidade é indispensável para que, na abordagem do problema da renúncia a direitos fundamentais, seja possível levar o particular efetivamente a sério, respeitando-o e protegendo-o no exercício de sua liberdade e autonomia. Como demonstrado na exposição da primeira decisão sobre o *peep show*,⁸¹ “ponderar” significa, nesse contexto, pôr em relação direitos fundamentais colidentes do mesmo titular, de modo a permitir que a delicada questão dos limites da autonomia do indivíduo encontre a resposta mais racional possível do ponto de vista jurídico-fundamental.

CONCLUSÃO

Na primeira decisão acerca do *peep show*, o Tribunal Administrativo Federal entendeu como ilícita essa modalidade de entretenimento erótico, na medida em que ela representaria uma violação à dignidade humana da performista. Na segunda decisão sobre o tema, o mesmo tribunal manteve o seu entendimento pela ilicitude desse tipo de atividade, mas com fundamento diverso, qual seja, o de que ela iria de encontro ao senso moral médio da sociedade e, assim, feriria a cláusula dos bons costumes.

Ambas as decisões foram, neste estudo, objeto de análise. Quanto à primeira, chegou-se à conclusão de que a fundamentação do julgado era insuficiente. No plano jurídico, deveria ter havido uma ponderação entre a dignidade humana da performista e outros direitos fundamentais de sua titularidade que entram em jogo. No plano filosófico, a decisão não respeitou o conteúdo de autonomia encerrado na ideia de dignidade humana. Quanto à segunda decisão, foram levantados os problemas inerentes a uma fundamentação de cunho moralista, na medida em que o tribunal nitidamente valeu-se de um juízo moral subjetivo, carecedor de um embasamento sólido, para proibir o *peep show*.

Do ponto de vista dos direitos fundamentais, a primeira decisão acerca do *peep show* revela um extraordinário interesse, pois ela levanta uma das mais debatidas questões no campo da dogmática jurídico-fundamental: a da possibilidade de renúncia a um direito fundamental, a partir do interesse do próprio titular desse direito. Com base no conteúdo aqui desenvolvido, pode-se dizer que, embora se trate de tema a respeito do qual reina grande controvérsia, a renúncia a direitos fundamentais é, sob certas condições, possível.

Em última análise, trata-se, como exposto nos comentários à primeira decisão acerca do *peep show*, de uma questão de ponderação. Do ponto de vista analítico, a renúncia a direitos fundamentais pode ser entendida sob a forma da colisão de princípios: dois ou mais direitos fundamentais do mesmo titular colidindo entre

⁸¹ Ver item “A dignidade humana sob o prisma jurídico: sua posição na Lei Fundamental”, *supra*.

si, a exigir o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre eles. Dizer que o particular renuncia, em um dado caso, a seu direito fundamental equivale a dizer que outros direitos fundamentais que colidem com aquele, os quais são igualmente de titularidade do particular, recebem concretamente a primazia. O resultado dessa ponderação depende das circunstâncias do caso concreto. Para garantir a racionalidade dessas decisões, o instrumental teórico fornecido pela teoria dos princípios de Robert Alexy é imprescindível.

REFERÊNCIAS

Livros e artigos acadêmicos

- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: _____. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- ALEXY, Robert. Sistema jurídico e razão prática. In: _____. *Direito, razão, discurso: Estudos para a filosofia do direito*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BENDA, Ernst. Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (hrsg.). *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 2. Aufl. Berlin; New York: De Gruyter, 1994.
- BETTIM, Danielle Antpack. *A possibilidade da regulamentação da prostituição no Brasil à luz do Direito alemão*. 2015. 121 f. Monografia de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.
- CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- CARVALHO, Jorge Morais. *Os limites à liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 2016. [Livro Digital]
- HÄBERLE, Peter. Die Menschenwürde als Grundlage der Staatlichen Gemeinschaft. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (hrsg.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Bd. II. 3. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 2004.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- ISENSEE, Josef. Würde des Menschen. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (hrsg.). *Handbuch der Grundrechte*. Bd. IV. Heidelberg: C. F. Müller, 2011.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial; Barcarolla, 2009.
- KANT, Immanuel. *Metaphysik der Sitten: Teil 1. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*. Hrsg. von Bernd Ludwig. 2. Aufl. Hamburg: Meiner, 1998.

- KANT, Immanuel. *Metaphysik der Sitten*: Teil 2. Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre. Hrsg. von Bernd Ludwig. Hamburg: Meiner, 1990.
- MAC CRORIE, Benedita. *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Almedina, 2013. [Livro Digital]
- MARELLA, Maria Rosaria. The old and the new limits to freedom of contract in Europe, *ERCL (European Review of Contract Law)*, v. 2, n. 2, 2006.
- MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Tradução de Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*. Atualizado por Rosa Maria Barreto Borrielo de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. VII.
- MISES, Ludwig von. *Economic policy: thoughts for today and tomorrow*. 3. ed. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- TEIFKE, Nils. Flexibilidade da dignidade humana? Para a estrutura do artigo 1, alínea 1, da Lei Fundamental. In: HECK, Luís Afonso (org.). *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Legislação e jurisprudência

- ALEMANHA. Bundesverwaltungsgericht. BVerwGE 64, 274 (1981).
- ALEMANHA. Bundesverwaltungsgericht. BVerwGE 84, 314 (1990).
- ALEMANHA. Gewerbeordnung. Gewerbeordnung (1869).
- ALEMANHA. Grundgesetz. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (1949).
- ALEMANHA. Prostitutionsgesetz. Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (2002).
- BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

Artigos de jornais e revistas

- Peep-Show: Dr. Mabuse Spricht. *Der Spiegel*. 15 mar. 1982. Disponível em: <<http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-14335841.html>>. Acesso em: 14 dez. 2017.
- Sex in den Siebzigern: Backstage bei der Peepshow. *Spiegel Online*. 20 jan. 2009. Disponível em: <<http://www.spiegel.de/einestages/sex-in-den-siebzigern-a-949717.html>>. Acesso em: 14 dez. 2017.
- „Von Schweinwerfern Angestrahlt...“: Warum das Bundesverwaltungsgericht Peep-Shows für Sittenwidrig Hält. *Die Zeit*. 26. Fev. 1982. Disponível em: <<http://www.zeit.de/1982/09/von-schweinwerfern-angestrahlt/komplettansicht>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

Data de recebimento: 13/06/2018

Data de aprovação: 23/07/2018