

O CARÁTER RELATIVO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA TEORIA ALEXYANA

THE RELATIVE FEATURE OF DIGNITY OF HUMAN PERSON UNDER THEORY OF ROBERT ALEXY

Elisângela Padilha*
Carla Bertoncini**

RESUMO

A dignidade da pessoa humana vem alçando um protagonismo jamais verificado na história. Por sua vez, os debates acerca do caráter absoluto ou relativo da dignidade da pessoa humana na ordem jurídico-constitucional são atuais e relevantes. Seja na condição de princípio ou de direito fundamental, vêm ganhando destaque as discussões sobre a possibilidade de se estabelecerem restrições à dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, o presente artigo visa propor algumas reflexões sobre até que ponto a dignidade da pessoa humana, especialmente na sua condição de princípio e/ou direito fundamental, pode efetivamente ser tida como absoluta, ou admite-se a sua relativização diante de circunstâncias específicas. É possível, com o escopo de proteger a dignidade de alguém, restringir a dignidade de outrem? O presente estudo foi realizado com base na teoria de Robert Alexy. Adotou-se como ação nuclear para a pesquisa o método dedutivo. A técnica de pesquisa é bibliográfica.

* Advogada. Professora no Curso de Direito das Faculdades Integradas de Ourinhos – FIO. Mestranda do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Campus Jacarezinho, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pelas Faculdades Integradas de Ourinhos – FIO/PROJURIS. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas de Ourinhos – FIO. Graduada em Comunicação Social: Publicidade e Propaganda pela UNIMAR – Universidade de Marília. Atualmente é advogada. Também é professora nas disciplinas de Direito Civil, Direito Processual Civil e Direitos Humanos e Fundamentais no curso de Direito das Faculdades Integradas de Ourinhos – FIO. Autora da obra *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações contratuais entre particulares*. E-mail: padilha.lm@gmail.com.

** Advogada. Bacharel em Direito pela Instituição Toledo de Ensino – ITE (1992). Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino – ITE (2001). Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (subárea de concentração Direito Civil) – PUC (2011). Atualmente é professora adjunta (Direito de Família e Sucessões) da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Campus de Jacarezinho e professora de Direito Civil (Direito de Família) das Faculdades Integradas de Ourinhos – FIO.

Palavras-chave: dignidade da pessoa humana; caráter relativo; teoria de Robert Alexy; ponderação, direitos fundamentais.

ABSTRACT

The dignity of the human person has been reaching a protagonism never seen in history. In turn, the debates about the absoluteness or relativeness feature of dignity of the human person, in the legal and constitutional order is actual and relevant. As principle or fundamental right, are gaining prominence discussions on the possibility of establishing restrictions on human dignity. In this context, this paper aims to propose some reflections about on the extent to which the dignity of the human person, especially as a principle and/or fundamental right, can effectively be taken as absolute, or admits relativization on specific circumstances. Is it possible, with the aim of protecting the dignity of someone, to restrict the dignity of others? This study was based on Robert's Alexy theory. It was adopted, as nuclear action to research, the deductive method. The research's technique is literature.

Keywords: dignity of human person; relative feature; theory of Robert Alexy; weighting, fundamental rights.

INTRODUÇÃO

230

A dignidade da pessoa humana vem alçando um protagonismo jamais verificado na história e é comumente invocada cada vez que alguém considera que algum dos seus direitos tenha sido violado. O uso recorrente do argumento de ofensa à dignidade vem levantando sérios questionamentos até mesmo acerca da sua banalização.

Por sua vez, os debates acerca do caráter absoluto ou relativo da dignidade da pessoa humana na ordem jurídico-constitucional são atuais e relevantes, embora muito provavelmente não se chegará a um consenso, quer seja na doutrina ou na jurisprudência. Seja na condição de princípio ou de direito fundamental, ganharam destaque as discussões sobre a possibilidade de se estabelecerem restrições à dignidade da pessoa humana. Robert Alexy, em sua obra *Teoria dos direitos fundamentais*, sustenta que a dignidade, na condição de princípio, é passível de ponderação quando prestes a colidir com outros bens jurídicos constitucionais.

Nesse contexto, pergunta-se até que ponto a dignidade da pessoa humana, especialmente na sua condição de princípio e/ou direito fundamental, pode efetivamente ser tida como absoluta, ou admite-se a sua relativização diante de circunstâncias específicas. É possível, com o escopo de proteger a dignidade de alguém, restringir a dignidade de outrem?

Muitas são as experiências e respostas no particular, razão pela qual o presente trabalho busca, em termos centrais, promover uma reflexão, inicialmente, sobre os contornos da dignidade humana e sua relação com os direitos fundamentais, como forma de preparação da análise acerca de sua relativização.

Para tanto, o presente trabalho foi desenvolvendo com base na teoria *alexiana* de direitos fundamentais, eis que Robert Alexy tem dialogado com múltiplas fontes e referências importantes desse universo problemático. Adotou-se como ação nuclear para a pesquisa o método dedutivo. A técnica de pesquisa é bibliográfica.

O CONCEITO DE DIGNIDADE HUMANA

O constituinte de 1988 instituiu que o Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, Constituição Federal de 1988). Mas, afinal, o que é a dignidade da pessoa humana?

Definir a *dignidade da pessoa humana* não é tarefa fácil. Frequentemente, lê-se que a *dignidade da pessoa humana* tem conceito vazio¹. Há quem diga que o seu conteúdo depende da cultura de cada povo. Para François Borella, o direito deve reconhecer e proteger a dignidade humana, mas é impossível atribuir-lhe definição jurídica, pois representa uma noção filosófica da condição humana². Percebe-se, assim, que as definições atingem a esfera moral, cultural, religiosa e filosófica.

Immanuel Kant defende que a dignidade humana é qualidade congênita e inalienável de todos os seres humanos, a qual impede a sua coisificação e se materializa por meio da capacidade de autodeterminação que os indivíduos possuem por meio da razão. Isso ocorre porque os seres humanos têm, na manifestação da sua vontade, o poder de determinar suas ações, de acordo com a ideia de cumprimento de certas leis que adotam, sendo essa característica exclusiva dos seres racionais³.

No Brasil, Ingo Sarlet sustenta a tese de que a dignidade, em sentido jurídico, é uma qualidade intrínseca do ser humano que gera direitos fundamentais: (1) de não receber tratamento degradante de sua condição humana (dimensão defensiva); (2) de ter uma vida saudável (dimensão prestacional), vale dizer, de

¹ Dignity is a useless concept in medical ethics and can be eliminated without any loss of content (MACKLIN, Ruth. Dignity is a useless concept. *The BMJ – The British Medical Journal*. <www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC300789>).

² BORELLA, François. Le concept de dignité de la personne humaine. In: PEDROT, Philippe (Dir.). *Ethique Droit et Dignité de la Personae*. Paris: Economica, 1999, p. 37.

³ KANT, Immanuel. Groundwork of the metaphysics of morals. In: PASTERNAK, Lawrence. *Immanuel Kant: groundwork of the metaphysics of morals*. New York: Routledge, 2002, p. 56, 62-63, 67.

ter a colaboração de todos para poder usufruir de um completo bem-estar físico, mental e social (conforme os parâmetros de vida saudável da OMS); (3) de participar da construção de seu destino e do destino dos demais seres humanos (autonomia e cidadania)⁴.

Para Oscar Vilhena, a “dignidade é multidimensional e está associada a um grande conjunto de condições ligadas à existência humana, tais como a própria vida, passando pela integridade física e psíquica, integridade moral, liberdade, condições materiais de bem-estar etc.”⁵.

Paulo Ridola também já refletiu acerca do que seria, afinal, a dignidade humana. Seria o lugar que a cada ser humano livre cabe ocupar na sua irrepetível diversidade? É a possibilidade de realizar o próprio projeto de vida, que a comunidade política deve proteger, pois na vida está o núcleo originário de sua liberdade⁶.

Com isso, a dignidade da pessoa humana é atribuída às pessoas, independentemente de suas circunstâncias concretas ou dos danos que eventualmente tenham causado à realidade externa, isto é, ela é também reconhecida ao mais cruel dos criminosos, pois eles são reconhecidos como pessoas e seus atos, por mais tenebrosos que sejam, não são capazes de apagar esse traço inato⁷. Sobre o tema, Dworkin defende que, no caso dos presos, os motivos que os levaram ao encarceramento compulsório, ainda que reprováveis, não autorizam que eles venham a ser tratados como meros objetos⁸.

Em decisão acerca da interrupção da gravidez de feto anencéfalo, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a dimensão humana obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. Impor à mulher o

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*, by Ingo Wolfgang SARLET, p. 15-43. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. SARLET, I. S. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. SARLET, I. W. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, jan./jun. 2007.

⁵ VILHENA, Oscar Vieira. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 64.

⁶ RIDOLA, Paolo. *A dignidade da pessoa humana e o “princípio liberdade” na cultura constitucional europeia*. Tradução de Carlos Luiz Strapazzon. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 115-116.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARMENTO, Daniel et al. (Coord.). *Nos limites da vida*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 217.

⁸ DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jerferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

O caráter relativo da dignidade da pessoa humana na teoria alexyana

dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causa à gestante dor, angústia e frustração, resultando em violência às vertentes da dignidade da pessoa humana – a física, a moral e a psicológica⁹.

Sendo assim, não se tem uma conceituação clara e precisa da dignidade humana. Em síntese, trata-se de qualidade intrínseca de cada pessoa e que deve ser observado o contexto de acordo com o histórico de cada grupo de seres humanos, respeitando as dimensões multiculturais.

A relação entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais

A relação entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais é objeto de controvérsia. Há quem diga que os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento imediato na dignidade da pessoa humana. Para outros, nem todos os direitos fundamentais encontram seu fundamento direto na dignidade da pessoa humana.

Sobre o tema, Ingo Wolfgang Sarlet esclarece:

[...] mesmo que se deva admitir que o princípio da dignidade da pessoa humana como principal elemento fundante e informador dos direitos e garantias fundamentais também da Constituição de 1988 – o que, de resto, condiz com a sua função como princípio fundamental – também é certo que haverá de se reconhecer um espectro amplo e diversificado no que diz com a intensidade desta vinculação, é que embora se possa aceitar, ainda mais em face das peculiaridades da Constituição Brasileira, que nem todos os direitos fundamentais tenham fundamento direto na dignidade da pessoa humana, sendo, além disso, correta a afirmação de que o conteúdo em dignidade dos direitos é variável, tais circunstâncias não retiram da dignidade da pessoa humana, na sua condição de princípio fundamental e estruturante, a função de conferir uma determinada (e possível) unidade de sentido ao sistema constitucional de direitos fundamentais, orientando – tal como bem aponta Jorge Reis Novais – inclusive as possibilidades de abertura e atualização do catálogo constitucional de direitos¹⁰.

233

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 54/DF* – Distrito Federal. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 12/04/2012. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Publicado em 30/04/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana: notas em torno da discussão sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. In: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva (Orgs.). *Dignidade humana e direitos sociais e não positivismo*. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 94.

Logo, não se pode utilizar a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) como um critério exclusivo para se reconhecer os direitos fundamentais, embora grande parte dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 corresponda a exigências da dignidade da pessoa humana.

No que diz respeito à relação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, acredita-se que a dignidade da pessoa humana se apresenta como um limite aos direitos fundamentais e também assume a condição de limite aos limites. Vale dizer, dependendo de cada caso concreto, o princípio da dignidade da pessoa humana constitui um instrumento importante e necessário para restringir direitos fundamentais na esfera das relações privadas¹¹. Além disso, qualquer intervenção na esfera dos direitos fundamentais também deve respeitar a dignidade da pessoa humana quando esta for o núcleo essencial daqueles.

Sendo assim, a dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais estão sempre posicionados em uma conjuntura de concorrência e colisão, que remete também ao problema da possibilidade, ou não, de se estabelecer limitações à própria dignidade da pessoa humana¹².

A DIGNIDADE HUMANA NA TEORIA DE ROBERT ALEXY

234

Inicialmente, é preciso lembrar que Robert Alexy, ao se referir à distinção entre princípios e regras, explica que os “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização”¹³.

Mas afinal, é a dignidade humana um princípio ou uma regra?

¹¹ Fora das relações indivíduo-poder, isto é, quando se trata de particulares em condições de relativa igualdade, deverá, em regra (segundo os defensores dessa concepção), prevalecer o princípio da liberdade, aceitando-se uma eficácia direta dos direitos fundamentais na esfera privada apenas nos casos em que a dignidade da pessoa humana estiver sob ameaça ou diante de uma ingerência indevida na esfera da intimidade pessoal. Não é demais lembrar que, no concorrente aos limites da autonomia privada, a incidência direta da dignidade da pessoa humana nas relações entre particulares atua também como fundamento de uma proteção da pessoa contra si mesma, já que a ninguém é facultada a possibilidade de usar de sua liberdade para violar a própria dignidade, de tal sorte que a dignidade da pessoa assume a condição limite material à renúncia e autolimitação de direitos fundamentais (pelo menos no que condiz com o respectivo conteúdo em dignidade de cada direito especificamente considerado) (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 390).

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana: notas em torno da discussão sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. In: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva (Orgs.). *Dignidade humana e direitos sociais e não positivismo*. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 96-97.

¹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

Segundo Robert Alexy, existem dois conceitos de dignidade da pessoa humana que se contrapõem: um absoluto e outro relativo.

De acordo com o conceito absoluto, a dignidade da pessoa humana é uma norma que tem preferência sobre todas as outras normas, em todos os casos, motivo pelo qual não há possibilidade de se realizar a ponderação¹⁴.

Logo, qualquer tipo de intervenção sobre a dignidade humana será necessariamente tido como uma violação à dignidade, ainda que seja de alguma forma justificada. Sendo assim, como regra, a dignidade não enfrenta limitação, devendo sempre prevalecer de forma absoluta. Nesse sentido, a concepção absoluta não é compatível com a análise de proporcionalidade¹⁵.

Por sua vez, de acordo com o conceito relativo, exatamente o oposto é verdadeiro. Compreende a dignidade humana como um princípio que pode ser ponderado e relativizado, quando em colisão com outras normas. Logo, a concepção relativa é compatível com a análise da proporcionalidade.

Nesse contexto, diante de um conflito entre princípios, Robert Alexy defende a ponderação buscando-se, no caso concreto, dar maior peso a um em relação a outro. No direito brasileiro, a disposição constitucional da dignidade da pessoa humana, disposta no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, vem sendo ponderada pelo Judiciário sem nenhum critério e nem argumentação jurídica racional. Daniel Sarmento faz severas críticas acerca do decisionismo judicial:

235

Muitos juízes deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça –, passaram a negligenciar seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com os princípios abriu espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras “varinhas de condão”, com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser¹⁶.

¹⁴ ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva (Orgs.). *Dignidade humana e direitos sociais e não positivismo*. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 13.

¹⁵ Segundo Robert Alexy, “a natureza dos princípios como mandamentos de otimização conduz diretamente a uma necessária vinculação entre os princípios e a análise da proporcionalidade” (ALEXY, 2015, p. 18). Sendo assim, segundo o autor, o princípio da proporcionalidade que cada vez mais vem sendo reconhecido internacionalmente na teoria da jurisdição constitucional, é composto por três subprincípios, quais sejam: o princípio da adequação, o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade *stricto sensu*”.

¹⁶ SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Lumen Juris, 2006, p. 200.

Conforme argumenta o autor, no Brasil existe ainda uma incompreensão do duplo caráter da norma da dignidade humana, transformando-se em uma artimanha jurídica, tanto pelos juízes quanto pelas partes de um processo. Dito de outra forma, a teoria da ponderação de princípios proposta por Robert Alexy constitui uma desculpa perfeita para sentenciar com ampla discricionariedade e pouca racionalidade, manipulando ao bel prazer as disposições constitucionais, como a própria dignidade.

Lenio Luiz Streck também faz severas críticas acerca da ponderação no Brasil:

A ponderação é inconstitucional [...] porque o legislador, ao estabelecer, de forma atécnica a ponderação de “normas”, “esqueceu” que o direito é um sistema de regras e princípios e que, portanto, ambas são normas. Logo, ponderar regras é ponderar normas. Entretanto, é vedado ponderar regras, como se pode ver no próprio criador da ponderação contemporânea, Robert Alexy, no âmbito de sua teoria da argumentação jurídica. Ao ponderar regras, o juiz deixará de aplicar uma delas. Só que, para fazer isso, deve lançar mão da jurisdição constitucional ou dos mecanismos que tratam da resolução de antinomias, e não de algo fugidio e vazio como é a ponderação. A violação, *in casu*, é do princípio da separação dos poderes e o da legalidade. Juiz não cria normas e tampouco pode deixar de aplicar uma regra válida sem que lance mão dos mecanismos próprios para isso. Se ponderar princípios já é um problema pela falta de critérios, a ponderação de regras é de extrema gravidade, porque transforma o Poder Judiciário em legislador¹⁷.

236

O fato é que em quase todas as manifestações da jurisdição constitucional, a ponderação é encontrada em vários procedimentos distintos¹⁸, o que demonstra a relevância prática.

Ainda sobre o tema, Paulo Gustavo Gonet Branco assevera:

Numa sociedade plural, valores colidentes podem ser relevantes num mesmo contexto, gerando, contudo, soluções inconciliáveis. Recusar a ponderação seria equivalente a negar a evidência do pluralismo e corresponderia a uma tentativa vã de escamotear os conflitos da vida social. Assumi-la, revelaria a existência de conflitos axiológicos e a necessidade de enfrentá-los com racionalidade, do modo mais imparcial possível¹⁹.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 5. ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 58-59.

¹⁸ Robert Alexy desenvolveu a *Fórmula do Peso* em ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Tradução de Julian Rivers. 1985, Oxford: Oxford University, 2002, p. 102.

¹⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 141.

Certamente, a ponderação vem acompanhada de ampla discricionariedade judicial. Todavia, segundo Robert Alexy, a ponderação ou balanceamento será realizada somente em casos extremos²⁰. Logo, tal discricionariedade deve ficar limitada àqueles casos em que o ordenamento jurídico não tenha sido capaz de oferecer respostas adequadas para a solução do caso concreto. É nesse momento que deve ser exercido o controle da legitimidade das decisões obtidas mediante ponderação. Vale dizer, por meio de um processo argumentativo, o julgador deve demonstrar de maneira racional, apresentando elementos de ordem jurídica (que não podem ser substituídos por concepções pessoais), que a sua decisão é adequada à vontade constitucional. Eis o que se espera em um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

O CARÁTER RELATIVO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Lamentavelmente, cada vez mais a dignidade da pessoa humana (de alguns humanos mais do que outros) é violada e desprotegida, seja pelo aumento assustador da violência contra a pessoa, seja pela carência social, econômica e cultural e grave comprometimento das condições existenciais mínimas para uma vida com dignidade e, nesse passo, de uma existência com sabor de humanidade²¹.

No entanto, se o ponto de partida for a ideia de que a dignidade da pessoa humana é um bem jurídico absoluto e, conseqüentemente, irrenunciável, inalienável e insuscetível de restrição, certamente não será possível o avanço na discussão do tema. Afinal, apesar da inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, permanece o questionamento do caráter absoluto ou relativo da dignidade da pessoa e da possibilidade de se admitir eventuais restrições.

Nesse contexto, cumpre destacar o entendimento da Corte Constitucional Alemã que, em várias decisões, já adotou posições contraditórias sobre o tema, ora sinalizando na direção da concepção absoluta de dignidade humana, ora em direção à concepção relativa. Em uma decisão de 1973, sobre gravações secretas, a Corte se posicionou em favor do caráter absoluto da concepção de dignidade humana. O Tribunal destacou que a dignidade humana exige um “núcleo de proteção absoluta da autodeterminação privada”²², mencionando a ponderação do seguinte modo:

²⁰ ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva (Orgs.). *Dignidade humana e direitos sociais e não positivismo*. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 31.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana: notas em torno da discussão sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. In: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva (Orgs.). *Dignidade humana e direitos sociais e não positivismo*. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 99.

²² Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha: decisão BVerfGE 34,238 (245).

Ainda que atendendo os interesses públicos, não se justifica uma violação ao núcleo de proteção absoluta da autodeterminação privada; nenhuma ponderação, fundada em proporcionalidade, poderá ocorrer²³.

Sobre o julgamento em questão, Robert Alexy declarou:

Seria aceitável que a dignidade humana tivesse precedência, mesmo naqueles casos em que, por uma perspectiva de direito constitucional, um princípio colidente tivesse maior peso? Isso cairia em uma contradição. Ter maior peso sob o ponto de vista do direito constitucional implica em ter precedência sobre tudo o que tenha menor peso do que o padrão adotado pelo direito constitucional. Nessa interpretação, a pretensão que se formula é de que o princípio colidente tem precedência e outro não tem precedência. Para evitar essa contradição, a expressão “atendendo interesses públicos” deve ser entendida com relacionada a interesses que superam a partir de uma perspectiva que não a do direito constitucional, por exemplo, a partir de uma perspectiva política. Mas, então, a tese do núcleo de proteção absoluta se tornaria supérflua. Razões que não têm *status* constitucional não podem prevalecer sobre razões que têm *status* constitucional²⁴.

238

Em um segundo momento, em um caso sobre a prisão perpétua, de 1977, o Tribunal em comento se manifestou acolhendo a concepção relativa de dignidade da pessoa humana, assim declarando:

A dignidade da pessoa humana também não se verá violada, se a conclusão da execução da pena é tornada necessária pelo perigo continuado representado pelo prisioneiro e, nesses termos, a libertação antecipada é afastada. [...] Nos casos em que o perigo representado pelo ofensor criminoso tiver de ser determinado, não há necessidade de comprovação complementar de que o princípio da proporcionalidade deva ser observado [...]²⁵.

Conforme é possível conferir, esse é um caso de exame de proporcionalidade, em que a dignidade humana é apreciada como um princípio que colide com o princípio da segurança pública. Logo, a colisão precisa ser resolvida por meio da ponderação.

²³ Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha: decisão BVerfGE 34,238 (245).

²⁴ ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva (Orgs.). *Dignidade humana e direitos sociais e não positivismo*. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 15.

²⁵ Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha: decisão BVerfGE 45,187 (242).

O caráter relativo da dignidade da pessoa humana na teoria alexyana

Outro caso, decidido em 1978, que merece ser mencionado diz respeito à análise da dignidade de um acusado que deixou crescer o cabelo e a barba, desde o início do cumprimento de pena. Poderia ele ser forçado a cortar os cabelos e barba para facilitar o reconhecimento por testemunhas que apenas o conheciam antes, com aparência diversa? Ao final, o Tribunal decidiu que a dignidade da pessoa humana tem caráter relativo, utilizando três argumentos: a intervenção é de “intensidade relativamente baixa”; o esclarecimento de crimes e a investigação de criminosos “correspondem ao interesse público”; o objetivo da intervenção não estava ligado à humilhação ou outro “objetivo que teria de ser reprovado pelo direito”. Logo, é preciso sempre demonstrar o que deu ensejo à intervenção para que, só assim, possa ser discutido se a medida foi desproporcional ou não. A intervenção poderá se mostrar expressivamente desproporcional em alguns casos, o que aí, sim, implicaria em verdadeira violação da dignidade da pessoa humana.

Mas, afinal, a dignidade da pessoa humana tem um caráter absoluto ou relativo? Vale dizer, é possível estabelecer restrições à dignidade da pessoa humana? É possível, com a finalidade de proteger a dignidade de alguém, restringir a dignidade de outrem?

Nesse contexto, cumpre ressaltar o pensamento de Castanheira Neves:

A dimensão pessoal postula o valor da pessoa humana e exige o respeito incondicional de sua dignidade. Dignidade da pessoa a considerar em si e por si, que o mesmo é dizer a respeitar para além e independentemente dos contextos integrantes e das situações sociais em que ela concretamente se insira. Assim, se o homem é sempre membro de uma comunidade, de um grupo, de uma classe, o que ele é em dignidade e valor não se reduz a esses modos de existência comunitária ou social. *Será por isso inválido e inadmissível, o sacrifício desse seu valor e dignidade pessoal a benefício simplesmente da comunidade, do grupo, da classe.* Por outras palavras, o sujeito portador do valor absoluto não é a comunidade ou classe, mas o homem pessoal, embora existencial e socialmente em comunidade e na classe. Pelo que o juízo que histórico-socialmente mereça uma determinada comunidade, um certo grupo ou uma certa classe não poderá implicar um juízo idêntico sobre um dos membros considerado pessoalmente – a sua dignidade e responsabilidade pessoais não se confundem com o mérito e o demérito, o papel e a responsabilidade histórico-sociais da comunidade, do grupo ou classe de que se faça parte²⁶.

239

²⁶ MIRANDA, Jorge. A constituição portuguesa e a dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, RT, ano 11, n. 45, 2003, p. 190-191.

Por sua vez, Robert Alexy entende que a dignidade da pessoa humana é passível de ponderação quando em rota de colisão com outros bens jurídicos de estatura constitucional²⁷.

Inicialmente, é preciso lembrar que a dignidade é inerente ao ser humano e, portanto, deve ser respeitada por todos. Nem mesmo os atos “indignos” têm o condão de restringir a dignidade (restrição que não pode ocorrer nem mesmo voluntariamente, haja vista a sua irrenunciabilidade). Nesse sentido, o autor adverte:

Sendo todas as pessoas iguais em dignidade (embora nem todas se portem de modo igualmente digno) e existindo, portanto, um dever de respeito e de consideração recíproco (de cada pessoa) da dignidade alheia (para além do dever de respeito e proteção por parte do poder público e da sociedade), coloca-se a hipótese em conflito direto entre as dignidades de pessoas diversas, impondo-se – também nesses casos (?) – o estabelecimento de uma concordância prática (Hesse), que necessariamente implica a ponderação (Alexy) dos bens em rota conflitiva, neste caso, do mesmo bem (dignidade) concretamente atribuído a dois ou mais titulares²⁸.

240

No entanto, a dignidade da pessoa humana, apesar de constituir um valor (bem jurídico) maior, isso não significa que deva prevalecer em toda e qualquer circunstância, mas tão somente que ocupa uma posição privilegiada com relação aos demais direitos fundamentais²⁹. Por exemplo, não restam dúvidas de que o encarceramento de um indivíduo (ainda que tenha sido condenado, por exemplo, por homicídio qualificado pela utilização de meios cruéis) em uma prisão superlotada, sendo submetido a condições desumanadas e degradantes, constitui uma ofensa à sua dignidade pessoal. Por outro lado, tais sanções impostas decorrem da necessidade de se proteger a vida, a liberdade e dignidade de outras pessoas. Cada pessoa deve ser compreendida em relação com as demais.

Logo, conforme afirma Robert Alexy, o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por se sujeitar a uma necessária relativização: “[...] a concepção

²⁷ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 94 e ss.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana: notas em torno da discussão sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. In: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva (Orgs.). *Dignidade humana e direitos sociais e não positivismo*. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 97-98.

²⁹ KLOPFER, Michael. Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – dargestellt am Beispiel der Menschenwürde. In: STARCK, Christian (Org.), *Bundesverfassungsgerichts und Grundgesetz. Festschrift aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, v. II, Tübingen: J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1976, p. 411.

relativa é, de fato, a correta, mas que existem outros desdobramentos da dignidade humana que se encaminham na direção da concepção absoluta³⁰.

Admite-se, portanto, a relativização da dignidade da pessoa humana diante da necessidade de proteção da dignidade de terceiros, especialmente de uma comunidade. Porém, é preciso averiguar, em cada caso concreto, a existência ou não de ofensa à dignidade, bem como definir qual o âmbito de proteção da norma que o consagra. É preciso ter cuidado para que a dignidade não sirva de justificação para uma espécie de *fundamentalismo da dignidade*³¹, já que esta possui conceito aberto, é um construído, um produto cultural. Enfim, se por um lado a dignidade da pessoa humana ocupa o posto mais alto do ordenamento jurídico, por outro, não fica imune a nenhum tipo de restrição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho não teve como meta oferecer respostas ou certezas, mas tão somente lançar um olhar crítico sobre o tema e contribuir para os debates.

Ao final, é possível compendiar algumas das principais ideias desenvolvidas nas proposições que seguem. Todavia, renuncia-se à tarefa de uma retrospectiva minuciosa de todas as posições anunciadas ao longo do texto, sob pena de tornar-se prolixa.

O constituinte de 1988 instituiu que o Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, Constituição Federal de 1988). Porém, conceituar a *dignidade da pessoa humana* não é tarefa fácil. As definições atingem a esfera moral, cultural, religiosa e filosófica.

Apesar se não se ter uma conceituação clara e precisa, a dignidade da pessoa humana é atribuída às pessoas, independentemente de suas circunstâncias concretas ou dos danos que eventualmente tenham causado à realidade externa. Mas é importante que seja observado o contexto de acordo com o histórico de cada grupo de seres humanos, respeitando as dimensões multiculturais.

A dignidade da pessoa humana vem alçando um protagonismo jamais verificado na história e, por isso, os debates acerca do caráter absoluto ou relativo da dignidade da pessoa humana na ordem jurídico-constitucional são atuais e relevantes.

Seja na condição de princípio ou de direito fundamental, ganhou destaque as discussões sobre a possibilidade de se estabelecerem restrições à dignidade da

³⁰ ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva (Orgs.). *Dignidade humana e direitos sociais e não positivismo*. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 17.

³¹ Nesse sentido, Chaim Perelman em *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 403.

pessoa humana. Nesse contexto, pergunta-se até que ponto a dignidade da pessoa humana, especialmente na sua condição de princípio e/ou direito fundamental, pode efetivamente ser tida como absoluta, ou admite-se a sua relativização diante de circunstâncias específicas.

A dignidade da pessoa humana se constitui em um valor maior, o que não significa que deva prevalecer em toda e qualquer circunstância, mas tão somente que ocupa uma posição privilegiada com relação aos demais direitos fundamentais. Logo, conforme afirma Robert Alexy, o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por sujeitar-se a uma necessária relativização.

Admite-se, portanto, a relativização da dignidade da pessoa humana diante da necessidade de proteção da dignidade de terceiros, especialmente de uma comunidade. Porém, é preciso averiguar, em cada caso concreto, a existência ou não de ofensa à dignidade, bem como definir qual o âmbito de proteção da norma que o consagra. É preciso ter cuidado para que a dignidade não sirva de justificação para uma espécie de *fundamentalismo da dignidade*, já que esta tem conceito aberto, é um construído, um produto cultural. Enfim, se por um lado a dignidade da pessoa humana ocupa o posto mais alto do ordenamento jurídico, por outro, não fica imune a nenhum tipo de restrição.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.
- ALEXY, Robert. *A theory of constitutional Rights*. Tradução de Julian Rivers. 1985, Oxford: Oxford University, 2002.
- ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva (Orgs.). *Dignidade humana e direitos sociais e não positivismo*. Florianópolis: Qualis, 2015.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BAEZ, Narciso Leandro Xavier. A morfologia dos direitos fundamentais e os problemas metodológicos da concepção de dignidade humana em Robert Alexy. In: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva (Orgs.). *Dignidade humana e direitos sociais e não positivismo*. Florianópolis: Qualis, 2015.
- BORELLA, François. Le concept de dignité de la personne humaine. In: PEDROT, Philippe (Dir.). *Ethique droit et dignité de la personae*. Paris: Economica, 1999.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54/DF – Distrito Federal. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 12/04/2012. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Publicado em 30/04/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jerferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KANT, Immanuel. Groundwork of the Metaphisic of Morals. In: PASTERNAK, Lawrence. *Immanuel Kant: Groundwork of the Metaphisic of Morals*. New York: Roytledge, 2002.

KLOPFER, Michael. Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – dargestellt am Beispiel der Menschenwürde. In: STARCK, Christian (Org.). *Bundesverfassungsgerichts und Grundgesetz. Festschrift aus Anlassdes 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, vol. II, Tübingen: J.C. Mohr (Paul Siebeck), 1976.

MIRANDA, Jorge. A constituição portuguesa e a dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, ano 11, n. 45, 2003.

MIRANDA, Jorge. *A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/746830.pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2015.

PERELMAN, Chain. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RIDOLA, Paolo. *A dignidade da pessoa humana e o “princípio liberdade” na cultura constitucional europeia*. Tradução de Carlos Luiz Strapazzon. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*, by Ingo Wolfgang SARLET, 15-43. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, jan./jun. 2007.

SARLET, I. S. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, I. S. As dimensões da dignidade humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARMENTO, Daniel et al. (Coord.). *Nos limites da vida*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARLET, I. S. Dignidade da pessoa humana: notas em torno da discussão sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. In: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva (Orgs.). *Dignidade humana e direitos sociais e não positivismo*. Florianópolis: Qualis, 2015.

SARLET, I. S. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, I. S. Dignidade da pessoa humana: notas em torno da discussão sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. In: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva (Orgs.). *Dignidade humana e direitos sociais e não positivismo*. Florianópolis: Qualis, 2015.

Elisângela Padilha / Carla Bertoncini

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*: estudos de direito constitucional. São Paulo: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 5. ed. revista e atualizada de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

VILHENA, Oscar Vieira. *Direitos fundamentais*: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.

Data de recebimento: 17/12/2015

Data de aprovação: 19/04/2016