

## Artigos originais

# Dignidade humana: direito relativo ou absoluto? O papel do teste da proporcionalidade

## Human dignity: relative or absolute right? The role of the proportionality test

  Anízio Gavião Filho<sup>1</sup>

  Bárbara Guerra Chala<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente estudo tem por escopo analisar o caráter da dignidade da pessoa humana, a fim de aferir se é um direito fundamental relativo e pode ser submetido ao teste da proporcionalidade ou se constitui um direito absoluto e, por conseguinte, não é ponderável com outros direitos que com ela possam conflitar, inadmitindo restrições. A esse efeito, inicia-se o trabalho abordando o conceito da dignidade da pessoa e as suas principais características. Logo após, o teste da proporcionalidade é apresentado como a principal ferramenta metodológica para solução de colisões entre direitos fundamentais. Por derradeiro, busca-se responder ao questionamento central do trabalho, especificando o caráter da dignidade humana na ordem jurídica constitucional. Para tanto, adotaram-se a metodologia dedutiva e a técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Desse modo, observa-se que a dignidade da pessoa humana possui uma natureza dúplice, de regra e princípio, consubstanciando um direito fundamental relativo que não está imune a limitações, mas possui um núcleo essencial, cujo alcance será determinado a partir da aplicação do teste da proporcionalidade.

**Palavras-chave:** Dignidade da Pessoa Humana. Direitos Fundamentais. Proporcionalidade.

<sup>1</sup> Doutor em Direito (UFRGS). Prof. Dr. Coord. Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP/RS. Professor Titular da FMP/RS. Procurador de Justiça, RS. E-mail: piresgavião@hotmail.com.

<sup>2</sup> Mestrado em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP. Assessora de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJRS. Especialista em Direito de Família e Sucessões e Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Endereço eletrônico: barbaragchala@gmail.com.

**Abstract:** The purpose of this study is to analyze the character of the dignity of the human person, with the aim of assessing whether this is a relative fundamental right and can be subjected to the proportionality test or constitutes an absolute right and, therefore, cannot be considered with others rights that may conflict with it, disallowing restrictions. To this effect, the present work begins addressing the concept of the dignity of the person and its main characteristics. Subsequently, the proportionality test is presented as the main methodological tool for solving collisions between fundamental rights. Lastly, this study seeks to respond to its central questioning of work, specifying the character of human dignity in the constitutional legal order. For that, the deductive methodology and bibliographic research techniques were adopted. In this way, it is observed that the dignity of the human person has a dual nature, of rule and principle, substantiating a relative fundamental right that is not immune to some limitations, but has an essential nucleus, whose scope will be determined from the application of the test proportionality.

**Keywords:** Dignity of Human Person. Fundamental Rights. Proportionality.

Submetido em: 28 de abril de 2022

Aceito em: 01 de fevereiro de 2025

## 1 Introdução

Durante a trajetória do constitucionalismo, observa-se que a criação da jurisdição constitucional compõe um dos seus marcos mais substancial e decisivo, a partir do qual os direitos que começavam a ser positivados nos catálogos de direitos fundamentais das constituições do mundo ocidental passaram, de fato, a ser assegurados e efetivados.

Nesse contexto, expandiu-se mundialmente a cultura da justificação, notadamente por intermédio da utilização do teste da proporcionalidade, e a dignidade da pessoa humana ascendeu como peça central das democracias constitucionais contemporâneas, como direito fundamental e eixo estruturante da organização estatal.

Desse modo, mostra-se primordial a análise do caráter que a dignidade da pessoa humana assume no ordenamento jurídico e a verificação da sua interlocução com o teste da proporcionalidade, a efeito de definir como este deve ser aplicado na solução de casos que envolvam colisões entre direitos fundamentais em que a dignidade da pessoa humana figure na controvérsia.

Com esse intuito, no presente trabalho, a partir da adoção da metodologia dedutiva e da aplicação da técnica de pesquisa bibliográfica, será realizada, inicialmente, uma abordagem acerca do conceito e das principais características atribuídas à dignidade da pessoa humana.

Na sequência, demonstrar-se-á o teste da proporcionalidade como o principal instrumento metodológico de interpretação e de aplicação do direito aos casos concretos no modelo do constitucionalismo contemporâneo e, por conseguinte, como a melhor ferramenta de enfrentamento dos conflitos entre direitos fundamentais.

Logo após, serão apresentadas visões antagônicas sobre a existência, ou não, de direitos fundamentais absolutos, bem como acerca da possibilidade de submissão da dignidade da pessoa humana ao teste da proporcionalidade.

Ao final, objetiva-se verificar se a dignidade da pessoa humana é um direito fundamental relativo e pode ser submetida ao teste da proporcionalidade ou se constitui um direito fundamental absoluto e, assim, tem precedência sobre todos os outros direitos fundamentais, não sendo com eles ponderável.

## 2 O significado da dignidade humana

É inegável a dificuldade na atribuição de um conceito à dignidade da pessoa humana, circunstância que, em grande medida, deve-se ao fato de a noção de dignidade humana variar ao longo do tempo e a depender do contexto em que está inserida, sofrendo alterações de acordo com os aspectos históricos e culturais de cada povo. O que isso significa é que o conceito de dignidade humana pode ganhar significações diferentes conforme a história e cultura de cada sociedade.

Além disso, trata-se de um conceito cuja compreensão tem como ponto de partida os seus diferentes usos. Dignidade humana pode ser tomada como uma bandeira para abarcar o respeito à liberdade, à igualdade e o reconhecimento do direito de viver em decentes condições de satisfação das necessidades das pessoas. Igualmente, o conceito de dignidade humana pode ser usado para fundamentação dos direitos humanos, assim reconhecido como direito mãe do qual derivam todos os direitos. Esses diferentes usos do conceito de dignidade humana podem ser justificados, não em razão de desacordos sobre qual é o caso, mas porque cada um serve a diferentes fins, encontram-se situados em diferentes contextos sociais e culturais, bem como em diferentes documentos, assim como estão assentados em diferentes tradições e concepções.

As discussões em torno do significado de dignidade humana dificilmente escapam das formulações de Kant (1999, p. 26-27), que coloca a essência do ser humano sob a base da dignidade humana. Como dotado de razão, o ser humano detém capacidade para se autodeterminar e agir livremente conforme seus próprios juízos a partir de princípios universais. A liberdade para Kant (1999)

não é determinada apenas negativamente, no sentido de ausência de coerções, mas positivamente, como a capacidade para se auto-determinar. Autodeterminação significa autonomia, exatamente o que fundamenta a dignidade da natureza humana racional. Como resultado, na formulação kantiana (Kant, 1999, p. 249-250), cada pessoa deve ser tratada como um fim em si e nunca como meio ou instrumento para realização de um fim.

O conceito de dignidade é altamente complexo, conjugando elementos descritivos empíricos e elementos normativos. O conceito descritivo mais conhecido é o da autonomia, devendo-se, nele, incluir também o conceito de pessoa. O argumento de Alexy (2015, p. 24-25) é o de considerar pessoa aquele que possuir inteligência, sentimento e consciência. Não basta apenas inteligência e sentimento, pois deve ser acrescentada a autoconsciência, que é definida por reflexividade. A reflexividade distingue-se em cognitiva, volitiva e normativa. A cognitiva consiste em tornar a pessoa o objeto do conhecimento; leva ao autoconhecimento. A volitiva consiste na capacidade de dirigir seu comportamento por meio de atos de vontade; leva a “autodireção” ou à “autoformação”. A normativa consiste na “autoavaliação” sob o aspecto da correção, que consiste na análise de se uma ação é correta ou não ou se a vida que leva é boa ou não. Segundo deixa saber Alexy (2015, p. 26), é esse elemento normativo que representa a conexão entre o conceito de pessoa e o conceito de dignidade humana. Essa conexão pode ser expressa assim: toda a pessoa possui dignidade humana. Essa afirmação, contudo, não explicita a dimensão normativa da dignidade humana. Por isso, o conceito de dignidade humana deve ser relacionado com os conceitos de direitos e deveres.

Nesse sentir, Barroso (2010, p. 21) formula que a dignidade da pessoa humana possui três conteúdos mínimos universalizáveis: a) o valor intrínseco da pessoa humana; b) a autonomia e c) o valor comunitário da pessoa humana. O valor intrínseco da pessoa humana, segundo Barroso (2010, p. 21-22), é o elemento ontológico da dignidade da pessoa humana, ligado à posição especial do humano no mundo, que o diferencia dos demais seres vivos pela conjugação de inteligência, sensibilidade e comunicação. No plano jurídico, Barroso (2010, p. 22) acrescenta que “o valor intrínseco da

pessoa humana impõe a inviolabilidade de sua dignidade e está na origem de uma série de direitos fundamentais". No que diz respeito à autonomia, Barroso (2010, p. 24) faz referência à razão, à autodeterminação e ao exercício da vontade, em conformidade com determinadas normas, isto é, ao direito da pessoa de tomar as suas decisões, de desenvolver livremente a sua personalidade e de perseguir o seu próprio ideal de vida boa, denominando a autonomia como elemento ético da dignidade da pessoa humana. Por fim, relativamente ao valor comunitário da pessoa humana, elemento social da dignidade da pessoa humana, Barroso (2010, p. 27-28) refere-se à ideia de valores compartilhados pela comunidade, segundo os seus padrões civilizatórios e a sua concepção de vida boa, constituindo limites à autonomia. Nesse aspecto, não estariam em discussão as escolhas individuais de cada pessoa, e sim as responsabilidades e os deveres a elas associadas.

Aqui, trata-se de tomar a dignidade em seu significado jurídico e não teológico ou filosófico. É certo que dignidade não é propriedade de apenas uma disciplina. Antes mesmo de tornar-se um termo jurídico, já fazia parte de textos teológicos e filosóficos. Mas, certamente, os fundadores das constituições foram inspirados nas raízes do significado de dignidade nessas outras disciplinas. Segundo Grimm (2014, p. 384), o que deve ser assegurado é que o resultado da positividade da dignidade humana na ordem constitucional dos Estados contemporâneos é resultado de um "processo jurídico autônomo".

Nesse sentido, como conceito jurídico, significa que o Estado deve respeitar e proteger a dignidade humana. Com isso, segundo Grimm (2014, p. 382), fica colocado para o Estado o dever jurídico de não violar a dignidade de qualquer pessoa. Igualmente, resulta para o Estado o dever de impedir ação de terceiros incompatíveis com a dignidade de qualquer pessoa<sup>3</sup>.

3 Paralelamente, Sarlet (2015-A, p. 70-71) conceitua a dignidade da pessoa humana como "a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida".

Ademais, como bem pondera Sarmento (2000, p. 71), a obrigação do Estado em relação à dignidade da pessoa humana não é apenas negativa, como também positiva, porquanto este não deve apenas se abster de praticar atos ou de impor medidas que violem a dignidade humana dos partícipes da comunidade mas também deve promover a dignidade humanaativamente, ao efeito de garantir o mínimo existencial aos indivíduos. Isso porque a dignidade da pessoa humana não se mostra limitada apenas quando são impostas medidas restritivas por parte do Estado, mas também se vê afetada quando não é ofertado pelo Estado ao indivíduo o acesso aos seus direitos e às suas garantias básicas.

Nesse contexto, sendo a dignidade da pessoa humana um direito que constitui peça chave do ordenamento jurídico e serve como fundamento de tantos outros direitos, fica o seguinte questionamento: ela pode ser submetida ao teste da proporcionalidade ou constitui um direito absoluto infenso à ponderação?

Antes da análise dessa discussão, deve-se ser dado a conhecer o teste da proporcionalidade.

### 3 O teste da proporcionalidade

Embora a noção de proporcionalidade exista desde os primórdios da antiguidade, apenas no direito administrativo prussiano veio a surgir uma doutrina da proporcionalidade, durante o governo de Friedrich Wilhelm II, em um contexto de transição entre o estado autoritário para o estado de direito, por meio da inserção no art. 10, do *Allgemeines Landrecht* (ALR) de 1794, da autorização para o governo exercer poderes policiais para assegurar a paz, a segurança e a ordem pública, restringindo esse poder às medidas essenciais para atingir tais objetivos. Segundo Cohen-Eliya e Porat (2013, p. 25), essa pode ser considerada uma das primeiras expressões da aplicação do teste da proporcionalidade como critério para verificação da justificação de medidas estatais restritivas de direitos. A partir da ideia de que as ações governamentais devem ser justificáveis em termos de razão pública e da instauração da

cultura da justificação na Prússia, por meio de uma análise de adequação entre meio e fim, desenvolveu-se, depois, no direito privado alemão, a noção de proporcionalidade como forma de ponderação entre valores e interesses conflitantes (Cohen-Eliya e Porat, 2013, p. 31).

Desde então, a proporcionalidade espalhou-se vertiginosamente pelo mundo<sup>4</sup> e tem recebido nas últimas décadas cada vez mais reconhecimento internacional, sendo considerada – atualmente – a principal e melhor ferramenta metodológica disponível de interpretação e de aplicação do direito aos casos concretos no modelo do constitucionalismo contemporâneo, estando fundamentada no próprio Estado de Direito democrático, garantindo a “acomodação defensável de direitos e interesses conflitantes, de acordo com as circunstâncias do caso específico” (Allan, 2014, p. 208). O teste da proporcionalidade é o critério metodológico que tem sido aplicado para verificar se as medidas estatais que violam ou restringem direitos fundamentais estão justificadas. Uma restrição em um direito fundamental imposta por uma medida estatal não está justificada quando não atende aos testes parciais do teste da proporcionalidade.

Nessa linha, Silva (2002, p. 24) argumenta que a proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito, empregada nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de um ou mais direitos fundamentais, com o fito de impedir que a limitação tome dimensões desproporcionais. Assim, o teste da proporcionalidade configura uma restrição às restrições, a partir do acurado exame das suas sub-regras ou de testes parciais.

Com efeito, no presente estudo, entende-se que o sistema jurídico normativo se subdivide em regras e princípios, sendo os direitos fundamentais compreendidos, na esteira do pensamento de Alexy (2008, p. 90), como princípios e, por via reflexa, como

<sup>4</sup> Não se desconhecem os contornos diferenciados do surgimento e da aplicação da ponderação nos Estados Unidos, que, entretanto, não deixam de levar em consideração muito do que já se evoluiu no âmbito mundial no que tange à ponderação de interesses e de valores. (Ver Cohen-Eliya e Porat, 2013, p. 43 e Möller, 2017, p. 130-147).

mandamentos de otimização, isto é, como normas que ordenam que algo seja realizado no maior grau possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas disponíveis. Desta feita, no conflito entre duas normas principiológicas, que expressam direitos e deveres *prima facie*, nenhuma delas chega a ser considerada inválida, porquanto elas devem ser otimizadas, de forma que a colisão seja resolvida na seara da realização dos princípios, sendo cada um desses princípios realizados na medida do possível, a partir da aplicação do teste da proporcionalidade.

Alexy (2008, p. 94) ainda leciona que, enquanto os conflitos entre regras ocorrem e são solucionados na dimensão da validade, as colisões entre princípios ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso, porquanto somente os princípios válidos chegam a colidir, razão pela qual “a solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto” (Alexy, 2008, p. 96). Assim, somente por meio da ponderação de princípios, parte-se de direitos e deveres *prima-facie* para chegar em direitos e deveres definitivos, passíveis de exigibilidade judicial.

Nesse contexto, na busca da composição de direitos fundamentais conflitantes, atua o teste da proporcionalidade como uma estrutura analítica para o exercício exigido na justificação pública, ramificando-se em três<sup>5</sup> etapas subsidiárias de análise, que expressam a ideia de otimização e devem ser aplicadas na seguinte ordem pré-definida: 1) adequação; 2) necessidade; e 3) proporcionalidade em sentido estrito ou restrito (Alexy, 2008, p. 588).

As duas primeiras regras constituem o exame das possibilidades fáticas de otimização entre os princípios em jogo, ao efeito de evitar a ocorrência de sacrifícios evitáveis, enquanto a terceira e última regra configura o núcleo essencial do teste e controla as possibilidades jurídicas, que são os princípios ou as normas de direitos fundamentais em jogo no caso (Alexy, 2015, p. 19).

<sup>5</sup> Não se desconhece a existência de divergência quanto ao número de etapas do teste da proporcionalidade (Silva, 2002, p. 31), adotando-se, neste estudo, a tendência majoritária.

Com efeito, a etapa da adequação destina-se a verificar se a medida é apta para alcançar ou, ao menos, fomentar o fim pretendido. Em seguida, a etapa da necessidade observa se o objetivo perseguido não pode ser promovido com a mesma intensidade e eficácia, por meio de outro ato que limite ou afete, em menor medida, o direito fundamental atingido e, por derradeiro, a etapa da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste na ponderação entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida (Gavião Filho, 2011, p. 249).

Nessa linha de ideias da proporcionalidade em sentido estrito, Alexy (2008, p. 593) formula a lei da ponderação, consubstanciada na ideia de que, quanto maior o ônus (grau de não satisfação ou de restrição) de um princípio, proporcionalmente maior deve ser a importância da satisfação do outro princípio conflitante, ou seja, quanto maior a invasão de um direito fundamental, mais convincentes devem ser os interesses compensatórios.

Impende consignar, ainda, que, no contexto da proporcionalidade, Sweet e Matheus (2008, p. 89) asseveraram alguns pontos de necessário destaque:

- (a) cada parte está defendendo uma norma ou valor constitucionalmente legítimo;
- (b) que, *a priori*, o tribunal considera cada um desses interesses de grande valor;
- (c) que determinar qual valor deve prevalecer em qualquer caso não é um exercício mecânico, mas uma tarefa judicial difícil envolvendo considerações políticas complexas; e
- (d) que casos futuros que opõem os mesmos dois interesses legais uns contra os outros podem ser decididos de forma diferente, dependendo dos fatos.

Não se desconhece a existência de críticas à proporcionalidade, notadamente no que tange ao seu suposto subjetivismo, à incomensurabilidade dos direitos fundamentais, à incompetência do poder judiciário para realizar a ponderação que caberia ao po-

der legislativo e, na linha de pensamento de Covarrubias Cuevas (2012, p. 466), ao fato de o teste expor os direitos fundamentais a um cálculo utilitarista e desconsiderar a existência de direitos absolutos e invioláveis. Entretanto, entende-se que tais críticas não merecem subsistir, porquanto, embora não possam ser atribuídos valores fixos aos princípios, a efeito de mensurá-los, isto não implica na incomparabilidade destes, devendo-se conferir à jurisdição a competência a proteção dos direitos fundamentais diante de medidas estatais demasiadamente onerosas e desproporcionais, notadamente a partir de uma argumentação racional sob a base das circunstâncias específicas dos casos concretos em que são colocados em colisões de direitos fundamentais. O problema não está no método, mas no incorreto emprego da ferramenta metodológica (Gavião Filho, 2011, p. 381).

Nessa linha de ideias, entende-se o teste da proporcionalidade como um procedimento analítico de tomada de decisão que não dita uma resposta correta, todavia fornece elementos, consubstanciados em três etapas de teste, para otimizar direitos fundamentais.

#### 4 Dignidade humana: direito relativo ou absoluto?

A partir de uma noção acerca da dignidade da pessoa humana e do teste da proporcionalidade, a questão central trazida à discussão no presente trabalho gira em torno da agregação dos mencionados temas no que diz respeito à possibilidade de submissão da dignidade da pessoa humana ao teste da proporcionalidade.

Com efeito, nota-se que, até então, inexiste consenso sobre a existência ou não de direitos fundamentais absolutos, tampouco acerca da definição da dignidade da pessoa humana como um direito fundamental relativo ou absoluto.

Destarte, antes de adentrar nos polos da discussão, é necessário consignar que, caso seja admitida a existência da absolutividade, há de se levar em consideração que

princípios absolutos nunca poderiam ser postos em uma relação de preferência para com outros princípios. Pois, numa colisão de princípios não é fixada uma relação de primazia *absoluta*, mas uma *condicionada*, com vistas às circunstâncias do caso" (Teifke, 2010, p. 181).

Ou seja, de acordo com um conceito absoluto, a dignidade da pessoa humana seria considerada como uma norma com precedência sobre todas as demais em qualquer caso, circunstância que implicaria impossibilidade de sua submissão ao teste da proporcionalidade, porquanto cada intervenção seria inconstitucional e importaria em violação à dignidade da pessoa humana, mesmo que devidamente justificada (Alexy, 2015, p. 13) (Grimm, 2014, p. 387). De outro lado, "a concepção relativa diz que saber se a dignidade humana foi violada é uma questão de proporcionalidade" (Alexy, 2015, p. 14), uma vez que a violação somente será aferida após a aplicação do teste, diante das circunstâncias do caso concreto.

A respeito, Barak (2012, p. 27), embora não se posicione diretamente sobre a dignidade da pessoa humana, alega que a maioria dos direitos fundamentais é relativa, pois não gozam de proteção total no âmbito infraconstitucional e, por conseguinte, sua limitação pode ser justificada. Todavia, o autor admite a existência de direitos absolutos, quando o escopo do direito fundamental estiver totalmente protegido na dimensão infraconstitucional.

Na mesma linha, Schauer (2014, p. 177) assevera que a utilização do teste da proporcionalidade reconhece, por si só, que os direitos fundamentais são tipicamente, mesmo que não necessariamente, não absolutos, ou seja, relativos.

Já no âmbito específico da dignidade da pessoa humana, Covarrubias Cuevas (2012, p. 466-469) defende uma versão garantista do teste da proporcionalidade, em detrimento da versão que denomina de otimizadora. Nessa senda, o teórico afirma que é inegável a existência de direitos absolutos, que devem ser plenamente resguardados e consistem na dignidade da pessoa humana e no núcleo essencial de todos os demais direitos fundamentais.

O próprio Tribunal Constitucional alemão, que é modelo na aplicação do teste da proporcionalidade, não se mostra definitivo quanto à sua aplicação nos casos em que a dignidade humana entra em cena, sinalizando, por vezes, que ela possui um caráter absoluto, como na decisão de 1973, sobre as gravações secretas (Alemanha, 1973), em que o tribunal enfatizou que não se justifica uma violação ao núcleo de proteção absoluta da autodeterminação privada, sendo este insuscetível de ponderação, fundada em proporcionalidade. Nesse sentido, Grimm (2014, p. 387) argumenta, com base nas decisões dos Tribunais Constitucional Federal alemão (Alemanha, 2004), que a dignidade humana é considerada um direito absoluto da Alemanha. Contudo, em outros casos, como na decisão de 1977, sobre a prisão perpétua (Alemanha, 1977), o Tribunal Constitucional parece orientar-se no sentido do caráter relativo da dignidade humana, considerando-a como um princípio que colide com o princípio da segurança pública e enfatizando que a dignidade humana não será considerada violada quando a conclusão da execução da pena se tornar necessária pelo perigo continuado representado pelo prisioneiro.

Na sequência, ainda merece enfoque uma decisão de 1978, em que o Tribunal Constitucional alemão posicionou-se quanto à inocorrência de violação da dignidade de um indivíduo acusado de um crime que, desde o momento em que foi preso, deixou crescer o seu cabelo e a sua barba e estava sendo compulsoriamente forçado a cortá-los para recompor sua aparência original, a efeito de permitir o seu reconhecimento por parte das testemunhas. No julgamento (Alemanha, 1977), o Tribunal Constitucional alemão entendeu que a medida não violava a dignidade do indivíduo preso, utilizando três decisivos argumentos que perpassam as etapas do teste da proporcionalidade: a) que a intervenção da medida possui intensidade relativamente baixa no caso; b) que o esclarecimento de crimes e a investigação de criminosos possuem vinculação com amplo interesse público, que deve ser ponderado com a dignidade da pessoa humana e c) que o propósito da medida não possui nenhuma vinculação com a intenção de humilhar o

acusado, bem como com nenhum outro objetivo reprovável, mas unicamente com a elucidação do delito. Essa decisão, em linhas gerais, entendeu como justificável a intervenção estatal, mesmo com a ocorrência de restrição no âmbito da dignidade humana do acusado, além de demonstrar a utilização da proporcionalidade.

A respeito desse tema, Sarmento (2016, p. 96-98) defende a concepção relativa da dignidade da pessoa humana, sustentando que se mostra inconciliável a adoção simultânea do amplo raio de incidência da dignidade humana, em vários domínios da vida, com o seu caráter absoluto, posto que a simultaneidade conduziria a resultados práticos inviáveis na complexa sociedade contemporânea. Assim, o teórico prefere a definição da dignidade da pessoa humana “como um princípio de amplo espectro de incidência, mas relativo, do que tratá-la como um comando absoluto, mas de abrangência restrita” (Sarmento, 2016, p. 96).

Ademais, Sarmento (2016, p. 99) acrescenta que:

Em que pese a sua relevância ímpar, o princípio da dignidade da pessoa humana não possui natureza absoluta, sujeitando-se também a eventuais restrições e ponderações. Há, porém, algumas concretizações da dignidade humana que são absolutas, como a vedação da tortura. De todo modo, quanto efetivamente implicada em conflito principiológico, a dignidade humana tende a assumir peso muito elevado, o que leva a prevalecer quase sempre nos processos de ponderação.

Por seu lado, Barroso (2010, p. 14-15) também destaca que, embora seja qualificada como um valor ou princípio fundamental do ordenamento jurídico pátrio, a dignidade da pessoa humana não tem caráter absoluto. O autor frisa, ademais, que ela deva ter precedência na maior parte das situações, todavia, em alguns casos, específicos aspectos, especialmente relevantes da dignidade humana, poderão ser sacrificados em prol de outros valores individuais ou sociais.

Outrossim, Alexy (2008, p. 113-114) lança a ideia acerca do caráter dúplice da dignidade humana, a qual se consubstancia em uma norma que pode figurar como regra e como princípio e, neste âmbito, não possui um contorno absoluto<sup>6</sup>. Em síntese, Alexy (2008, p. 114) propõe que a norma da dignidade da pessoa humana não é absoluta, causando essa falsa impressão em razão dos casos em que aparece como regra e em decorrência do seu elevado grau de precedência em face dos outros princípios.

Seguindo o posicionamento acima referido, Sarlet (Sarlet, 2015-B, p. 101) também sustenta que a dignidade da pessoa humana possui uma dupla natureza, de princípio e de regra. Por conseguinte, Sarlet (2015-B) salienta que a dignidade da pessoa humana se consubstancia em um direito fundamental relativo que pode ser exposto ao teste da proporcionalidade na sua condição de princípio, devendo, todavia, ser resguardado o seu núcleo essencial, que possui estatura normativa de regra.

Isso porque, na condição de princípio, é possível – e até mesmo necessário – admitir a existência de alguma margem para a interpretação e aplicação da dignidade da pessoa humana, enquanto, de outro lado, na condição de regra, atua como fundamento para a proibição de determinadas condutas, em relação às quais a ordem jurídica não admite restrição ou limitação da dignidade humana, não cabendo recorrer a um juízo de ponderação.

Nesse sentido, exemplifica Sarlet (Sarlet, 2015-B, p. 107) que, no ordenamento jurídico pátrio, a vedação da tortura, prevista no artigo 5º, inciso III da Constituição Federal, encontra-se estabelecida por norma de direito fundamental específica, com estrutura de regra, pois se trata de norma proibitiva de uma determinada conduta, funcionando como cláusula de barreira e estabelecendo

<sup>6</sup> A propósito, o autor deixa saber que “[...] é necessário que se pressuponha a existência de duas normas da dignidade humana: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana. A relação de preferência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios determina o conteúdo da regra da dignidade humana. Não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência. O princípio da dignidade humana pode ser realizado em diferentes medidas. O fato de que, dadas certas condições, ele prevalecerá com mais grau de certeza sobre outros princípios não fundamenta uma natureza absoluta desse princípio, significando apenas que, sob determinadas condições, há razões jurídico-constitucionais praticamente inafastáveis para uma relação de precedência em favor da dignidade humana. Mas essa tese sobre a existência de uma posição nuclear também vale para outras normas de direitos fundamentais” (Alexy, 2008, p. 113-114).

um território proibido em que o Estado não pode intervir e onde, além disso, incumbe-lhe assegurar a proteção da pessoa. A regra diz respeito justamente ao que poderia se inserir no âmbito do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana (Sarlet, 2015-B, p. 109).

Ademais, Sarlet (2015-B, p. 99) elucida que se mostra inegável que a prisão de um indivíduo, no contexto brasileiro de superlotação de presídios, onde os detentos são, inevitavelmente, submetidos a condições degradantes e desumanas, configura uma violação à dignidade da pessoa humana, mesmo que amparada no sistema jurídico e justificada na necessidade da proteção da vida, da liberdade, da segurança e da dignidade dos demais indivíduos.

Assim, acrescenta Sarlet (2015-B, p. 117) que – de um modo geral – as teorias que pregam o caráter absoluto da dignidade da pessoa humana, considerando-a imune a limitações e, por conseguinte, imponderável, partem de uma concepção minimalista de seu conceito, reconhecendo como direito inviolável apenas o seu núcleo essencial, de forma que apenas a esfera nuclear da existência humana seria objeto de proteção absoluta, mesmo nesse modelo. É que se entender a dignidade humana como direito absoluto implica que qualquer restrição ou limitação é uma violação não justificada, exatamente porque se cuida de um trunfo. Essa formulação tem consequências importantes. Em primeiro lugar, resulta que se, em um ordenamento jurídico, a dignidade é reconhecida como direito absoluto, somente ela, e nenhum outro direito fundamental, pode aspirar esse caráter de absolutividade. A conclusão de Grimm (Grimm, 2014, p. 389), por exemplo, é a de que, no Direito Constitucional alemão, a dignidade humana não é um direito preferencial em relação aos outros direitos fundamentais, mas o único direito absoluto. Outra consequência é que, se a dignidade humana é um direito absoluto, necessariamente ele não tem um escopo de proteção amplo, mas estreito. Esse é o preço a ser pago pelo seu caráter absoluto. Com um escopo de proteção estreito e limitado, não muitos são os casos em que os tribunais

constitucionais reconhecem violação à dignidade humana (Grimm, 2014, p. 389). A formulação é a de que a violação da dignidade humana, assim entendida, é reservada para os casos de grandes ataques à humanidade. O resultado ao final é que a proteção da liberdade de ação geral das pessoas não é garantida pela dignidade humana, mas por outros direitos fundamentais mais específicos, estes sim relativos e sujeitos ao teste da proporcionalidade (Grimm, 2014, p. 390).

Então, a questão central é determinar se o escopo de proteção da dignidade humana é amplo ou estreito. Se tomada em sentido estreito, o campo de proteção será limitação e não muitos serão os casos de violação da dignidade humana. Os casos de tortura, de ameaça de tortura, os tratamentos cruéis, degradantes e desumanos reúnem circunstâncias claras de violação da dignidade humana, notadamente por representar negação do *status jurídico* da pessoa, da sua presença moral na sociedade e do seu *status de humanidade* no sentido de controlar sua própria existência como ser humano (Waldron, 2012, p. 201-202). Mas, em outros tantos casos, como os relativos à pesquisa científica, à manipulação genética, à biotecnologia e à biomedicina (Novais, 2017, p. 176-177), tomada a dignidade humana em sentido estreito, a proteção jurídica seria intensamente controvertida. O resultado poderia ser a negativa de proteção jurídica à dignidade humana. Por isso mesmo, um maior grau de proteção jurídica parece ser alcançável se lhe reconhecer um escopo amplo e admitindo-se, conforme as circunstâncias concretas, limitações ou restrições, garantida a intangibilidade do núcleo essencial da dignidade humana.

Desse modo, tomada a dignidade humana como direito de escopo amplo, fica admitida a aplicação do teste da proporcionalidade e o seu reconhecimento como direito fundamental com caráter de regra e de princípio.

## 5 Considerações finais

A presente investigação tratou da discussão em torno da aplicação do teste da proporcionalidade como metodologia para a justificação racional de intervenções ou restrições na dignidade humana.

O desenvolvimento do tema teve, como ponto de partida, formulações em torno do significado da dignidade humana, primeiro em uma perspectiva filosófica e, segundo, na perspectiva jurídica. Assumida a complexidade da determinação do significado da dignidade humana, notadamente em razão dos diferentes usos que o conceito admite, reconheceu-se a influência kantiana como decisiva, com base nas ideias de autonomia e autodeterminação para cada um, conforme seus próprios juízos, sob a base de princípios universais. A dignidade é essencial do ser humano racional, que, por isso mesmo, jamais pode ser tomado como meio para realizações de fins, mas um fim em si.

O resultado da positividade da dignidade na ordem jurídica dos Estados constitucionais leva à sua significação jurídica. Uma disposição jurídica constitucional da dignidade humana tem, como significado, vinculatividade jurídica. Dignidade humana significa dever estatal de respeito e proteção. Ao Estado fica colocado o dever jurídico de não violar a dignidade humana e também o dever de impedir ação de terceiros incompatíveis com a dignidade humana.

Essa formulação sugere que a positivação da dignidade humana em uma constituição autoriza o reconhecimento de um direito absoluto. Com isso, estaria afastada qualquer possibilidade aplicação do teste da proporcionalidade para analisar a justificação de intervenções ou restrições estatais à dignidade humana.

Assumida a formulação de que o teste da proporcionalidade é a metodologia adequada para aferir a justificação de intervenções ou restrições a direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos, desenvolveu-se a tese de que disposições jurídicas constitucionais da dignidade humana podem ser interpretadas tanto para deixar formular direitos absolutos como direitos relativos.

Assim, é possível estabelecer que a dignidade humana é um direito fundamental relativo e flexível que possui um caráter dúblice, isto é, de princípio e de regra. Desse modo, a dignidade humana é plenamente compatível com o teste da proporcionalidade, o qual, aliás, pressupõe a existência apenas de direitos relativos suscetíveis de ponderação.

Conclui-se, ademais, que a dignidade da pessoa humana atua, em maior extensão, como princípio, mas possui um núcleo essencial que é inatingível e atua como regra. Tal conteúdo básico – assegurado em nível absoluto pelo núcleo – não é definido previamente, e sim casuisticamente, a partir da aplicação do teste da proporcionalidade, que define, diante das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso, o conteúdo mínimo da dignidade humana.

Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana é uma garantia relativa que admite a submissão ao teste da proporcionalidade e, em sua condição de princípio, comporta vários níveis de realização, sendo que a sua eventual violação deve ser verificada à luz do caso concreto.

Com isso, fica assegurada a compatibilidade entre dignidade humana e proporcionalidade.

## Referências

ALEMANHA. Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha. **Decisão BVerfGE 34, 238**, 1973.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha. **Decisão BVerfGE 45, 187**, 1977.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha. **Decisão BVerfGE 47, 239**, 1977.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha. **Decisão BVerfGE 109, 279**, 2004.

ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. Tradução: Rogério Luiz Nery da Silva. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). **Dignidade da Pessoa Humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo.** 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALLAN, Trevor Robert Seaward. Democracy, Legality, an Proportionality. In: HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W.; WEBBER, Grégoire. **Proportionality and the Rule of Law:** Rights, Justification, Reasoning. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 205-233.

BARAK, Aharon. **Proportionality:** constitutional rights and their limitations. Trad. Doron Kalir. Cambridge, U.K. New York: Cambridge University Press, 2012.

BARAK, Aharon. **Human dignity.** Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo:** Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. 2010. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/publicacoes/>. Acesso em: 02 jul. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicacomposto.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacomposto.htm). Acesso em: 02 jul. 2019.

COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. **Proportionality and Constitutional Culture.** New York: Cambridge University Press, 2013.

COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio. La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos em su formulación y aplicación. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, v. 39, n. 2, p. 447-480, 2012.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GRIMM, Dieter. Dignity in Legal Context: Dignity as an Absolut Right. In: McCRUDDEN, Christopher (Ed.). **Understanding Human Dignity**. Oxford: Oxford University Press, p. 381-391, 2014.

KANT, Immanuel. **La metafísica de las costumbres**. 3 ed. Madrid: Tecnos, 1999.

MÖLLER, Kai. US Constitutional Law. Proportionality and the Global Model. In:

**Proportionality: New Frontiers, New Challenges**. Edited by: Vicki C. Jackson; Mart Tushnet, Cambridge University Press, United Kingdom, 2017.

NOVAIS, José Reis. **A dignidade da pessoa humana**. Lisboa: Almedina, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015-A.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana: notas em torno da discussão sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). **Dignidade da Pessoa Humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015-B.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2016.

SCHAUER, Frederick. Proportionality and the question of weight. In: HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W.; WEBBER, Grégoire. **Proportionality and the Rule of Law**: Rights, Justification, Reasoning. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 173-185.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SWEET, Alec Stone; MATHEUS, Jud. **Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism**. 2008. Disponível em: Works. bepress/alec\_stone\_sweet/11. Acesso em: 15 maio 2019.

TEIKFE, Nils. Flexibilidade da dignidade humana? Para a estrutura do artigo 1, alínea 1, da lei fundamental. Tradução: Roberto José Ludwig. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural Direito positivo Direito Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

WALDRON, Jeremy. How law protects dignity. **The Cambridge Law Journal**, 71, p. 200-220, 2012.