

 **PDF Complete**  
*Your complimentary use period has ended.  
Thank you for using PDF Complete.*

[Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features](#)



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS  
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD  
MESTRADO EM DIREITO**

**MANUELA GATTO SANTA RITA DE SOUZA**

**A IMPORTÂNCIA DA APLICABILIDADE DO ðPRINCÍPIO DA DIGNIDADE  
DA PESSOA HUMANAð NAS ATUAIS DECISÕES JUDICIAIS FRENTE À  
INEFETIVIDADE DAS REGRAS JURÍDICAS EXISTENTES.**

Maceió, Alagoas

2010



**TO SANTA RITA DE SOUZA**

**A IMPORTÂNCIA DA APLICABILIDADE DO ðPRINCÍPIO DA DIGNIDADE  
DA PESSOA HUMANAð NAS ATUAIS DECISÕES JUDICIAIS FRENTE À  
INEFETIVIDADE DAS REGRAS JURÍDICAS EXISTENTES.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas . UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

**Orientador: Prof. Dr. Marcos Bernardes de Mello**

Maceió, Alagoas

2010

**Catálogo na fonte**  
**Universidade Federal de Alagoas**  
**Biblioteca Central**  
**Divisão de Tratamento Técnico**  
**Bibliotecária: Helena Cristina Pimentel do Vale**

S729i Souza, Manuela Gatto Santa Rita de.  
A importância da aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana nas atuais decisões judiciais frente à inefetividade das regras jurídicas existentes / Manuela Gatto Santa Rita de Souza. 2010.  
126 f.

Orientador: Marcos Bernardes de Mello.  
Dissertação (mestrado em Direito) — Universidade Federal de Alagoas.  
Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2010.

Bibliografia: f. 112-116.  
Anexos: f. 177-126.

1. Direitos humanos. 2. Dignidade humana. I. Título.

CDU: 342.7

MANUELA GATTO SANTA RITA DE SOUZA

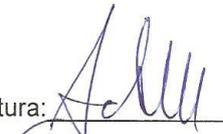
**A IMPORTÂNCIA DA APLICABILIDADE DO “PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA  
PESSOA HUMANA” NAS ATUAIS DECISÕES JUDICIAIS FRENTE À  
INEFETIVIDADE DAS REGRAS JURÍDICAS EXISTENTES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

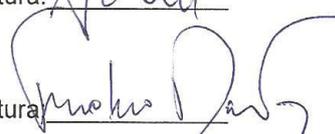
Orientador: Professor Doutor Marcos Bernardes de Mello

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Mestrado, e a julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Andreas Joachim Krell (UFAL)

Julgamento: Aprovada Assinatura: 

Prof. Dr. Frederico Wildson da Silva Dantas (UFAL)

Julgamento: APROVADA Assinatura: 

Profa. Dra. Erinalva Medeiros Ferreira (FAL)

Julgamento: APROVADA Assinatura: 

Menção Geral: APROVADA

Maceió, 02 de julho de 2010.



*Your complimentary  
use period has ended.  
Thank you for using  
PDF Complete.*

[Click Here to upgrade to  
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

Ao meu marido Marcus e à minha filhinha Laís,  
razões de minha vida.

## AGRADECIMENTOS

A Deus pelas oportunidades que são reveladas constantemente em minha vida. Ao meu anjo da guarda que nunca me faltou.

Ao meu orientador prof. Dr. Marcos Mello, por quem já tinha uma admiração ímpar. Tive a honra de ser orientada por este Mestre durante o curso do Mestrado de forma cuidadosa, criteriosa e acima de tudo, sempre me apoiando e me encorajando a continuar em frente. Obrigada!

Aos meus pais, Marcos e Lícia, que sempre com maturidade e sabedoria, souberam me acalmar, vibraram e torceram por minhas vitórias. À minha irmã Marina, ao meu cunhado Paka e à minha vó Maria pelo carinho de sempre.

A todos os professores do Programa de Pós-graduação em Direito Público da UFAL que transmitiram seus conhecimentos de forma admirável e que fizeram destes dois anos de estudo um momento especial de aprendizado em minha vida acadêmica, notadamente aos membros de minha banca examinadora, pelas inestimáveis sugestões feitas para o aprimoramento deste estudo.

À Giovanna, pelo carinho e apoio na Secretaria do Mestrado.

À colega Maria Luiza, pelos empréstimos dos excelentes livros que foram fundamentais para a conclusão deste trabalho.

Aos meus colegas de Mestrado: Ana Cecília, Eduardo Lyra, Ivânia, Fernando Falcão, Mariana, Virgínia, Larissa, Sidney, Flavio, Nilzete, Thomé, Viviane e em especial à amiga Helenice, que com sua amizade e paciência, ouviu as minhas angústias, debatia o assunto comigo inúmeras vezes, apoiava e criticava, quando entendia necessário, tornando-se uma verdadeira irmã.

Meu reconhecimento e gratidão às Faculdades FAL, FAMA e à Maurício de Nassau bem como a todos os meus alunos que sempre acreditaram que este sonho era possível; foram compreensíveis nas minhas ausências em função do Mestrado e foram motivadores na minha labuta diária.



**PDF**  
Complete

*Your complimentary  
use period has ended.  
Thank you for using  
PDF Complete.*

[Click Here to upgrade to  
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

El único deber humano es ser feliz...la condición de cumplimiento de dicho deber estriba en que las condiciones de vida del sujeto lo hagan posible.

Eugenio Trías



Your complimentary  
use period has ended.  
Thank you for using  
PDF Complete.

[Click Here to upgrade to  
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

## RESUMO

O presente estudo tem por objetivo delimitar o conteúdo básico do princípio da dignidade da pessoa humana, mediante as análises dogmática, doutrinária e da casuística no tocante ao tema proposto. A partir de um esboço histórico acerca do princípio constitucional, traçaremos seu conteúdo e especificações no seio da ordem constitucional brasileira. Serão estudados os limites, especialmente decorrentes da práxis jurisprudencial, quando em confronto com outros princípios. Neste ponto, a possibilidade de se ponderar a dignidade da pessoa humana tem o importante mister de fortalecer o caráter jurídico – e não meramente programático – do princípio constitucional bem como de seu conteúdo. Frisaremos, ainda, o mínimo intangível da dignidade humana, que, se descumprido, não poderá ser tido como aplicado o preceito constitucional, devendo o Judiciário intervir para a proteção do cidadão no caso concreto. Ademais, serão abordadas possibilidades para a efetivação do princípio em seu grau máximo, mormente frente à reserva do possível, que muitas vezes não passa de um argumento frívolo utilizado pelo Estado na tentativa de justificar seu ilegítimo descumprimento aos preceitos mais caros à Constituição.

Palavras-chave: Constituição Federal/1988; Normas; dignidade da pessoa humana; princípios constitucionais; neo-positivismo;



*Your complimentary  
use period has ended.  
Thank you for using  
PDF Complete.*

[Click Here to upgrade to  
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

## ABSTRACT

The present study has the objective of limit the basic content of the human dignity principle, with the analysis of the dogmatic, doctrin and the jurisprudence about the theme. From a historic research about the constitucional principle, the writer will limit it's content and specifications in the brazilian constitucional law. We will study the limits, specially from the jurisprudence, when in confrontation with other principles. At this point, the possibility of considerate the human dignity has the important function of strenght the juridical character – and not only programatic – of the human dignity and it's content. We will also focus on the minimal content of human dignity that, if not observed, the Judiciary shall act. After all, the study will approach possibilities to the effectiveness of the principle at it's maximum point, specially face of the costs of rights, that, many times, are only frivolous argument used by state, trying to justify it's unlawful breach of the Constitution.

**KEY-WORDS:** Federal Constitucion/1988; Law; Human dignitiy; Constitucional principles; new positivism.

INTRODUÇÃO.....	10
<b>1 CAPÍTULO - O IMPORTANTE PAPEL SOCIAL DO DIREITO</b>	
1.1 Direito e sociedade.....	12
1.2 Fenômeno jurídico: objeto em constante construção.....	21
1.3 O insuficiente positivismo jurídico.....	27
<b>2 CAPÍTULO 6 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO DIREITO FUNDAMENTAL</b>	
2.1 Teoria da Norma Jurídica: distinção necessária entre regra e princípio.....	34.
2.1.1 Regras e Princípios na visão de Robert Alexy.....	35
2.1.2 Críticas à teoria Tradicional de Robert Alexy.....	37
2.2 Em busca da definição de princípio.....	39
2.3 O princípio da dignidade da pessoa humana 6 Um direito fundamental.....	43
2.3.1 Conceito e natureza jurídica da dignidade da pessoa humana.....	49
2.4 A noção de direitos fundamentais conforme Robert Alexy.....	58
2.4.1 Conceito de norma .....	58
2.5 O mínimo existencial .....	61
2.6 A nova visão do princípio da dignidade da pessoa humana: a possibilidade de sua relativização.....	62
<b>3 CAPÍTULO 6 EM BUSCA DA EFETIVIDADE SOCIAL: APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA</b>	
3.1 Distinções entre eficácia e efetividade social.....	65
3.2 O panorama constitucional contemporâneo: reconhecimento da função normativa dos princípios e a dignidade da pessoa humana como legado moderno.....	73
3.3 A nova interpretação constitucional: possibilidade de aplicação dos princípios frente à inefetividade das regras jurídicas.....	81
3.4 Aplicabilidade direta e imediata do princípio da dignidade da pessoa humana como verdadeiro direito fundamental e a importância do Poder Judiciário nesta efetivação.....	85

o Magistrado prestando a tutela jurisdicional .....	88
---	----

3.5 A importância da aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana como fonte garantidora das soluções quando da existência de normas inefetivas.....	93
---	----

#### **4 CAPÍTULO 6 INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: ANÁLISE DE CASOS PRÁTICOS**

##### Análise da prática jurisprudencial em Alagoas

Caso concreto 1: Possibilidade de levantamento de FGTS para portador de HIV.....	96
Caso concreto 2: Preferência na ordem de precatório em vista de doença grave.....	97
Caso concreto 3: Manutenção do benefício suspenso arbitrariamente pelo INSS.....	98
Caso concreto 4: Liberdade provisória de traficante portadora de doença grave.....	100
Caso concreto 5: Prisão arbitrária de gerente de banco por determinação judicial .....	101
Caso concreto 6: Dano moral, material e estético- afastamento da prescrição bienal do art. 7º XXIX da CF/88.....	103

<b>CONCLUSÃO</b> .....	108
------------------------	-----

<b>REFERÊNCIAS</b> .....	112
--------------------------	-----

#### **ANEXOS**

Anexo A .....	118
Anexo B .....	124

## INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como tema a importância da Aplicabilidade do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana nas Atuais Decisões Judiciais frente à Inefetividade das Normas Jurídicas Existentes, sendo observado que esse princípio está inserido nos direitos fundamentais, ou melhor, é o princípio basilar de todos esses, que são de suma importância diante de todas as normas e leis jurídicas presentes em nosso ordenamento jurídico. A finalidade desse trabalho é de mostrar a importância que têm a aplicação desse princípio fundamental em decorrência de normas jurídicas pertinentes ao assunto que não estão sendo efetivadas, mostrando que o Poder Público deve proteger os direitos e garantias consagradas na Constituição Federal e assim tendo como resultado o amparo à dignidade da pessoa humana.

É lembrado que nenhuma disposição normativa inferior ou superior pode deixar de seguir as orientações das regras guardadas no bojo da Constituição Federal, sob pena de gerar transgressões das piores resoluções para o ordenamento jurídico.

Os princípios constitucionais têm um sentido mais relevante que o da própria regra jurídica e serve de base para a prática da justiça, pois são tidos como preceitos fundamentais para a concretização da mesma em virtude de serem considerados perfeitos axiomas jurídicos.

O Direito não está estagnado, ele é caracterizado pelo seu caráter evolutivo e dinâmico, os magistrados em suas decisões não podem se ater somente às leis positivadas, uma vez que muitas delas mesmo existindo não surtem os efeitos esperados, dificultando assim o processo de transformação dos operadores de direito como também da própria sociedade e do Poder Público, onde todos devem visualizar um novo universo jurídico, ou seja, onde os valores firmados pela sociedade em geral estão sendo cada vez mais transformados pela aplicação dos princípios constitucionais essenciais nas decisões judiciais.

As decisões jurídicas, da menor e da maior importância, produzidas nos diversos juízos ou tribunais, têm os seus fundamentos sedimentados no ordenamento constitucional e obedecem às diretrizes compreendidas na principiologia informadora do sistema de direito estabelecido pela sociedade organizada do Estado.

é analisar que concretamente as decisões judiciais aplicação dos princípios dando uma conotação especial ao da dignidade da pessoa humana, acendendo a possibilidade de decisões e entendimentos novos por parte dos magistrados em ver que numa decisão judicial deve haver a ponderação de interesses, sendo prestada a tutela jurisdicional efetiva e sendo observado que o princípio da dignidade da pessoa humana é direito básico, devendo sempre estar em primeiro plano.

O primeiro capítulo tem como finalidade apresentar o papel social Direito, com um enfoque histórico e doutrinário, abordando as teorias clássicas e modernas sobre o tema.

O segundo capítulo definirá o que são os princípios gerais do Direito, praticando a análise de sua importância por serem elementos fundadores do ordenamento jurídico existente, mostrando seus diferentes tipos, funções e adaptações. Traremos também a dicotomia regra/princípio, com posicionamentos da doutrina sobre a pertinência de tais classificações Assim como tratará do princípio da dignidade da pessoa humana, conceituando o mesmo, mostrando parcialmente sua origem histórica e demonstrando a nova visão desse princípio no atual cenário jurídico, pois esse princípio trata de direitos basilares, onde também será vista a relativização do mesmo e os limites que ao mesmo podem ser impostos, para que não se caracterize uma situação imperiosa, devendo todos ter os seus direitos e deveres assegurados, sejam eles particulares ou coletivos.

O terceiro capítulo vai tratar da superioridade que possui o princípio da dignidade da pessoa humana e sua aplicação, onde será tratado que esse princípio veio para ser um meio de enfrentamento ao poder estatal quanto ao sistema que é muitas vezes omissivo ao sujeito em concretizar os seus anseios, sendo o princípio estudado, garantidor de proteções e direitos que são pertinentes à pessoa e que sem eles não poderá haver um mínimo de existência digna ao indivíduo, mostrando os conceitos de eficácia e efetividade jurídicas e suas diferenças, com o apontamento da importância do uso da ponderação pelo magistrado em suas decisões, decorrendo numa prestação jurisdicional ativa e indicando finalmente que a aplicação do princípio da dignidade da



**PDF**  
Complete

*Your complimentary  
use period has ended.  
Thank you for using  
PDF Complete.*

[Click Here to upgrade to  
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

do soluções para os conflitos existentes, brotando

No mesmo capítulo, demonstraremos a fundamental importância do Poder Judiciário; a este deve estar sendo imposta a condição inafastável de conhecimento e importância da aplicabilidade do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana pertinente aos diferentes campos dos direitos fundamentais, cabendo propiciar verdadeira honestidade em suas decisões.

Por fim, apresentaremos a incidência do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, com análise concreta do posicionamento dos tribunais sobre a aplicação da interpretação constitucional baseada nos princípios, especialmente o da Dignidade da Pessoa Humana.

Quando se fala em Direito, uma das primeiras noções que tradicionalmente a ele se pode ligar é a da sociedade. Não há sociedade sem Direito, nem Direito sem sociedade: tal brocardo representa uma quase unanimidade na teoria clássica do Direito. Todavia, algumas observações devem ser feitas, a título de introdução ao tema. Primeiramente, quando se fala em sociedade, o que se está a falar, em realidade, é da sociedade civil.

Tomando esse conceito pelo pensamento de Hobbes, a sociedade civil surge em contraposição ao Estado de Natureza, onde os indivíduos viviam em guerra permanente, a chamada *guerra de todos contra todos*, onde o *homem era o lobo do homem*. Não havia, destarte, um regulamento social capaz de impedir a barbárie. Hobbes, quando aborda o surgimento do Estado Civil, justifica-o da seguinte maneira:

O fim último, causa final e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita.<sup>1</sup>

Em análise ao pensamento hobbesiano, Marilena Chauí aduz que o dito estado de natureza evidenciava:

Uma percepção do social como luta entre fracos e pobres, vigorando a lei da selva ou o poder da força. Para fazer cessar este estado de vida ameaçador e ameaçado, os humanos decidem passar à sociedade civil, isto é, ao Estado Civil, criando o poder político e as leis.<sup>2</sup>

Continuando sua exposição, a autora identifica, com isso, a formação de um contrato ou pacto social, com a conseqüente criação do Estado e a transferência do poder (no âmbito jurídico, da formulação e aplicação do Direito) a esse ente:

Para Hobbes, os homens reunidos numa multidão de indivíduos, pelo pacto, passam a constituir um corpo político, uma pessoa artificial criada pela ação humana e que se chama Estado. (...) A sociedade civil é o Estado propriamente dito. Trata-se da sociedade vivendo sob o direito civil, isto é, sob as leis promulgadas e aplicadas pelo soberano.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad. De: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p.103.

<sup>2</sup> CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 8 ed. São Paulo: Ática, 1997. p.339

<sup>3</sup> *Ibid.*, p.400.

passagem do Estado de Natureza, onde os homens  
original<sup>4</sup>, para o Estado de Sociedade, marcada pela  
noção de propriedade (protegida apenas pela força, sem o Direito), força o homem a  
criar o Estado Civil, por questão de sobrevivência. Aduz no sentido da necessidade de  
um contrato social entre os homens, que:

(...) recobrando sua liberdade pelo mesmo direito pelo qual lhe foi tomada, ou  
é porque ele tem direito a retomá-la ou porque não lhe pode mais ser negada.  
Mas a ordem social é um direito sagrado que serve de base a todos os outros.  
Entretanto esse Direito não é proveniente da natureza; funda-se em  
convenções<sup>5</sup>.

Nesse sentido Marilena Chauí acentua que o Estado de Natureza de Hobbes e o  
Estado de sociedade de Rousseau evidenciam uma sociedade pautada no poder da força  
em que os mais fortes dominavam e oprimiam os mais fracos. A sociedade civil surgiu  
como uma decisão humana de fazer cessar o estado de vida baseado na relação entre  
ameaçador e ameaçado com o objetivo de criar o poder político e as leis<sup>6</sup>.

Assim, é de se afirmar que se não pode olvidar da necessária relação existente entre  
um Direito (um porque é o Direito de uma dada sociedade, e não de todas as  
sociedades) e a sociedade à qual ele se destina. Nesse sentido, vale registrar a passagem  
de Domenico Broussard, ao abordar o caráter simplista do fundamento do Direito, dado  
pela doutrina tradicional. Esclarece o aludido autor:

Quando o jurista se pergunta sobre o fundamento do Direito, geralmente a  
resposta é uma resposta banal e banalmente sociológica: *ubi societas, ibi jus*  
(onde está a sociedade lá está o direito). Eis, chover no molhado ó a descoberta  
do Brasil... Uma tautologia infeliz, uma equivocada lição de um professor  
enfastiado, uma lição expressa naquela aura solene que se cria em torno da  
ciência e que não é nada senão o triste bolor acadêmico. Só isso? Não, nada  
disso. O jurista tradicional vai além, consegue esquecer a relação entre direito e  
sociedade. Ele isola, separa o direito da sociedade, dos problemas econômicos  
e políticos da sociedade, problemas de riqueza e pobreza, porque há os ricos e  
os menos ricos e os pobres...<sup>7</sup>.

Em oposição a essa noção de sociedade civil, criada como fruto da razão e da  
disposição dos homens em busca de um elemento que lhes traga a possibilidade de  
atingir seus objetivos, nasce a teoria neoliberal ó tendo como seus expoentes Friedrich

<sup>4</sup> Ibid. p. 399.

<sup>5</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social e discurso sobre a economia política*. Trad. De: Márcio Pugliesi e Noberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, s/d. p. 18.

<sup>6</sup> Op.cit., p. 400.

<sup>7</sup> CORRADINI BROUSSARD, Domenico. *Os direitos fundamentais e o primeiro dever fundamental*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, n.30, a.30, 2001,p.13.

ca o mercado como o motor das relações humanas, a mais importante por esta ótica. O mercado seria então, o responsável pela guarida à *ordem natural das coisas*, e neste ponto, o desmonte do Estado, da sociedade civil criada pela razão, é imprescindível.

Friedrich Hayek, sustentando que a sociedade não pode ser vista como algo construído, mas sim como manifestação de uma ordem espontânea, critica a abordagem racionalista apontando-a como um retrocesso do modo de pensar antropomórfico de eras anteriores. A abordagem racionalista desenvolvia a idéia de que a origem de todas as instituições da cultura é a invenção ou a criação racional. Foi desenvolvida como se moral, religião, direito, linguagem, escrita, moeda e mercado fossem interpretados como conceitos construídos deliberadamente por alguém; ou pelo menos, derivavam da criação intencional. Essa abordagem intencionalista ou pragmática da história foi amplamente difundida na idéia da formação da sociedade por meio de um contrato social, primeiramente, com Hobbes, depois com Rousseau (seguidor de Descartes).<sup>8</sup>

Esclarece o referido autor para corroborar seu raciocínio de defesa da sociedade como manifestação de uma ordem espontânea, o que entende por ordem espontânea e explica a razão em não acreditar em uma ordem social construída:

Por ordem designaremos sempre uma condição em que múltiplos elementos de vários tipos se encontram de tal maneira relacionados entre si que, a partir de nosso contato com uma parte espacial ou temporal do todo, podemos aprender a formar expectativas corretas com relação ao restante ou, pelo menos, expectativas que tenham probabilidade de se revelar corretas. No entanto, essa conotação autoritária do conceito de ordem deriva inteiramente da idéia de que a ordem só pode ser criada por forças externas ao sistema (ou exógenas). Não se aplica a um equilíbrio criado a partir de dentro (ou endógeno), como aquele que a teoria geral do mercado procura explicar.<sup>9</sup>

Friedrich Hayek afirma que a concepção de ordenação intencional é refutada pelos seguidores da liberdade e aceita pelos adeptos do autoritarismo. Segundo uma interpretação autoritária a ordem se estabelece numa relação hierárquica ó onde há mando e obediência, há vontade dos superiores, e em última instancia, há alguma autoridade suprema única a qual estabelece o que cada indivíduo deve fazer.

<sup>8</sup> HAYEK, Friedrich August Von. *Direito, legislação e liberdade*. Trad. de: Anna Maria Capovilla, (et alii). São Paulo: Visão, 1985, p.4 e5.

<sup>9</sup> Op. Cit., p.36-37

dem a que se refere Hayek, a ordem espontânea, é como as manifestações do mercado, fio-condutor da relação social por esse pensamento. Ocorre que as coisas não devem passar dessa maneira, sobretudo pela perversidade de deixar o mercado comandar a vida em sociedade, como faz hoje, justamente porque exclui, retira do cidadão esta sua qualidade (de ser cidadão, simplesmente pelo fato de estar em sociedade), para atribuir cidadania àqueles que, além de estarem em sociedade, possam ajudar a engrenagem do *deus-mercado* a funcionar. Assim, para ser cidadão por esta visão, para o homem ser sujeito de direitos e por eles exigir e clamar, não basta que viva em sociedade; precisa-se de algo mais: precisa, o indivíduo, poder (economicamente falando) agir dentro das normas produzidas, espontaneamente, pelo mercado, substituto por excelência do Estado no comando da vida dos cidadãos. Está-se, hoje, pelo viés neo-liberal, diante de uma que não é , enquanto concebida no pensamento liberal; de uma, então, *cidadania condicionada aos elementos mercadológicos*, pois, preenchidas determinadas condições, confere-se, ao indivíduo, a qualidade de ser cidadão.

Todavia, Friedrich Hayek se deixa trair por suas próprias palavras, deixando transparecer a ideologia neoliberal de exclusão pela vitória do mais forte, daquele que, economicamente, pode mais, bem como a pretensão de uma teoria totalizante, onde todos devem caminhar da mesma maneira e almejar os mesmos objetivos que naturalmente, são ditados pela matriz mercadológica:

Afirmar que devemos planejar deliberadamente a sociedade moderna porque ela se tornou tão complexa é, portanto, paradoxal, e resulta de uma total incompreensão dessas circunstâncias. Ao contrário, só podemos preservar uma ordem de tal complexidade não pelo método que consiste em dirigir seus membros, mas indiretamente, fazendo cumprir e aperfeiçoando as normas que propiciam a formação de uma ordem espontânea. (...) A ordem espontânea advém do fato de cada elemento contrabalançar todos os vários fatores que sobre ele atuam, e ajustar todas as suas ações umas às outras, equilíbrio que será destruído se algumas das ações forem determinadas por outro agente com base em outros conhecimentos e a serviço de objetivos diferentes.<sup>10</sup>

A representação da realidade feita pelo neoliberalismo coloca o mercado como cerne, como centro prescritivo da escala de valores e regras as quais os homens devem viver. É o neoliberalismo que estabelece uma visão unilateral que determinada classe de homens, preocupados com a satisfação de seus próprios interesses pessoais, e que pretendem preponderá-los em face dos interesses universais do gênero humano. Essa visão, para Plauto Faraco de Azevedo, tem o condão de pôr fim à história. Para o

---

<sup>10</sup> Op. Cit.,52-53.

ato-regulador do mercado, resulta no contraste com e de miséria. E que, o discurso do mercado sem amarras neoliberaló advindo do período do liberalismo estrito ó vem com algumas inovações, tais como: as privatizações, a desregulamentação da economia e a globalização - alardeadas como òvirtudesö da modernidade, mas que na verdade, para o autor, são um retrocesso às conquistas dos movimentos sociais e uma desconstrução de direitos e garantias individuais.<sup>11</sup>

Por esta perspectiva, no entender de Hayek, deve caminhar, também, o Judiciário. Desjuridicizar: esse é o imperativo quanto ao fenômeno jurídico. Quanto menos intervenção estatal ó e, em específico para a nossa ciência, do Judiciário, diminuindo-se, assim, o espaço do jurídico -, melhor o mercado se desenvolve.

Adverte Jacinto Nelson de Miranda Coutinho sobre a cilada neoliberal:

Com efeito, Hayek não se contentou em sugerir um combate ao Estado de bem-estar social e seus postulados. Foi além, mexendo na base, isto é, substituindo a noção epistemológica de causa-efeito pela de ação eficiente. O câmbio, aqui, não é mero jogo retórico. Paulatinamente incorporado ao cotidiano, projeta-se como um raio no fundamento ético da sociedade. Afinal, a deificação do mercado, quando vista pelo eficientismo, glorifica o consumidor (*homo economicus*, que substituiu o *homo faber*: Assman), mas, naturalmente, torna o não consumidor (excluído) como um empecilho. Ora, para ele resta o desamor de seu semelhante, em um mundo de competição (Miranda Coutinho). Hayek, assim, combatendo o construtivismo, ou seja, as instituições deliberadamente criadas (por evidente que como frutos da razão e por que não como instrumentos de realização dos escopos da humanidade enquanto verdadeiros limites, desde que objetos de conquista), colocou em seu lugar um mercado que, naturalmente, após os erros dos atores sociais, saberia optar pelas ordens naturais espontâneas mais adequadas. A razão, assim, é incapaz, merecendo tutela por parte de um pai que se mostra psicotizante, ou seja, que em si e *ex ante* não relaciona seus valores, não elenca seus limites, não comporta uma ética.<sup>12</sup>

Diante dessa advertência, é preciso tomar cuidado, então, com a armadilha neoliberal, sob pena de se voltar a um tempo da guerra de todos contra todos, a um tempo de barbárie que, se ainda não chegou, está bem próximo. Tomar como cidadão o consumidor, permitindo que o mercado imponha suas regras, completamente apartadas da ética, é deixar criar, cada vez mais, grandes bolsões de miséria, formados pelo imenso contingente de excluídos que se terá.

<sup>11</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. 1.ed. 2tir. São Paulo: RT, 2000. P.106

<sup>12</sup> MIRANDA COUTINHO, Jacinto Néilson de. *O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n.32, a.8, p.300, out. 2002.

Os bem abertos com o soar neoliberal que seduz num poder de consumo mas, no seguinte, vai enredá-los numa teia sem saída, onde ver-se-ão cercados pela imensa massa de indigentes que eles mesmos deram causa. Provoca-se, com isso, o medo do outro, onde reinam a presunção de má-fé e de culpa, subvertendo-se, assim, as regras do jogo colocadas pela sociedade civil.

Talvez a resposta, dada dentro da racionalidade neoliberal, que privilegia a ordem do mercado, através do consumo, venha de Boaventura de Souza Santos. O autor afirma que o novo censo comum emancipatório do espaço do mercado ó baseado no *topoi* da democracia, das necessidades radicais e dos meios de satisfação genuínos - na dimensão de providencia social estatal (criada para garantir a experimentação de formas alternativas de consumo) se contradiz com a lógica global do Estado-Providencia ó estado desenvolvido para integrar as classes trabalhadoras no consumo individualista. Boaventura vislumbra medida de experimentação social que possa ser capaz de implicar em uma nova reforma agrária e na restauração do uso e da posse da terra nas circunstâncias agrícolas das grandes cidades: criação de condições para que grupos de consumidores se associem na produção de alguns bens de consumo, principalmente os alimentares.<sup>13</sup>

Portanto, guardada a visão crítica que se deve ter sobre o fundamento do Direito ó e afastando-se da cilada do pensamento economista neoliberal -, é de se reconhecer que a noção de sociedade (melhor ainda dizer, do *social*) dá sentido ao jurídico, justamente pelo fato de que o homem vive em sociedade (civil, e portanto organizada), relacionando-se com os demais homens, constantemente. Pensar diverso seria admitir que o homem vivesse para si mesmo, ou melhor, poderia viver sem a necessidade de convívio social, o que não é de todo imaginável, mas certamente, reduziria o campo de atuação do regramento ao âmbito da moral, sendo, então, somente a consciência humana a medida para eventuais punições, no caso de descumprimento de normas.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> SANTOS, Boaventura Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2000. P.338

<sup>14</sup> (BOBBIO. Norberto. *Teoria General Del derecho*. 1 ed. Madrid: Debate, 1999. P.120). Tradução livre do texto: "Diz-se que são morais aquelas normas cuja sanção é puramente interior. Por "sanção" se entende sempre uma consequência desagradável de violação ou cujo fim é o de prevenir a violação ou, no caso em que se produza a violação, eliminar as consequências nocivas. A única consequência desagradável da violação de uma norma moral é o sentimento de culpa, um estado de incômodo, de turbação, às vezes de angústia que na linguagem da ética se denomina "remorso" ou "arrepentimento".

ardes de Mello<sup>15</sup>, por ser o ambiente social o seu le à vida em sociedade. Após ser iniciado no grupo social básico, a família, expande seu relacionamento, através do contato com outro grupos, o que faz com que aumentem as exigências que moldam e condicionam seu comportamento e sua personalidade de acordo com os padrões da sociedade. No entanto, apesar de sua tendência natural à convivência social, o ser humano sempre possuirá seus instintos e sue livre arbítrio, o que não descarta a possibilidade de que tente fazer prevalecer seus interesses quando em confronto com seus semelhantes.

Destas relações sociais surgem regras que visam discipliná-las, as quais nascem a partir da valoração de determinadas condutas que apresentam relevância e são, neste passo, imprescindíveis para o convívio social. Conforme nos lembra Marcos Mello<sup>16</sup>, estamos em contato com dois mundos: o Mundo dos Fatos e o Mundo do Direito. Tudo o que acontece na vida enquadra-se naquele.

Já no caso do Direito, para que um determinado fato adentre em seus domínios, necessário se faz que, ocorrido um fato, o direito o considere de tal modo relevante, que sinta a necessidade de discipliná-lo, indo buscá-lo no Mundo dos Fatos e transportando-o para o Mundo do Direito. Esse fato determinado, ao ser transportado, passa a compor o ordenamento jurídico, iniciando seu caminho no que o supra mencionado autor denomina de Plano da Existência.

Nesta linha, Pontes de Miranda, define o Direito como sendo composto pela junção de três elementos: fato, valor e norma. Ou seja, a todo fato o Direito atribui um valor, que dependendo da sua intensidade, pode vir a ser transportado para o mundo jurídico, transformando-se em uma norma. Esse fato ou conjunto de fatos ocorrido no Mundo dos Fatos e considerado pelo Direito como relevante, ao ponto de ser por ele disciplinado, é o que se chama de suporte fático da norma jurídica.

Poder-se-ia ainda dizer, por uma perspectiva clássica, que se busca com o Direito a existência de um convívio social õharmônicoö, construindo-se assim, uma sociedade pacífica, sem conflitos, sem embargo disso ser, por evidente, *meta optata*, ou seja, algo a ser conquistado, que se não dá por si só.

Enfatiza Kelsen que:

A segurança coletiva visa a paz, pois a paz é a ausência do emprego da força física. Determinando os pressupostos sob os quais deve recorrer-se ao emprego

<sup>15</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico ó Plano da Existência*. 2003,8 ed. p.10

<sup>16</sup> Op.cit.pp.20

vídios pelos quais tal emprego deve ser efetivado, instituindo da coerção por parte da comunidade, a ordem jurídica nessa comunidade por ela mesma constituída.<sup>17</sup>

No entanto, esse pensamento visa ocultar aquilo que parece ser demasiadamente claro, mormente em nossa sociedade: somos desiguais e, portanto, viveremos em constante conflito, marcados, justamente, pelas diferenças. A função do Direito, então, deve ser a de possibilitar o convívio social dentro desse conflito, o que força, por exemplo, a interpretação do princípio da igualdade na direção do reconhecimento das diferenças.

Não se nega aqui, por óbvio, o poder-dever que tem o pensador do Direito de buscar a transformação social e quebrar a relação de dominação que se nos apresenta. O que se quer esclarecer é que o Direito não pode se conformar com uma posição de conciliador, de pacificador social, porque as diferenças entre os sujeitos que compõem a sociedade são a eles intrínsecas. O que se pergunta com tudo isso é: qual a paz que se quer? Será que uma paz, que sufoca os anseios sociais em nome de uma aparente harmonia?

Portanto, as condutas relevantes são õpinçadasõ, eleitas pelo legislador, dentre tantas condutas possíveis aptas a integrarem o ordenamento jurídico. Neste sentido, observa Norberto Bobbio que :

Estudar uma civilização do ponto de vista normativo significa, em suma, se perguntar quais ações nessa determinada sociedade foram proibidas, quais foram obrigatórias, quais foram permitidas; significa em outras palavras, descobrir a direção ou as direções fundamentais para as quais dirigiu-se a vida de cada indivíduo.<sup>18</sup>

Assim sendo, é forçoso admitir que nem todas as condutas, levadas a efeito no campo social, são jurídicas, mas somente aquelas que apresentam relevância para o Direito, considerando-se, nesse aspecto, o tipo de relação humana a ser travada. Diante disso, quando as relações travadas podem gerar conflito ó que de algum modo deve ser resolvido ó é que se está diante do campo de atuação do Direito.

Pode-se então concluir que o Direito visa, também, a organização social ó sendo instrumento de solução de conflitos ó preservando, assim, a vida em sociedade.

Todavia, mesmo vivendo em sociedade, o homem guarda naturalmente, sua dimensão individual, do que se depreende que a preservação social também se liga à

<sup>17</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. P.41

<sup>18</sup> BOBBIO, Norberto. *Op.cit.*, p.16.

individual, mas subordinada ao interesse coletivo. Neste

Assim, o direito *pretende* proteger e assegurar a liberdade de agir do indivíduo, subordinando-a ao interesse coletivo; ele demarca as áreas da *liberdade* e do *interesse coletivo*, tendendo à determinação de um ponto de equilíbrio entre esses dois valores.<sup>19</sup>

Como as regras de condutas juridicamente relevantes são criadas para regular as relações em sociedade que possam gerar situações de conflito, parece claro que se não pode negar a sua existência dentro do ambiente social e do contexto histórico em que se vive, os quais sofrem freqüentemente transformações.

Para que se possa ter uma noção de mudança cotidiana do cenário histórico, basta imaginar que é possível amanhecer num turbilhão de acontecimentos que mudem, substancialmente, a vida de todos. Exemplo disso é o estado de guerra. Pode-se, a partir de uma declaração de guerra, afetar demasiadamente a vida de todos os cidadãos, a ponto de as economias mundiais cambiarem com tamanha intensidade que a repactuação de contratos ó os quais não podem ser cumpridos, como originariamente tratados, em virtude de situações onde os contratantes ficam impedidos de adimplir suas obrigações -, é inafastável. Isto, indiscutivelmente, força o exame do ordenamento jurídico com outros olhos, que não podem, absolutamente, quedar insensíveis a tais mudanças no contexto histórico.

Ao lado dessa análise, é imperioso afirmar que as transformações sociais são determinantes para a apreciação do Direito. Os anseios sociais se modificam sempre, o que faz do Direito algo em movimento, em constante processo de construção. Segundo Lyra Filho:

Direito é processo, dentro do processo histórico: não é uma coisa feita, perfeita e acabada; é aquele vir-a-ser que se enriquece nos movimentos de libertação das classes e grupos ascendentes e que definha nas explorações e opressões que o contradizem, mas de cujas próprias contradições brotarão as novas conquistas.<sup>20</sup>

O autor, verdadeiro marxista, tenta evidenciar nesta afirmativa que o Direito é fruto de uma transformação histórica e que as conquistas jurídicas nascem das contradições provenientes das contradições de classes dominantes.

<sup>19</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. P.20.

<sup>20</sup> LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. 17 ed. São Paulo: Brasiliense, 2004. P.86

Diante do exposto, pode-se afirmar que o fenômeno jurídico vai além de seu universo específico (normativo), pois necessariamente está inserido em um determinado contexto social e com ele se relaciona, sofrendo sempre transformações determinadas pelo ambiente no qual se situa. Nesta perspectiva Aldacy Rachid Coutinho parte da idéia de que o Direito é imprescindível em qualquer sociedade ó ubi ius, ibi societas ó sempre surgira uma ordem no seio social que se expressará na forma de regras. As regras por sua vez, só terão razão de existir se estiveram inseridas em um contexto social dimensionadas para as necessidades humanas. Assim, a razão de ser do fenômeno jurídico é o homem inserido em sociedade e do direito é o dever ser um instrumento hábil a possibilitar a realização do homem.<sup>21</sup>

O fenômeno jurídico, destarte, não se limita apenas às regras jurídicas, mas sim envolve a compreensão e o trabalho com vários outros fenômenos, justamente porque gerado no seio social, bem como nele inserido. Se, ao contrário, o Direito fosse analisado fora de seu contexto, num espaço independente, não teria ele a capacidade de assimilar os anseios sociais, o que faria perder seu sentido, porque lhe faltaria a sintonia com a sociedade para qual se dirige.

Tudo isso faz com que a dimensão jurídica ultrapasse os limites do ordenamento, visto como simples conjunto de regras aptas a regular o convívio social, o que faz surgir a idéia do estudo do Direito pelo prisma da transdisciplinariedade, a qual ganha relevo nos estudos de Michel Mialle.

Para o autor, transdisciplinariedade vai além da pluridisciplinariedade. Transdisciplinar é ultrapassar as fronteiras das atuais disciplinas, isto é, reconhecer que apesar de existirem objetos de estudos científicos que podem ser legitimados com investigações científicas autônomas, estes objetos autônomos de estudo têm existência num campo científico único e estão dependentes de uma mesma teoria - a da história. O autor usa a expressão ãcontinente da históriaã para demonstrar que existem disciplinas que apesar de diferentes, possuem o mesmo sistema de referência científica ó a história.

Mialle exemplifica afirmando que Direito e economia, política e sociologia ó podem ser reportados ao mesmo sistema de referencia ó pertencem ao mesmo

---

<sup>21</sup> RACHID COUTINHO, Aldacy. Op.cit., p.10

a que: para que suas idéias sejam aceitas é preciso  
se faz abandonar o mito da divisão natural do saber  
e construir um novo paradigma que terá que obter meios para traçar um caminho  
científico.<sup>22</sup>

Vai-se além, então, e busca-se na sociedade ó na qual, por óbvio, estão presentes  
tantos outros fenômenos sociais -, a contemporaneidade do fenômeno jurídico. Portanto,  
parece claro que o fenômeno jurídico depende de seu tempo, de sua história, de seu  
espaço e, também, da escolha, pela sociedade, dos valores que o vão nortear.

Portanto, quando se está a falar de valores, o que se quer dizer é algo relacionado  
à moral, à ética, e não ao jurídico, sob o prisma de validade. Não fosse assim, poder-se-  
ia pensar que toda a ordem posta (ou imposta) teria validade (do ponto jurídico). Ou  
seja: ordem posta como ordem válida. Não é isto que se quer. Até porque pensar Direito  
como algo imposto, algo que venha de cima para baixo, do Estado para o cidadão ó o  
qual se vê, às vezes, obrigado a obedecer aos ditames de uma ordem que não reconhece  
ó é negar a sua legitimidade. Quer-se, então, uma ordem válida do ponto de vista do  
valor, dos valores sociais por ela representados; quer-se uma ordem legítima, onde o  
povo nela se reconheça como cidadãos.

Diante disso, resta claro que o Direito, em nenhuma hipótese, pode estar distante  
da sociedade, posto ser o homem nela inserido sua razão de existência, sem falar na  
possibilidade de se ter um ordenamento sem efetividade<sup>23</sup>, como analisaremos no  
terceiro capítulo deste trabalho.

Dessa relação dialética constante, entre uma dada sociedade e seu ordenamento  
jurídico, é que se vai construir o fenômeno jurídico, objeto da ciência do Direito. Neste  
ponto, sobre a construção do objeto do conhecimento, importante citar Marques Neto:

O objeto real é a coisa independentemente de nosso pensamento, quer  
considerada em si mesma (o número de Kant), quer através de suas  
manifestações concretas ( o fenômeno). Já o objeto do conhecimento é o objeto

<sup>22</sup> MIALLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Trad. De: Ana Prata. 2 ed. Lisboa: Estampa, 2002. P.61-62. Igualmente importante as observações de Agostinho Ramalho Marques Neto sobre a necessidade de se ter um estudo abrangente e integrado das Ciências Sociais, realçando que com tais propostas se não está ãnegando autonomia à ciência do Direito, mas apenas situando-a dentro do complexo de ciências sociais ao qual ela pertence e do qual, por isso mesmo, não pode ser considerada como algo estanque ou apartado, pois autonomia não é sinônimo de isolamentoö. (Marques Neto, A. R. *A ciência do direito: conceito, objeto, método*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.189).

<sup>23</sup> ãA efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade socialö. (BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e responsabilidade da constituição brasileira*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. P.79)

hecemos, isto é, o *objeto construído*, sobre o qual se processos cognitivos (filosóficos, científicos, artísticos etc). Por conhecer é necessariamente um ato de construir, de aprimorar os conhecimentos anteriores. (...) É por isso que os epistemólogos dialéticos costumam sustentar que o *dado não é dado é construído*. E justamente porque construído, é essencialmente *retificável*. Todas as *verdades*, inclusive as científicas, são aproximadas e relativas; são parcialmente verdade e parcialmente erro.<sup>24</sup>

Ademais, o autor acima citado, ao abordar a questão do fenômeno jurídico, enfatiza sua construção, indicando, assim, que se trabalha na ciência do Direito com um objeto construído; e não com um objeto dado. Portanto, não se trabalha com o objeto real, mas com o que se conhece de tal objeto:

O fenômeno jurídico é a matéria-prima com que trabalha o cientista do Direito. Mas, o objeto de estudo deste, como o de qualquer outro cientista, nunca é o fato bruto, a ser simplesmente apreendido, e sim o objeto do conhecimento, construído em função do sistema teórico da ciência do Direito.<sup>25</sup>

Essa constatação de que o fenômeno jurídico é construído em sociedade e nela se ambienta gera reflexos no campo da aplicação do Direito, a qual, destarte, só pode ser feita com uma relação paralela entre o ordenamento jurídico e a sociedade que o forjou e na qual se insere. Isto impede que se trabalhe o universo jurídico como se fosse algo isolado, como se existisse um lugar distante e inacessível pelo homem, enquanto ser transformador, sujeito de sua própria história, que também é marcada pela organização jurídica de sua sociedade. Por tudo isso é que a aplicação do Direito não se dá nunca, de maneira neutra (como pretende o positivismo jurídico); ao contrário, é sempre marcada pela ideologia de quem o aplica.

Por um determinado aspecto, o ser humano não pode ser tido como duas pessoas distintas, na medida em que se exige de um juiz, humano como nós, ser aquilo que ele não é quando se coloca como profissional, como magistrado e portanto, como julgador. Ele é um só. Carrega consigo todas as suas angústias, emoções, seus pensamentos, e principalmente, suas idéias, ou, para ser mais preciso seus ideais.

Assim, como ser humano que é, o juiz deve ter a exata medida de sua atuação, de seu papel na sociedade, guardando, então, a correspondência de suas ações com os reflexos sociais que possam delas advir, ou seja, deve ter consciência da repercussão social de seus atos. Diante disso, o cuidado com a incidência ideológica na aplicação do Direito se faz necessária, sendo útil a observação de Plauto Faraco:

<sup>24</sup> Op.cit., p.14-15.

<sup>25</sup> Op.cit., p.187

ência permear negativamente a atividade de qualquer dos  
tado, suas conseqüências são variáveis, segundo o  
objetivo por ela produzido nas situações reais. Precisa, pois,  
jurista ter consciência de sua virtual atuação, devendo adestrar-se em discerni-  
la. Para isto, não pode pretender ser tão-só um técnico a serviço da ordem o  
estabelecida, indiferente ao processo histórico, conforme o papel que lhe  
assinala o positivismo jurídico.<sup>26</sup>

Vale lembrar ainda, que a luta pela construção de um Direito justo ó com base na noção de justiça social -, que venha a reparar desigualdades sociais, é tarefa primeira dos operadores jurídicos comprometidos com o fenômeno jurídico em sua completude. Não se pode olvidar, nunca, que todos os fenômenos sociais que estão atrelados ao Direito dele fazem parte indissociável, sendo imprescindível a sensibilidade social para a construção, a partir de uma aplicação comprometida com as necessidades sociais, de uma sociedade mais justa. E aqui, mais uma vez, lança-se mão do pensamento de Lyra Filho:

O Direito, em resumo, se apresenta como positivação da liberdade conscientizada e conquistada nas lutas sociais e formula princípios supremos da Justiça Social que nelas se desvenda. Por isso, é importante não confundir-lo com as normas em que venha a ser vazado, com nenhuma das séries contraditórias de normas que aparecem na dialética social. Estas últimas pretendem concretizar o Direito, realizar a Justiça mesma, a Justiça social atualizada na história, e a -justiçaø de classes e grupos dominadores, cuja ilegitimidade então desvirtua o -direitoø que invocam.<sup>27</sup>

Passando a uma análise puramente jurídica desse fenômeno ó que é a base da Ciência do Direito -, destaca-se o ordenamento jurídico, dentre os elementos que formam dito fenômeno, o qual indica sua parte técnica (até porque o Direito é aplicado normativamente), que pode ser conceituado, de acordo com Aldacy Coutinho, como ãum conjunto de regras que exprimem critérios segundo os quais se ordenam e apreciam fenômenos considerados relevantes, determinando a jurisdicização, indicando soluções aos casos em que se aplicamö.<sup>28</sup>

Em nota de rodapé sobre o texto acima transcrito, a autora citada indica sua preferência pelo termo *norma*. A pergunta que resta é a seguinte: é possível falar de um mesmo instituto de várias maneiras, por diversas abordagens? Quer-se dizer com isso: as expressões regra e norma significam a mesma coisa? Há algo por trás dessas

<sup>26</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco. de. *Método e hermenêutica material no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. P.64.

<sup>27</sup> LYRA FILHO, Roberto. Op. Cit., p.88

<sup>28</sup> RACHID COUTINHO, Aldacy. Op. Cit., p. 12-13

signifiquem a mesma coisa, qual seria a relação entre

Ainda nesta seara, é de se perguntar: onde se localizam os princípios jurídicos? Dentro ou fora do ordenamento? Se regras e norma são sinônimos, o que são os princípios? Esses questionamentos são necessários para a devida compreensão da aplicação do princípio da Dignidade da Pessoa Humana como forma de efetividade social, diante de normas jurídicas inefetivas.

Ao se estudar a questão da norma jurídica, principalmente no que tange ao seu conceito, verifica-se que há identificação, de um modo quase geral, com a noção de regra jurídica. Diante dessa identidade, os conceitos de norma e regra jurídicas acabam por não apresentar qualquer traço que os diferencie, sendo utilizada ora a expressão regra, ora a expressão norma, para designar a mesma coisa.

A maioria dos autores conceitua norma jurídica norma jurídica como sinônimo de regra, sem apresentar distinção entre estes institutos, o que leva a uma confusão aparente de ambos.

Miguel Reale, quando aborda a matéria, indica a identidade entre norma e regra, nos seguintes termos: "Já nos é dado inferir das lições anteriores que a Ciência do Direito tem por objeto a experiência social na medida em que esta é disciplinada por certos esquemas ou modelos de organização e de conduta que denominamos *normas* ou *regras jurídicas*".<sup>29</sup>

Pontes de Miranda, quando conceitua regra jurídica, assim se posiciona: "A regra jurídica é norma com que o homem, ao querer subordinar os fatos a certa ordem e a certa previsibilidade, procurou distribuir os bens da vida".<sup>30</sup>

Ainda sobre regra jurídica, Pontes de Miranda não a diferencia da lei ou da norma jurídica. Seriam conceitos idênticos. A lei significa o canal revelador do processo de adaptação social denominado direito. O legislador não cria o direito mas revela-o.

Conforme o autor, o direito é revelado pela lei. O processo revelador do direito é expresso através dos conceitos com os quais são formuladas as regras jurídicas<sup>31</sup>. Pontes de Miranda irá estabelecer sua definição de regra jurídica como sendo a norma com que o homem, ao querer subordinar os fatos a certa ordem e a certa previsibilidade,

<sup>29</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de direito*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.93

<sup>30</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*, tomo I, Atualizado por Wilson Rodrigues Alves, 2 ed. Campinas: Bookseller, 1999. P.3

<sup>31</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco de Miranda. Op.cit. P15

ö<sup>32</sup>. O que sobressai nesta definição é a idéia de leis da física.

Esta relação entre o direito e a física é explícita no pensamento ponteano, como pode se observar:

A regra jurídica foi a criação mais eficiente do homem para submeter o mundo social e, pois os homens, às mesmas ordenação e coordenação, a que ele, como parte do mundo físico, se submete. Mais eficiente exatamente porque foi a técnica que mais de perto copiou a mecânica das leis físicas.<sup>33</sup>

Outro ponto importante é que, segundo Pontes de Miranda, para a regra jurídica ser completa basta que haja uma hipótese ligada a uma tese. A regra que estipula a sanção não seria necessária. Isto se dá graças a sua idéia de regra jurídica como sendo uma categoria natural. A regra que sanciona nada mais é que outra regra independente. Marcos Mello denominou esta construção como *õnã-sancionistaõ*<sup>34</sup>. Já os *õsancionistasõ*<sup>35</sup>, entendem que além da norma que prescreve a conduta devida- norma primária- tem de haver aquela que sanciona o seu descumprimento- norma secundária. Nas palavras de Lourival Vila Nova: *õ a primária sem a secundária desjuriciza-se; a secundária sem a primária, reduz-se a instrumento, meio, sem fim material, a adjetivo sem suporte do substantivoõ*.<sup>36</sup>

Assim, fica claro que, para Pontes de Miranda, a regra jurídica vem a ser um juízo descritivo pautado no que é, destinado a prever como a convivência humana irá se estabelecer, máxime no que concerne à distribuição dos bens da vida.

Diante destas abordagens sobre a matéria, pode-se formar a idéia, então, de que o ordenamento jurídico é composto por normas jurídicas, enquanto sinônimo de regras jurídicas. Todavia, esta aparentemente simples confusão entre os conceitos gera conseqüências consideráveis no estudo do ordenamento jurídico. Uma das mais sensíveis, refere-se ao estudo dos princípios jurídicos, os quais acabavam sendo renegados a um plano inferior às regras, o que não acontece mais, por se diferenciar das regras e por ter uma extrema força normativa.

<sup>32</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Op.cit. p.49

<sup>33</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Op.cit. p.55

<sup>34</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico-plano da existência*. 12 ed. São Paulo:Saraiva, 2003,p.29

<sup>35</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. Op.cit. PP.30-33

<sup>36</sup> VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 2º ed. São Paulo: Saraiva 1989, p.29.

O positivismo jurídico deriva de uma direção de pensamento, diversas das correntes racionalista -, que é determinada pelas correntes empiristas. É possível conceituá-las nos termos a seguir: "Consideramos empiristas aquelas correntes de pensamento que tomam como ponto de partida a suposição de que o conhecimento jurídico resulta de uma captação do objeto pelo sujeito, ou, em outras palavras, de que o conhecimento emana do objeto, seja este tomado como sendo a norma jurídica, seja considerado como o fenômeno jurídico produzido dentro do espaço-tempo social."<sup>37</sup>

Pelo que se percebe da definição acima, resta claro que há, na relação de conhecimento das correntes empiristas, uma preponderância do objeto sobre o sujeito, visto que o conhecimento advém do objeto. O sujeito seria simples receptor do conhecimento, sendo sua interferência, numa possível construção do objeto, repelida. Portanto o conhecimento não seria produzido, mas sim recebido e assimilado pelo sujeito, sendo proveniente apenas do objeto. Não há, então, uma interação entre os elementos de dita relação de conhecimento.

Levadas estas noções para o campo do positivismo jurídico, mais especificamente, para o normativismo jurídico de Hans Kelsen o qual considera como objeto do conhecimento a norma jurídica,<sup>38</sup> e não o fenômeno jurídico como um todo -, é possível, primeiramente, assinalar uma identidade com o pensamento jusnaturalista: a localização do Direito fora de seu ambiente social. O ordenamento jurídico, pela perspectiva kelseniana, é bastante em si, sendo suficiente e independente de qualquer fator a ele estranho (social, econômico, político ou histórico), o que faz com que seja analisado igualmente numa dimensão própria, ou ainda, metaforicamente, no vácuo (com todos os perigos que esta localização pode gerar, conforme supracitado).

<sup>37</sup> MARQUES NETO, Antônio José. op.cit, p.116.

<sup>38</sup> "Na afirmação evidente que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação ó menos evidente ó de que são as normas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou, - por outras palavras ó na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas. Quanto à questão de saber se as relações inter-humanas são objeto da ciência jurídica, é importante dizer que elas também só são objeto de um conhecimento jurídico enquanto relações jurídicas, isto é, como relações que são constituídas através de normas jurídicas. A ciência procura apreender o seu objeto juridicamente, isto é, do ponto de vista do Direito. Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar, senão apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica." (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.)

to dos postulados empiristas, relativamente ao compreender o respeito excessivo ao ordenamento jurídico posto, pela impossibilidade de interferência subjetiva daquele que o trabalha. Disso decorre, segundo alguns autores, o que se pode chamar de *fetichismo da lei*, a adoração incondicional -, e portanto, acrítica, -, ao ordenamento jurídico vigente, o que acarreta, dentre tantos transtornos ao estudo o Direito, problemas relativos à interpretação do ordenamento e, por conseguinte, à sua aplicação. Observa, neste sentido, Luiz Fernando Coelho, quando analisa as escolas dogmáticas<sup>39</sup> de interpretação jurídica:

A orientação dogmática decorre da concepção tradicional de que o direito está, todo ele, contido nas leis; assim, a função do intérprete passa a ser unicamente a de qualquer o fato `lei, mediante o procedimento lógico de subsunção, o qual tem método racional-dedutivo por basilar; (...). O pensamento jurídico fica dominado pela idéia da omnicompreensão da lei, a idéia de que a lei resolve tudo ó o fetichismo da lei.<sup>40</sup>

A explicação para esse esvaziamento da posição do sujeito na relação com o objeto reside na necessidade de se garantir a propalada segurança jurídica. Com a impossibilidade de interferência do sujeito no estudo do objeto ó o qual passa a ser mero figurante da relação, resumindo-se a ãadorá-loö, determinando uma situação de extrema passividade -, o Direito ficaria livre de qualquer influência ideológica; restaria puro, incondicionado à apreciação subjetiva daqueles que o operam.

Essa necessidade de se garantir a segurança jurídica como ponto basilar da caracterização do ordenamento jurídico advém da crítica feita à possibilidade que o jusnaturalismo determinou ó pela prevalência do sujeito na relação de conhecimento -, da interferência subjetiva. A finalidade do Direito, para os jusnaturalistas, é a realização da justiça, nem que para tanto seja necessário o rompimento com o direito positivo, em virtude do conhecimento ao direito de resistência às leis injustas,<sup>41</sup> o que é inadmissível para o normativismo jurídico.

<sup>39</sup> Sem embargo, todavia, de poder se interferir dos postulados kelsenianos traços relativos às escolas zetéticas. Neste sentido, veja-se: ãO próprio Kelsen, cujo purismo epistemológico repelia qualquer referência ideológica ao Direito, admitia a possibilidade de considerar o direito um meio para um fim. Se o direito, na perspectiva da teoria pura, é resultante de atos de correção, tendo por função regulamentar o emprego da força nas relações mútuas entre os homens, infere-se que o direito existe em função de uma diretriz, qual seja, a pazö. (COELHO, L. F. *Teoria crítica do direito*. 2 ed. Porto Alegre: Safe, 1991).

<sup>40</sup> Ibid., p.192

<sup>41</sup> ãé bom lembrar que, conforme a clássica doutrina de S. Tomás, recentemente confirmada pelas Encíclicas pontifícias, as próprias leis injustas devem ser respeitadas, enquanto se limitam a contrariar o bem humano, *propter vitandum scandalum vel turbationem*, não, porém, quando entram em conflito com a lei divina, como seria, por exemplo, uma lei que impusesse a adoração a ídolos. A mesma ou

ico, para justificar a impossibilidade de análise de  
mento e os outros conhecimentos, os quais dariam  
conta de tudo o que não fosse jurídico, porém ligado aos fundamentos do Direito. Ter-  
se-ia, então, por este viés, a Ciência Jurídica, preocupada com o ordenamento jurídico  
enquanto composto pelas normas jurídicas, e as demais ciências, ligadas aos  
fundamentos do Direito, tais como a Filosofia e a Sociologia.

Assim, apartar do estudo do Direito os seus fundamentos, mormente quando se  
fala em sua relação com a sociedade é, em última análise, negar a sua razão de  
existência. O Direito não pode servir a si mesmo. Não se completa consigo próprio; não  
pode ser meio e fim. Necessita estar relacionado e em harmonia com a sociedade que o  
sustenta. Por isso é preciso saber se a lei, além de ter validade ou validade, tem valor,  
como diz Domenico Broussard.<sup>42</sup> Enfim, se é justa. Mas justa não pela perspectiva  
jusnatural, mas sim pela perspectiva social.

Portanto, parece claro que a proposta juspositivista de separação de  
conhecimentos não tem condições de satisfazer o trabalho científico amplo. Só é  
possível trabalhar o jurídico desde que se tenha uma visão geral das condições de dada  
sociedade. Para isso, é preciso lançar-se mão de outros ramos do conhecimento, tais  
como filosofia, economia, política, sociologia, psicanálise, história. Seria  
demasiadamente pretensioso estudar o universo jurídico dentro apenas da perspectiva  
normativa; todavia, não se olvida de sua importância, mas, sim, não se absolutiza.

Assim sendo, o normativismo jurídico pode ser explicado da seguinte maneira:

O Direito se resume exclusivamente à norma; o chamado conteúdo social da  
regra jurídica, que revela a n-dimensionalidade do Direito, é alheio a esta  
disciplina, constituindo o objeto de outras ciências sociais; não há colocar  
qualquer fundamento ideológico ou axiológico na ciência do Direito, fora da  
qual se situa, do mesmo modo, o problema da justiça, porque, no fim das  
contas o forte conteúdo valorativo em que esse problema implica constitui  
outras tantas impurezas que ameaçam macular a limpidez da norma.<sup>43</sup>

---

análoga distinção também foi feita pela escola de direito racional, não negando em absoluto o direito à  
revolução ou -à resistência activa- contra as leis injustas, mas limitando-o apenas aos casos em que elas  
firam ou violem de um modo irreparável as exigências jurídicas imprescritíveis da natureza humana.  
Então torna-se legítimo, segundo a expressão de Locke, o -recurso de apelação para o Céu- ou seja, a luta  
contra as leis críticas em nome das leis não escritas, ou a reivindicação do direito natural em face do direito  
positivo (DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Trad. De: António José Brandão. 5  
ed. Coimbra: Arménio Amado ó Editor, 1979. P.575)

<sup>42</sup> Op. Cit. p.16.

<sup>43</sup> MARQUES NETO. Op. Cit., p.127

vis ampla da estrutura do pensamento juspositivista, o estudo dessa doutrina, é interessante assinalar o ponto de vista de Norberto Bobbio, mormente quando explica o positivismo pelo pensamento hobbesiano. Desenvolve o seu pensamento a partir da passagem do Estado de Natureza para o Estado Civil (Sociedade Civil), nos termos a seguir:

Segundo Hobbes, efetivamente não existe outro critério do justo e do injusto que o da lei positiva, ou seja, fora da ordem do soberano. Na passagem do estado natural ao estado civil, os indivíduos transmitem todos os direitos naturais ao soberano, como também o direito de decidir o que é justo ou injusto e, por isso, desde o momento em que se constitui o estado civil o único critério do justo e do injusto é a vontade do soberano<sup>44</sup>

Completa o seu raciocínio, explicando o problema da validade e da justiça das leis, ainda pela perspectiva hobbesiana, tal como desenvolve Kelsen, ou seja, pela concomitância de ambas.

No Estado civil a decisão do que é justo ou injusto pertence ao soberano. É o soberano que detém o poder de decisão. Portanto, para Hobbes a validade e a justiça da norma jurídica não se diferenciam. Porque o critério de justiça ou injustiça nasce com o direito positivo, no tempo da validade da norma. Entretanto, no estado da natureza não existe direito válido, nem muito menos justiça. Para Hobbes só nasce justiça com o surgimento do Estado ó por meio do direito positivo. Assim, onde não há direito tampouco há justiça e onde existe justiça significa que existe um sistema constituído de direito positivo.<sup>45</sup>

Assim, segundo Norberto Bobbio, com o surgimento do Estado civil, pelo contrato social, há o nascimento do Direito. Destarte o soberano, pela transferência de poder a ele pelo povo, é quem decide o que é Direito, e assim, o que é justo ou injusto.

Neste passo, tal teoria serve para embasar, a partir de Hobbes, uma escola que desde o início foi atacada mas, segundo o autor precitado, muito mais em seu caráter técnico. Quando aborda o assunto, enfatiza a crítica ideológica à doutrina juspositivista nestes termos:

<sup>44</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoría general Del derecho*. 1 ed. Madrid: Debate, 1999. P.44.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 44-45.

tanto, distinguir a crítica do *erros* da crítica dos *horrores* do direito.<sup>46</sup> Esta última crítica tem assumido grande relevância nos últimos anos, pois o positivismo jurídico foi considerado como uma das causas que provocaram ou favoreceram o advento dos regimes totalitários europeus e, em particular, do nazismo alemão. É natural que uma crítica deste gênero, que queira denunciar as conseqüências moral e socialmente negativas do juspositivismo (a este propósito se falou polemicamente de uma *reductio ad Hitlerum* de tal doutrina), haja tido na opinião pública uma ressonância muito maior do que a crítica contra o seu aspecto científico.<sup>47</sup>

Norberto Bobbio, em conclusão, aponta a saída para a salvação do pensamento juspositivista, pela adoção de uma *versão moderada do positivismo ético*, na qual ter-se-ia que ver o Direito não como um fim, mas antes como meio, não colocando a ordem estabelecida como o valor supremo. Ou seja: a versão moderada tenta retirar a peso do extremismo dos juspositivistas que propalam a necessidade de uma submissão cega à lei e à ordem posta.

Bobbio conclui afirmando que a visão extremista do positivismo ético defendida pelos kelsenianos vê no direito um meio, uma técnica de organização social, que serve para realizar em determinado bem, a ordem social. A ordem social é o valor supremo que deve ser alcançado com a obediência de todos ao direito. Já, a versão moderada do positivismo ético, num determinado momento histórico, verifica que é possível que um certo valor possa parecer superior a ordem existente e com ela ser contrastante. Quando isso acontece, pode-se romper com a ordem existente, através de um processo revolucionário, a fim de realizar o novo valor. Bobbio destaca que a experiência histórica revela que as revoluções começam por destruir a ordem existente e uma nova ordem, inspirada na ideologia da revolução se instaura. Transformando àqueles que eram os opositores do direito vigente em seus valentes defensores.<sup>48</sup>

Diante do pensamento do autor, duas objeções devem ser lançadas: Será que as críticas ideológicas sobre o juspositivismo não são mesmo as mais importantes, uma vez que os reflexos sociais de uma teoria (por melhor que seja), não são exatamente seu

<sup>46</sup> Na tradução do texto para o português, o jogo de palavras feito por Norberto Bobbio, segundo nota do tradutor, perde em riqueza. No texto original, o autor fala das críticas dos *erroi* (erros) e *orroi* (horrores), o que faz muito mais sentido.

<sup>47</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. De : Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p..225

<sup>48</sup> *Ibid.*, p.232.

palavras, de que adianta uma teoria que beire a  
os aplicadores, impondo-lhes amarras e resignação?

Ultrapassada a discussão sobre seus aspectos gerais, relativamente à abordagem sobre os princípios jurídicos pela perspectiva do juspositivismo, mormente quando se fala em normativismo jurídico ó ao contrário do que prega o jusnaturalismo -, afirma-se que tais institutos não são mais ditados pela Razão ou provenientes do Direito Natural; não gravitam numa órbita alheia à jurídica. Eles, agora, fazem parte do ordenamento jurídico, ganhando um novo conteúdo, no que tange à sua conceituação, porém, com a mesma roupagem lingüística: continuam a ser denominados simplesmente de *princípios gerais de Direito*. Todavia, para a vertente positivista, restam em uma posição de inferioridade frente às regras jurídicas (ainda tidas como sinônimos de normas), justamente pelo fato de não se lhes atribuir normatividade; são tidos como meras pautas programáticas supralegais, o que decreta sua irrelevância jurídica.<sup>49</sup>

Destina-se aos princípios, então, um papel de mera figuração no sistema jurídico, mais das vezes como elementos de coesão. Servem, numa rápida síntese do pensamento juspositivista, como õtapa-buracosõ do sistema.

A concepção positivista ou histórica segundo o entendimento de Flóres- Valdez é baseada na idéia de que os Princípios Gerais do Direito equivalem aos princípios que formam e servem de fundamento ao Direito Positivo. Os princípios gerais são induzidos ou inferidos pela via da abstração ou de sucessivas generalizações, do próprio Direito Positivo, posto que o Direito Positivo é um sistema coerente, cuja a carga valorativa principiológica não é ditada pela razão ou por constituir um Direito Natural ou ideal, mas, por derivar das próprias leis.<sup>50</sup>

É possível, portanto, determinar o extremismo do juspositivismo no trato da questão dos princípios jurídicos, pelo fato de õquerer submeter os princípios gerais do direito à regra de que só poderão ter lugar depois de esgotados todos os recursos no sentido de extrair a norma positiva, e assim mesmo não se poderá contradizer às idéias fundamentais da lei, dos costumes e da doutrina.õ<sup>51</sup>

Portanto, pelo referencial teórico da positivismo jurídico é possível se inferir que aos princípios jurídicos seria reservada uma posição inferior àquela destinada às regras

<sup>49</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 234

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 235.

<sup>51</sup> DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 6 ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p.126-127.

ando e servindo, pelo tratamento dado pela Lei de  
no instrumentos de preenchimento de lacunas no

sistema, no caso de omissão legal.

Sendo assim, resta claro que, estando os princípios positivados, expressos no ordenamento, são tratados como regras; caso contrário, estando implícitos, são tratados como princípios gerais de Direito, localizados em plano diferente daqueles referentes às regras ou normas (mantendo-se, ainda aqui, a identidade entre os institutos), desempenhando, por elementar, função distinta e de menor importância, decretando-se, via de consequência, sua inferioridade hierárquica, como trataremos de demonstrar no próximo capítulo desta dissertação.

Por tudo, inevitável que ambas as escolas (jusnaturalistas e juspositivistas) sofreram, como até hoje sofrem, severas críticas, justamente pela posição extremada que adotam, o que impossibilita uma visão mais ampla da questão. Por repelirem o questionamento, impedem a reconstrução da Teoria do Direito, o que se apresenta como, no mínimo, um raciocínio reducionista e perigoso.

---

<sup>52</sup> Art. 4º LICC: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

## 2.1 Teoria da Norma Jurídica: distinção necessária entre regra e princípio

O poder de criação normativa não é originário nem exclusivo do Estado. O Direito antecede o Estado e o institui. A instituição do Estado é ato jurídico, e representa a transferência da sociedade ao Estado do máximo de poder, a fim de o Estado assumir a criação do Direito, zelar por sua integridade e garantir o seu cumprimento.

Jürgen Habermas<sup>53</sup> atribui a necessidade de o Estado exercer poder sancionador, organizacional e execucional a diversos fatores: os direitos precisam ser impostos; a comunidade jurídica necessita tanto de uma força estabilizadora de sua identidade quanto de uma administração organizada da justiça e por fim, por da formação da vontade política resultar em programas que precisam ser implementados.

As pessoas se relacionam juridicamente impelidas pelo sentimento de justiça e pela crença da legitimidade das normas de Direito.

O Direito envolve três aspectos básicos: normativo (o Direito como ordenamento); fático (O Direito como fato) e axiológico (O Direito como valor de justiça).

A clássica estrutura tridimensional do Direito de Miguel Reale<sup>54</sup> bem explica o que foi dito acima. Para ele, a norma jurídica é sempre redutível a um juízo ou proposição hipotética, na qual se prevê um fato que se vincula a uma consequência, destinada a reger os comportamentos sociais, já que o não cumprimento da norma, importará uma consequência (sanção, pena). Isto porque existem regras jurídicas destinadas à organização do Estado.

A norma jurídica é um comando, um imperativo dirigido às ações dos indivíduos e das pessoas jurídicas. É o conjunto de regras e princípios que compõe o ordenamento jurídico, cuja finalidade precípua é a promoção da ordem social.

<sup>53</sup> Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*. Simancas ediciones, S. A.: Madrid, 1988. P. 201.

<sup>54</sup> Reale, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 64-68.

De um ponto de vista estrutural, Alexy identifica dois tipos de normas de direito fundamental e, portanto, de normas jurídicas: os princípios e as regras. São duas espécies de normas (pois ambas dizem o que deve ser), cuja distinção é essencial no estudo da teoria jurídica dos direitos fundamentais.

Os princípios são õnormas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentesö, enquanto as regras são õnormas que só podem ser cumpridas ou nãoö<sup>55</sup>. Os princípios são chamados de *mandamentos de otimização*, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau, cuja medida de cumprimento é dependente das possibilidades reais e jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. Ou seja, as conseqüências jurídicas determinadas por um princípio são cumpridas se ele, em virtude do conjunto de circunstâncias jurídicas e reais, adquire precedência frente a outros princípios e regras.

Por sua vez, as regras, como normas que só podem ser cumpridas ou não, sendo válidas implicam na exata realização daquilo que elas exigem, nem mais nem menos. São normas que contêm *determinações* no âmbito do fático e juridicamente possível. Assim, diferenciam-se qualitativamente dos princípios. De modo que toda norma ou é uma regra ou é um princípio.

Percebe-se que no cerne da distinção formulada está a consideração de que as regras são válidas ou inválidas, não existindo meio termo, pois o conceito de validade jurídica não é graduável. Se a regra é válida, deve-se fazer exatamente o que ela ordena, de maneira definitiva. Os princípios por sua vez, ordenam que algo deve ser realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas. São, por assim dizer, mandados *prima facie*, à primeira vista, pois õdo fato de que um princípio valha para um caso não se infere que o quê o princípio exige para este caso valha como resultado definitivoö.<sup>56</sup>

Todavia, diante dessas considerações não se pode desde já concluir, junto com Dworkin, que as regras sempre e sempre apresentam um critério de aplicação à maneira

<sup>55</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. De Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p.87.

<sup>56</sup> ALEXY, *ibid.*, p.99.

enquanto os princípios enunciam sempre e sempre o, sem no entanto levar necessariamente a uma determinada decisão.<sup>57</sup>

Isso porque, segundo Alexy, pelo lado das regras torna-se possível introduzir uma cláusula de exceção que retira delas o seu caráter definitivo para o caso em questão, cujo fundamento pode mesmo ser um princípio.<sup>58</sup>

Dworkin menciona a possibilidade de à norma (segundo sua nomenclatura) serem apresentadas exceções. Contudo, para ele o ato de enunciar uma norma deve vir acompanhado da enumeração de todas as suas possíveis exceções. Considera que esse procedimento, além de ser teoricamente possível, torna mais completa a enunciação da própria norma, livrando-a de não ser aplicada.<sup>59</sup>

A isso se pode contrapor não ser possível, mesmo teoricamente, enumerar todas as cláusulas de exceção oponíveis às regras, mormente se tais exceções fundam-se em princípios. Cabe mencionar que nem sempre uma regra é aplicável a um caso, mesmo que válida e conexa ao problema apresentado, pois, algumas vezes, pode existir um princípio que determina solução contrária. Então numa colisão entre um princípio e uma regra prevalece o princípio? Por certo que essa hipótese pode ser mais bem compreendida se considera que na base da regra pode estar um princípio, configurando mais propriamente uma colisão entre princípios.

Essas observações se tornam mais complexa a caracterização de ambos os tipos de normas, muito além do critério de tudo-ou-nada, não os tornam equivalentes, pois ainda que não possam enumerar todas as exceções oponíveis às regras (especialmente aquelas alicerçadas em princípios), também, é verdade que sempre haverá, num ordenamento jurídico, õprincípios formaisö estabelecendo que devem ser observadas as regras impostas por autoridades legítimas. Alexy introduz o conceito de õprincípios formaisö, que corresponde aos princípios de legalidade e de autoridade tradicionalmente conhecidos, para afirmar que õsó se a tais princípios não se lhes dá nenhum peso, o que teria como consequência o fim da validade das regras enquanto tais, as regras e os princípios teriam o mesmo caráter *prima facie*ö.<sup>60</sup> A partir do momento que isso não

<sup>57</sup> DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*. 2ª Ed. Trad. De Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1989, p. 75 e 76.

<sup>58</sup> ALEXY, Robert, op.cit., p.99.

<sup>59</sup> DWORKIN, Ronald, op. Cit., p. 75.

<sup>60</sup> ALEXY, Robert, op.cit., p.100.

o princípio formal é particularmente relevante, e, portanto, sempre se dará algum peso considerável a ele, em razão pela qual mantêm as regras sua característica, embora de modo não absoluto, de valerem em definitivo.

De forma semelhante, não se pode afirmar, agora com relação aos princípios, que estes se equiparam às regras quando as razões que os amparam são suficientemente fortes e inarredáveis, dando margem, portanto, à hipótese de que princípio se tornar tão determinante quanto uma regra, com ela se confundindo. Isso não ocorre porque, em primeiro lugar, não se fica liberado de estabelecer as condições jurídicas e reais que dão procedência ao princípio e o tornam definitivo para o caso. Em segundo lugar, em razão de que uma situação apresentando circunstâncias tidas como irrecusáveis têm só como consequência que quando se dão razões igualmente boas ou em caso de dúvida, deve dar-se preferência a um princípio sobre o outro.<sup>61</sup>

### 2.1.2 Críticas à Teoria de Alexy

Considerando essas observações, Estevez Araújo chega a discordar parcialmente das definições parciais de Alexy, principalmente no que se refere aos princípios. Parece ser correto afirmar que também um princípio pode ou não ser cumprido, realizando-se ou não o objetivo na medida do possível, de modo disjuntivo, pois sua preferência frente a outro princípio, como resultado das possibilidades jurídicas e reais existentes, qualifica-o como a norma a ser aplicada ao caso. Fazendo essa observação, Estevez Araújo conclui que a diferença entre os dois tipos de normas não estaria sedimentada em que o princípio pode ser cumprido mais ou menos, e não no modo como configuram a conduta obrigada os princípios e as normas (talvez tenha querido dizer regras): no caso dos princípios só se pode determinar com precisão qual é a conduta exigida uma vez que se conheçam as circunstâncias concretas do caso.<sup>62</sup>

Outra teoria de grande repercussão é a conduzida por Humberto Ávila, que formula críticas às teorias clássicas de Alexy e Dworkin.

Pretende o autor reformular o critério apontado por Alexy, ao sustentar que, inicialmente, é preciso demonstrar que o modo de aplicação não está determinado pelo

<sup>61</sup> ALEXY, *ibid.*, p.101.

<sup>62</sup> ESTEVEZ ARAÚJO, José Antônio. *La constitución como proceso y La desobediencia civil*. Madrid: Trotta, 1994. p.114.

é decorrente de conexões axiológicas que são e inverter o modo de aplicação havido inicialmente como elementar. Com efeito, muitas vezes o caráter absoluto da regra é completamente modificado depois da consideração de todas as circunstâncias do caso. É só conferir alguns exemplos de normas que preliminarmente indicam um modo absoluto de aplicação mas que, com a consideração a todas as circunstâncias, terminam por exigir um processo complexo de ponderação de razões e contra-razões.<sup>63</sup>

Cita o autor:

(...) Essas considerações bastam para demonstrar que não é adequado afirmar que as regras possuem um modo absoluto tudo ou nada de aplicação. Também as normas que aparentam indicar um modo incondicional de aplicação podem ser objeto de superação por razões não imaginadas pelo legislador para os casos normais. (...) Todas essas considerações demonstram que a afirmação de que as regras são aplicadas ao modo *tudo ou nada* só tem sentido quando todas as questões relacionadas à validade, ao sentido e à subsunção final dos fatos já estiverem superadas.<sup>64</sup>

O autor demonstra que uma característica específica das regras somente poderia ser determinada após a sua interpretação. Somente neste momento é que podem ser compreendidas se e quais as conseqüências que, no caso de sua aplicação a um caso concreto, serão supostamente implementadas.<sup>65</sup>

Conclui o raciocínio afirmando que a única diferença constatável continua sendo o grau de abstração anterior à interpretação: no caso dos princípios o grau de abstração é maior relativamente à norma de comportamento a ser determinada, já que eles não se vinculam abstratamente a uma situação específica; no caso das regras as conseqüências são de pronto verificáveis, ainda que devam ser corroboradas por meio do ato de aplicação.<sup>66</sup>

Para Humberto Ávila, a ponderação não é exclusivo dos princípios e pode haver sim conflito entre regras sem que estas percam a sua validade. Ambas as espécies de normas (princípios e regras) devem ser aplicadas de tal modo que seu conteúdo de dever-ser seja realizado totalmente. Traz em sua teoria a proposta de uma nova interpretação constitucional, através de uma ponderação, inclusive ponderando regras.

<sup>63</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 2004, p.36.

<sup>64</sup> ÁVILA, Humberto. Op.cit., p.39

<sup>65</sup> ÁVILA, Humberto. Op. Cit., p.39.

<sup>66</sup> ÁVILA, Humberto. Op. Cit., p.40.

ítulo deste trabalho, que a nova interpretação  
ias quanto à aplicabilidade de princípios ou regras

diante do caso concreto.

Ultrapassada a fase de um certo deslumbramento com a redescoberta dos princípios como elementos normativos, o pensamento jurídico tem-se dedicado à elaboração teórica das dificuldades que sua interpretação e aplicação oferecem, , tanto na determinação de seu conteúdo quanto na de sua eficácia. A ênfase que se tem dado à teoria dos princípios deve-se, sobretudo, ao fato de ser nova e de apresentar problemas ainda irresolvidos. O modelo tradicional, como já mencionado, foi concebido para a interpretação e aplicação de regras. É bem de ver, no entanto, que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica ó previsibilidade e objetividade das condutas ó e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça no caso concreto.<sup>67</sup>

## 2.2 Em busca da definição de princípio.

O Direito, ciência que é, fruto das manifestações da cultura humana é concebido como um sistema de normas composto por preceitos e princípios, onde os princípios são normas conferidas em resoluções supralegais.

Acha-se baseado o Direito, então, em princípios universais ou reservados à sua área de estudo, os quais são importantes para a coesão normativa e aplicação aos casos reais. Dispõe conseqüentemente, de fatos adequados próprios da sua área de saber.

O Direito sempre foi indispensável à sociedade, pois vários e diferentes tipos têm sido os conflitos existentes, onde o mesmo deve estar se aperfeiçoando a essas realidades, para que possa desempenhar o seu papel de maneira enérgica e sendo verdadeiramente solucionador das dificuldades.

Diante da evolução que o mundo está passando o Direito não pode ficar estagnado, onde a modernização é detectada crescente, o Direito para acompanhar essas mudanças deve ser revestido de transformação e pacificação social, pois a cada dia a

---

<sup>67</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*, in *Interpretação Constitucional*, 2005,p.281-282.

pidas onde possam os seus anseios ser alcançados  
o como representantes indivíduos que estejam  
atualizados com as necessidades dessa sociedade que clama por mudanças.

Importante frisar que os princípios podem ser apropriados não apenas para o campo do Direito, como também o podem ser para toda e qualquer forma de conhecimento. É na área das Ciências Sociais que o Direito é fincado, pois o acontecimento jurídico só pode ocorrer se houver a existência do homem como condição, sem a qual não ocasionariam os eventos que o mesmo comete e participa.

Segundo Ferraz Júnior<sup>68</sup>:

A objetividade do vínculo e a exigência da prestação constroem-se por meio de normas. Para a ocorrência de uma obrigação concorrem pelo menos uma norma perceptiva que imponha a prestação e uma preceptiva que prescreva a sanção para o descumprimento do preceituado. Dependendo da fonte normativa, o vínculo objetivo terá por origem uma lei, um contrato, um costume etc.

Toda ciência, inafastavelmente, funda-se em princípios, e o Direito, como ciência que é não poderia fugir desse preceito. A palavra õprincípioö é empregada, sem distinções, em várias extensões do conhecimento, como, na Filosofia, Teologia, Física, Sociologia, Direito.

Os princípios são o início de tudo, presunções antecedentes e superiores às normas, que esboçam caminhos para os atos do legislador, do administrador e do aplicador da lei aos casos concretos. Estabelecem a base, o alicerce de um sistema, e condicionam as composições seguintes, garantindo-lhes validade.<sup>69</sup>

Importante observar que tais princípios não carecem permanecer presentes na legislação, tendo legitimidade e espalhando seus resultados independentes de positivação, estando os mesmos presentes em normas, afirmando que são normas principiológicas.

Os princípios são de observância indispensável, sendo mais grave transgredi-los que a uma lei, pois provoca ultraje a todo o sistema de comandos.<sup>70</sup>

<sup>68</sup> FERRAZ ÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2003, p.162.

<sup>69</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.43

<sup>70</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Op.cit.* p.46

direito são enunciações normativas de valoração que dão origem e fundamento à argúcia do ordenamento jurídico em seu aproveitamento e coerência ou mesmo para a elaboração de novas normas. São os fundamentos do ordenamento jurídico, não estão produzidos em nenhuma norma legal.

Por sua vez, na teoria dos princípios, existe uma abrangência maior que a das normas, não relatando o procedimento a ser adotado e podendo ser aplicados a vários casos que venham a ocorrer, apontando direções diversas em que deve se observar nas decisões judiciais o bom senso do aproveitamento dos mesmos.

Os princípios jurídicos são aqueles que vão servir para preparar o sistema, tendo por cargo guiar o entendimento das regras jurídicas, corroborando para o seu sentido. Os princípios convêm para direcionar o intérprete do direito, assinalando, sempre, a orientação da constitucionalidade.

O princípio, comando original do sistema, deve gerar o ordenamento jurídico, agindo como base de direito dos preceitos jurídicos.

Incumbem ao ordenamento jurídico os princípios. É por eles e pela sua importância que a ordem jurídica é um sistema que tem uma vinculação coesiva, entoadada e lógica. Os princípios não carecem ser considerados como meras fórmulas científicas, mas como regras jurídicas, podendo ser aplicados nas dificuldades que venham a surgir no nosso cotidiano.

Segundo Paulo Bonavides<sup>71</sup> a importância e a função do aprofundamento da investigação dos princípios para o ordenamento jurídico é a compreensão da natureza, a essência e os rumos do constitucionalismo contemporâneo.

Reconhece-se, assim, normatividade não só aos princípios que são, expressa e explicitamente, contemplados no âmago da ordem jurídica, mas também aos que, defluentes de seu sistema, são anunciados pela doutrina e descobertos no ato de aplicar

---

<sup>71</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. ed. 19. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p.258.

ção sob a forma de princípios não-expressos, cuida

Ao lado dos princípios gerais expressos há os não-expressos, ou seja, aqueles que se podem tirar por abstração de normas específicas ou pelo menos não muito gerais: são princípios, ou normas generalíssimas, formuladas pelo intérprete, que busca colher, comparando normas aparentemente diversas entre si, aquilo que a comunidade chama o espírito do sistema.

O princípio pode ser definido, de acordo com Ana Paula de Barcellos como origem elementar de uma atuação ou de um conhecimento, a hipótese que lhe serve de base, e cuja verdade não é discutida, tem servido como juízo crítico à criação de leis ou de normas concretas desse Direito, bem como de normas obtidas mediante um processo de generalização e filtração dessas normas.

Ana Paula de Barcellos<sup>74</sup> define os princípios como sendo enunciados normativos e, portanto, pretendem produzir determinados efeitos concretos que haverão de ser garantidos coativamente pela ordem jurídica.

Os princípios não possuem um modelo identificável, estando sujeitos à explicação construtiva que toma por embasamento as práticas sociais, do sentido de valimento e propriedade ampliados pela sociedade ao longo dos tempos.

Luis Roberto Barroso<sup>75</sup> explica que: “Princípios contém, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir”.

Princípios gerais, em meio a diversos, como o da legalidade, o da liberdade, o da isonomia, o do juiz natural e o do devido processo legal, não estruturam politicamente o Estado, mas proporcionam regras de fronteiras dos poderes, levando mais valoração moral e menos debate político.

Os princípios que hoje povoam o imaginário do Direito representam, em verdade, valores supremos para a realização humana, como um fundamento ético, moral

<sup>72</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de Princípios constitucionais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.61.

<sup>73</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Editora UNB, 1999, p.159.

<sup>74</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.68.

<sup>75</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.18

scem da observação social. O Direito não cria suas  
o, alheio às vicissitudes da evolução social. O valor  
que a norma protege não é criado num passe de mágica no momento em que ela entra  
em vigor. A evolução do sistema jurídico representa a evolução da proteção dos valores  
necessários ao melhor controle da vida em sociedade. Valores que se originam, muitas  
vezes, em outros campos do saber, posteriormente transformados em normas jurídicas.

É por intervenção dos princípios que haverá o direcionamento e a concretização  
da aplicação das normas jurídicas, pois os mesmos são guias de valores, podendo ser  
propalados ou implícitos, aceitando ressalvas.

Bonavides<sup>76</sup> e Espíndola<sup>77</sup> destacam que os princípios cumpriam três funções  
relevantes na ordem jurídica: fundamentadora, onde ostentam uma eficácia derogatória  
e diretiva; interpretativa, onde os princípios cumprem o papel de orientar as soluções  
jurídicas a serem definidas em face dos casos submetidos à apreciação do intérprete e  
função supletiva, onde realizam o trabalho de integração do sistema jurídico,  
suprimindo os eventuais vazios normativos da ordem jurídica.

As leis devem ser construídas sobre a certeza dos princípios, uma vez que a  
importância dos mesmos é clara, pois os princípios existem para darem um rumo às  
resoluções dos conflitos existentes.

Não existe divisão de categoria entre os princípios, cada um tem seu valor e não  
existe a prevalência de um sobre o outro, um princípio que não seja aproveitado num  
determinado caso pode ser o mais significativo em outro. É fundamental a importância  
que os princípios adotam para os ordenamentos jurídicos, principalmente em benefício  
de sua colocação e de sua presença no corpo das Constituições atualizadas, nas quais  
aparecem como dados axiológicos irradiadores. Eles são os acionadores de todo o  
sistema normativo.

### 2.3 O princípio da dignidade da pessoa humana: um direito fundamental

Entender o princípio da Dignidade da Pessoa humana remonta para uma tarefa  
anterior de conhecer o eixo histórico da humanidade. O período chamado Axial, que se

---

<sup>76</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 2002, p.254 e ss.

<sup>77</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Op.cit.*, p.72

.C., foi enunciado os grandes princípios e onde se  
tais de vida até hoje.

Em uma linha de tendência à racionalização, durante este período, as religiões tornam-se mais éticas e menos rituais ou fantásticas. É a partir do período axial que, pela primeira vez na História, o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais pra a compreensão da pessoa e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ele inerentes.<sup>78</sup>

Foi durante o período axial da História, que despontou a idéia de uma igualdade essencial entre todos os homens.

Na Grécia, conforme explica Fábio Komparato, a igualdade essencial do homem foi expressa mediante a oposição entre a individualidade própria de cada homem e as funções ou atividades por ele exercidas na vida social. Essa função social designava-se, figurativamente, pelo termo *prósopon*, que os romanos traduziram por *persona*, como o sentido de rosto ou, também, de máscara de teatro, individualizadora de cada personagem.<sup>79</sup>

A oposição entre a máscara teatral (papel de cada indivíduo na vida social) e a essência individual de cada ser humano ó que veio a ser denominada com o termo personalidade ó foi em seguida, longamente discutida e aprofundada pelos estóicos.

Muito embora não se trate de um pensamento sistemático, o estoicismo organizou-se em torno de algumas idéias centrais, como a unidade moral do ser humano e a dignidade do homem, considerado filho de Zeus e possuidor, em conseqüência, de direitos inatos e iguais em todas as partes do mundo, não obstante as inúmeras diferenças individuais e grupais.

Foi de qualquer forma, sobre a concepção medieval de pessoa que se iniciou a elaboração do princípio da igualdade essencial de todo ser humano, não obstante a ocorrência de todas as diferenças individuais ou grupais, de ordem biológica ou cultural.

---

<sup>78</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6 ed. Ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.11 e 12.

<sup>79</sup> COMPARATO, Fábio Konder, op. Cit. p.15.

essoa que forma o núcleo do conceito universal de dignidade, de natureza pleonástica, pois que se trata de direitos comuns a toda a espécie humana, a todo homem enquanto homem, os quais, portanto, resultam da sua própria natureza, não sendo meras criações políticas.

O princípio da dignidade da pessoa humana teve também, posteriormente, um alcance muito grande a partir do momento em que o Cristianismo foi sendo inserido no sistema, já que trouxe consigo a irmandade, acendendo uma crescente transformação na consciência da classe dominante e na dos dominados, onde os dominadores tinham muita dificuldade para avistar a igualdade dos sujeitos reprimidos, já que os indivíduos buscavam incessantemente pela garantia de seus direitos, mas tinham os mesmos extinguidos por um sistema que antigamente esbulhava a liberdade dos oprimidos face às disparidades que eram claríssimas nesses tempos.

Ingo Sarlet destaca que não lhe parece seguro, devido à falta de dados, atribuir à religião cristã a exclusividade e originalidade quanto à concepção de dignidade da pessoa. É fato que tanto no antigo como no novo testamento se pode encontrar referencia no sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus ó partindo dessa premissa o cristianismo extraiu a consequência de que: o ser humano, e não apenas o cristão, é dotado de um valor próprio que lhe é intrínseco, devido a isso, não poderia ser transformado em um mero objeto ou instrumento.<sup>80</sup>

Esta primeira fase do Cristianismo foi influenciada pelo pensamento do Papa São Leão Magno ou Papa São Leão I (29 de setembro 440 até 10 de novembro de 461), que dignificou os seres humanos por serem criados à imagem e semelhança de Deus e que a relação entre homem e Deus ficou fortalecida com a crucificação voluntária de Jesus Cristo. Posteriormente, Anício Manlio Severino Boécio (480 a 524 ), e tempos depois São Tomás de Aquino ( 1225 a 1274), formulou, para a época um novo conceito de pessoa, definindo-a como substância individual de natureza racional, influenciando a noção contemporânea de dignidade da pessoa humana. A fase iluminista, com sua crença na razão humana, foi o responsável por desalojar a religiosidade do centro do sistema de pensamento, substituindo-a pelo próprio homem.

---

<sup>80</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.32

Essa época foi também trazida por Immanuel Kant, que defende estes sacrais até então fortalecidas e fomenta que a concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano. É Kant quem vai apresentar a evolução mais consistente da natureza do homem e das suas relações consigo próprio, com o próximo e com as suas criações e da natureza. Immanuel Kant destaca:

(...) Tudo o que existe na criação e sobre a parte que se tenha suficiente poder, poderemos empregar como simples meio; unicamente o homem, e com ele toda a criatura racional, *é fim em si mesmo*. É ele efetivamente, o sujeito da lei moral, que resulta santa graças à autonomia da sua liberdade. Precisamente por isso, toda a vontade, como também a vontade própria de cada um, dirigida sobre a mesma pessoa, está limitada à condição do acordo com a autonomia do ser racional, a saber: não submeter o mesmo a qualquer intenção que não seja possível, segundo uma lei que possa originar-se na vontade do próprio sujeito passivo; não empregar este apenas como meio mas, ao mesmo tempo, também, como fim. Atribuimos essa condição até à vontade divina em relação aos seres racionais no mundo e como criaturas suas, porque ela apresenta como fundamento a personalidade desse seres, e eles por meio dela constituem fins em si mesmos.<sup>81</sup>

A concepção kantiana de dignidade da pessoa humana pode ser compreendida como um conceito inclusivo, no sentido de que sua aceitação não significa privilegiar a espécie humana acima de outras espécies, mas sim, aceitar que do reconhecimento da dignidade da pessoa humana resultam obrigações com outros seres e correspondentes deveres mínimos e análogos de proteção.

A idéia de que o princípio do tratamento da pessoa como um fim em si mesma implica não só o dever negativo de não prejudicar ninguém, mas também o dever positivo de obrar no sentido de favorecer a felicidade alheia constitui a melhor justificativa do reconhecimento, a partir dos direitos e liberdades individuais, também dos direitos humanos à realização de políticas públicas de conteúdo econômico e social, tal como enunciados nos artigos XVIII a XXII da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

De acordo com o filósofo, todo homem tem dignidade e não tem preço, como as coisas. A humanidade como espécie, e cada ser humano em sua individualidade, é

---

<sup>81</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução Paulo Barrera; revisão da tradução Saulo Krieger. São Paulo: Ícone, 2005, p.87.

em equivalente, não pode ser trocado por coisa

No entanto, a dignidade humana não poderia ficar enclausurada na doutrina cristã durante muito tempo, sob pena de não alcançar a almejada e necessária universalização de seu conceito. Necessário, então, secularizar seu conhecimento, trazer seu conceito para o mundo terreno, desvinculando-o de crenças específicas a um determinado credo.

Neste diapasão, surge a figura de Giovanni Pico della Mirandola para quem, não tão distante da idéia de Santo Tomás de Aquino, a dignidade era inerente à racionalidade intrínseca a todo ser humano; todo homem existia por sua própria vontade, por sua própria racionalidade, sendo portanto, possuidor de dignidade ao contrário dos animais, seres irracionais.

A idéia de que o homem pode ascender na cadeia dos seres pelo exercício de suas capacidades intelectuais, foi uma profunda garantia de dignidade da existência humana na vida terrestre. A raiz da dignidade reside na sua afirmação que somente os seres humanos podem mudar a si mesmos pelo seu livre-arbítrio. Ele observou na história humana que filosofias e instituições estão sempre evoluindo, fazendo da capacidade de auto-transformação do homem a única constante.<sup>82</sup>

A última fase histórica que percorreu a dignidade da pessoa humana foi com a Segunda Guerra Mundial. Barcellos enfatiza:

O último momento especialmente marcante no percurso histórico da noção de dignidade pessoa humana é também o mais chocante. A revelação dos horrores da Segunda Guerra Mundial transtornou completamente as convicções que até ali se tinham como pacíficas e õuniversaisõ. A terrível facilidade com que milhares de pessoas ó não apenas alemães, diga-se, mas de diversas nacionalidades européias ó abraçaram a idéia de que o extermínio puro e simples de seres humanos podia consistir em uma política de governo válida ainda choça.<sup>83</sup>

Existiram vários marcos históricos que trouxeram em suas composições a valoração da dignidade da pessoa humana, fundamentada em valores constitucionais,

<sup>82</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos seres humanos*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.7.

<sup>83</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. 2 ed. Renovar:Rio de Janeiro, 2008. P.125

Exemplificando, poderíamos remeter à Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949, em seu artigo 1.1., em sua decisiva afirmação: «A dignidade do homem é intangível. Os poderes públicos estão obrigados a respeitá-la e protegê-la». O princípio é inspirado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, consentida pela Assembleia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948, segundo o qual «todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade», preceito que, de certa forma, revitalizou e universalizou as premissas basilares da doutrina kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia no direito de autodeterminação da pessoa.

No ano citado acima, foram reconhecidos os direitos próprios a todos os seres humanos, os que já existiam e que não poderiam de maneira nenhuma ser negados por qualquer ato do Estado, por intermédio da Declaração Universal dos Direitos Humanos, com o objetivo de mostrar que o Estado quando no momento tomou para si a responsabilidade de operar a justiça, ele passou a ter como função primordial a garantia e defesa dos direitos e deveres pertinentes ao cidadão.

É justamente nesse sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade.

Adotando a finalidade originada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, a maioria das resoluções fundamentais recentes (Constituições) acarretou como um de seus embasamentos a dignidade da pessoa humana. Assim sendo, competiu ao conhecimento do Direito explanar o autêntico sentido do referido conceito, como em suas divisões nas várias expansões do ser humano.

## lica de Dignidade Humana

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana está elencado no art. 1º, inc. III, da CF, da seguinte forma:

Art. 4º: 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 (...).

Com esse artigo, consagrou-se expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático (e social) de Direito<sup>84</sup>, como bem afirma Afonso da Silva:

A dignidade humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda a experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transforma-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito.

O nosso constituinte de 1988, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.

O princípio da dignidade da pessoa humana remete o homem a analisar que tem direitos particulares que devem ser acolhidos, por ser um indivíduo que tem importância integral, não se embarçando com os demais entes públicos e privados, não podendo ser avaliado como coisa para alcançar apontado fim, é indivíduo e conseqüentemente tem personalidade.

Esse princípio ganha destaque, pois se caracteriza por ser um atributo intrínseco ao homem e, portanto, irrenunciável, inalienável, devendo tal valor ser reconhecido, respeitado, promovido e protegido.<sup>85</sup> Sendo ainda mais preciso e dando a relevância merecida a tal princípio, o autor Ingo Sarlet consagra que:

<sup>84</sup> SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 146.

<sup>85</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op.cit.p.57.

gnidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva  
cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e  
consideração por parte do Estado e da comunidade(...).<sup>86</sup>

Ingo Sarlet entende dignidade humana como um complexo de direitos e deveres fundamentais que resguarda a pessoa de atos desumanos ou degradantes, bem como é uma garantia de condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de ser uma faculdade concedida ao ser humano de poder participar ativa e corresponsavelmente sobre os destinos da própria existência e da vida dos demais seres humanos, por meio de respeito mútuo aos demais seres que integram a rede da vida.

Contudo esse princípio é o que vai fundamentar todos os outros princípios, regras e normas. É fundamento da nossa pátria, pois não há a existência da pessoa em função do Estado, mas sim o mesmo existindo em função do indivíduo, como já foi dito acima.

O princípio abordado tem em sua composição valores que norteiam todo um ordenamento jurídico. O mesmo não pode ser disjunto do indivíduo, pelo ensejo de que o princípio da dignidade da pessoa humana é constituído de direitos e obrigações basilares, que devem ser garantidos pelo Estado e pelos demais, dispondo posições mínimas para uma vida merecedora em consonância com a sociedade em geral.

Habermas argumenta sobre esse princípio, negando que seja um atributo inerente ao ser humano e sim fruto das relações humanas, confrontando o que a maioria dos autores defende como atributo inerente à pessoa, dizendo que:

A dignidade humana entendida em sentido moral e jurídico, encontra-se ligada à simetria das relações. Ela não é uma propriedade que se pode possuir por natureza, como a inteligência ou os olhos azuis. Ela marca, antes, aquela intangibilidade que só pode ter um significado nas relações interpessoais de reconhecimento recíproco e no relacionamento igualitário entre as pessoas.<sup>87</sup>

Ainda, tratando sobre esse princípio, Jussara Moreno defende que a dignidade da pessoa humana modelou-se como princípio maior do constitucionalismo contemporâneo, consubstanciando como base de todas as definições e de todos os caminhos interpretativos dos direitos fundamentais.<sup>88</sup>

<sup>86</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op.cit., p.67.

<sup>87</sup> HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.46

<sup>88</sup> JACINTHO, Jussara Moreno. *Dignidade Humana ó princípio constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006.p. 89.

da dignidade da pessoa humana antigamente, era reconhecida pela sua importância moral e em seguida foi com o passar do tempo atribuída ao valor legal, passando a ter um amplo amparo das instituições públicas e da coletividade, mas que desde os tempos remotos até a nossa atualidade não tem muitas vezes se apresentado de maneira eficaz.

Não é sempre que o indivíduo vai sair satisfeito numa decisão judicial, unicamente pela aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, serão avaliadas várias condições, onde a solução de cada caso vai depender de cada situação concreta que é proporcionada.

Freire de Sá e Torquato salientam ainda que o princípio constitucional do respeito à dignidade da pessoa humana implica no compromisso do Estado e das pessoas para com a vida e a liberdade individual, com direta integração no contexto social.<sup>89</sup>

Definir dignidade da pessoa humana talvez seja uma das grandes tarefas dos atuais doutrinadores, que buscam de uma vez por todas elucidar inúmeros conflitos que sugerem uma ofensa à dignidade da pessoa humana.

Podemos dizer que o conceito de dignidade humana abriga um conjunto de valores que não está restrito, unicamente, à defesa dos direitos individuais do homem, mas abarca em seu bojo toda uma gama de direitos, de liberdades e de garantias, de interesses que dizem respeito à vida humana, sejam esses direitos pessoais, sociais, políticos, culturais, ou econômicos.

Daí afirmarmos que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana está na base de todos os direitos constitucionais consagrados. Sejam direitos e liberdades tradicionais (art. 5º); direitos de participação política (art.14); direitos sociais (art. 6º); direito dos trabalhadores (art. 7º) e direitos às prestações sociais (art. 203). Porém, sua efetividade, está longe das necessidades da população, pois cabe ao Estado efetivá-lo.

Para definir dignidade é preciso levar em conta todas as violações que foram praticadas, para contra elas, lutar.

---

<sup>89</sup> FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NEVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética, Biodireito e o código civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.p.115.

eriência histórica o fato de que a dignidade nasce  
no porque é.

Percebe-se, então, que o termo dignidade aponta para, pelo menos, dois aspectos análogos mas distintos: aquele que é inerente à pessoa, pelo simples fato de ser, nascer pessoa humana; e outro dirigido à vida das pessoas, à possibilidade e ao direito que têm as pessoas de viver uma vida digna.

De acordo com o autor Ricardo Freire:

O princípio ético-jurídico da dignidade da pessoa humana importa o reconhecimento e tutela de um espaço de integridade físico-moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência ontológica no mundo, relacionando-se tanto com a manutenção das condições materiais de subsistência, quanto com a preservação dos valores espirituais de um indivíduo que sente, pensa e interage com o universo circundante.<sup>90</sup>

A dignidade da pessoa humana não é vista pela maioria dos autores como um direito, pois ele não é conferida pelo ordenamento jurídico. Trata-se de um atributo que todo ser humano possui independentemente de qualquer requisito ou condição, seja ele de nacionalidade, sexo, religião, posição social, etc. É considerada como o nosso valor constitucional supremo, o núcleo axiológico da Constituição.

Resulta que esse princípio basilar da Constituição Federal é fundamento dos demais princípios e dirige-se essencialmente ao ser humano, como cidadão, como um verdadeiro sujeito de direitos, que solicita ao Estado uma proteção e atenção maior em relação aos demais deveres estatais.

Neste momento, reconhece-se no Direito positivo, que temos no princípio da dignidade da pessoa humana uma proteção real ao indivíduo, protegendo direitos, o psíquico e o físico, de uma possível ofensa à sua integridade, originária do Estado ou do próprio cidadão comum (particular).

Habermas discorrendo sobre a natureza humana diz que:

Depender dos outros é uma circunstância que esclarece a vulnerabilidade do indivíduo em relação aos outros. A pessoa fica exposta de forma completamente desprotegida a feridas em relação aos quais ela geralmente

---

<sup>90</sup> FREIRE, Ricardo Maurício. *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*. Editora Jus Podivm, 2009, p.195

desdobramento de sua identidade e para a defesa de sua

O autor Afonso da Silva corrobora com o mesmo pensamento de que a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que permite a realização dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões. É a dignidade humana a responsável por dimensionar e humanizar o regime político democrático, visto que a democracia é o único regime político capaz de propiciar efetividade à dignidade.<sup>92</sup>

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é apresentado de maneira integral, pois mesmo que uma decisão seja adotada em benefício de uma coletividade, o respeito à pessoa humana não deve ser isolado, mesmo ela sendo apenas um único indivíduo.

Pode-se entender, então, que em qualquer lugar e em qualquer circunstância deve-se ter respeito à dignidade humana de qualquer indivíduo, pois ele a possui desde antes de ter nascido, no ventre materno, e ela o acompanha até depois de sua morte, na integridade de seu corpo.

Ainda sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, Daury Fabríz discorre:

A integridade física, psíquica e moral do ser humano se encontra intimamente ligada ao direito à vida, a uma vida digna. Vários são os instrumentos que asseguram esse direito, contido no princípio maior, que é o da dignidade da pessoa humana.<sup>93</sup>

Para Fabríz, o direito à vida revela-se a partir de duas concepções, determinando que a sua proteção deve-se atender o direito individual de estar vivo e o direito das pessoas, em comunidade, de ter vida digna quanto à subsistência.

Fernando Araujo defende a idéia de Dignidade como respeito, o qual deve ser destinado a toda pessoa humana, tanto por particulares como pelas instituições. Dignidade para o autor é respeito ao direito a um conjunto de bens e valores necessários e indispensáveis à sobrevivência adequada do ser humano.<sup>94</sup>

<sup>91</sup> HABERMAS, Jürgen. Op. Cit., p.48.

<sup>92</sup> SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. 1º ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 149.

<sup>93</sup> FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma do biodireito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 273.

<sup>94</sup> ARAUJO, Fernando José Pereira de. *Aspectos da história do direito no Brasil: opressão e bacharelismo: a gênese do positivismo no Brasil*. Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 291.

xplica que a pessoa é um valor absoluto ou  
nancias históricas e o conceito de pessoa é que faz  
gerar a defesa dos direitos humanos, porque estes se fundamentam naquele.

O ser humano e a sua dignidade precedem o Estado e o Direito que só existem em função dele, portanto, a forma digna de viver tem que ser o compromisso de todo o ordenamento jurídico e é o respeito a essa forma digna que vai legitimar a ordem estatal.

Tendo já esclarecido o que seria o princípio da dignidade da pessoa humana, necessário se faz elucidar agora que este princípio é um Direito Fundamental e a concretização daquele princípio acarreta a efetivação dos direitos fundamentais. São aqueles que conservam valores principais da ordem jurídica, ou seja, valores que estão tornados para a coletividade, para o empenho público, protegendo e fazendo valer esses valores. Ministram diretrizes para as necessidades prestadas pelo Estado e pela sociedade em geral.

Ao vir ao mundo o indivíduo já tem consigo direitos e garantias que já lhe são próprios, pois ao nascer com vida ele já contrai a partir daquele momento direitos e garantias que estão aplicados na nossa lei maior e que não podem ser infringidos em suposição nenhuma, sendo o mandamento dos direitos fundamentais arquitetado sobre o embasamento da dignidade humana.

Os indivíduos que são sujeitos de direitos e deveres devem sempre cobrar da sociedade e dos governantes que os seus direitos sejam respeitados e assim em consequência acatando a sua dignidade.

Entretanto há múltiplos pensamentos na observância da existência dos direitos fundamentais, se os mesmos já existiam ou não na antiguidade, pois alguns autores declaram que sim e outros asseveram que não. Mas a afirmativa positiva é a resposta mais correta.

Ora, a convicção de que todos os seres humanos têm direitos a ser igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de capital importância: a lei escrita, como regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada. A lei escrita alcançou entre os judeus uma posição sagrada, como manifestação da própria divindade.

ente em Atenas, que a preeminência da lei escrita, fundamento da sociedade política. Na democracia ateniense, a autoridade ou força moral das leis escritas suplantou, desde logo, a soberania esta tida doravante como ofensiva ao sentimento de liberdade do cidadão. Para os atenienses, a lei escrita seria o grande antídoto contra o arbítrio governamental.

Os direitos fundamentais são conceituados como o ajuntamento de direitos e garantias do ser humano, que tem como fundamental mira a sua dignidade, devendo ter por parte do Estado o devido acolhimento, concedendo ao cidadão direito às condições ínfimas de se ter uma existência digna e onde o seu desenvolvimento possa incidir de maneira adequada. Todo ser humano tem o direito de ser considerado em sua existência, em sua liberdade, tendo igualdade de condições e a dignidade, sendo a proteção a esses direitos reconhecida nos ordenamentos jurídicos nacionais e universais sob um aspecto positivo.

Há atualmente uma diversidade de expressões para o tema direito fundamentais, mesmo que essa variedade tenha origem meramente na criação didática, como os direitos do homem, os direitos humanos entre diversas.

Esclarece Sarlet:

[...] O termo "direitos fundamentais" se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão "direitos humanos" guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional...<sup>95</sup>

Todavia desde que foram adotados nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais, sofreram diversas alterações, tanto em seu conteúdo, como em sua titularidade, em suas implicações e na sua efetivação.

Não pode haver o afastamento dos direitos fundamentais, da Constituição e do Estado de Direito, pois há uma conexão íntima e indissociável entre os três tópicos, os direitos fundamentais nasceram para reduzir o poder do Estado não sendo mais um Estado irrestrito, onde os indivíduos agora podem proclamar seus direitos e onde o Poder Público é ligado aos direitos constitucionais, é nas Constituições que estão

---

<sup>95</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. op.cit., p.35-36

uma largamente apurada, pois os mesmos têm o seu

São os direitos fundamentais, os proclamadores dos valores basilares da coletividade, congregados às constituições atuais, espécies necessárias ao exercício da cidadania, tornando-se essencial a procura de meios jurídicos para a sua real aplicabilidade, pois não basta estarem somente expressos nos dispositivos constitucionais, eles realmente devem sair literalmente do papel, onde é nos fatos do cotidiano de uma sociedade, que será observada a busca incessante por esses direitos, onde os mesmos concedem possibilidades de vida satisfatórias.

O reconhecimento da condição normativa da dignidade, assumindo feição de princípio (e até mesmo como regra) constitucional fundamental, não afasta o seu papel como valor fundamental geral para toda a ordem jurídica, mas pelo contrário, outorga a este valor uma maior pretensão de eficácia e efetividade.

A condição de princípio é integralmente compatível com o reconhecimento da plenitude eficaz e, portanto, da plena vinculatividade da dignidade da pessoa humana na sua dimensão jurídico-normativa.

Paulo Bonavides afirmou sobre o princípio da dignidade da pessoa humana:

Sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser portanto máxima e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados.<sup>96</sup>

Os direitos fundamentais são tradicionalmente apresentados pela doutrina como um conjunto formado pelas seguintes categorias: direitos individuais, direitos políticos e direitos sociais.

Os direitos individuais são comumente identificados como direitos de liberdade. Trata-se de um conjunto de direitos cuja missão fundamental é assegurar à pessoa uma esfera livre da intervenção da autoridade política ou do Estado. Nesta linha, foram progressivamente conquistados os direitos à liberdade religiosa, à liberdade civil e

---

<sup>96</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.233.

), de expressão e de reunião, à liberdade de ser

Os direitos políticos, por sua vez, são aqueles que procuram instrumentalizar a participação dos indivíduos na deliberação pública, hoje identificados como um corolário da igualdade de todo o ser humano e da conseqüente necessidade de que as decisões políticas sejam tomadas por meio de uma fórmula majoritária.<sup>98</sup>

A terceira categoria a compor a idéia de direitos fundamentais é a que congrega os direitos sociais, econômicos e culturais. A noção de mínimo existencial, que será desenvolvida adiante, nada mais é que um conjunto formado por uma seleção desses direitos, tendo em vista principalmente sua essencialidade, dentre outros critérios. A esse conjunto de direitos se reconhece eficácia jurídica.

Diante disso, Dirley da Cunha assevera que os direitos sociais são uma garantia constitucional das condições mínimas necessárias para uma existência digna. E, o princípio da dignidade humana é o melhor fundamento para a aceitação da idéia do direito à saúde ser um direito subjetivo. Ao entender o direito à saúde como direito subjetivo, Dirley defende que passa a ser obrigação do Estado Social prover ao indivíduo os recursos indispensáveis à garantia de um padrão mínimo de sobrevivência.<sup>99</sup>

Esses direitos fundamentais, tanto sociais quanto individuais, são os que declaram, dão segurança a cada pessoa humana diante dos abusos e arbítrios do Estado, sintetizando substancialmente o senso maior de justiça, seria portanto, a função defensiva.

A conclusão, portanto, é simples: esses três grupos de direitos (individuais, políticos e sociais) não estão propriamente em oposição, antes se completam, na medida em que os direitos sociais viabilizam o exercício real e consciente dos direitos

<sup>97</sup> BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. 11º ed. 1992.

<sup>98</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra: Almedina, 2 ed. 1997, p.311

<sup>99</sup> DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPODVM, 2008.p.701.

dos contribuem para a realização da dignidade

São esses direitos que têm como objetivo revelar e afirmar os valores de dignidade, liberdade e igualdade; os direitos fundamentais são a forma normativa de traduzir esses valores. Eles são resultados das demandas concretas, ensejadas por incansáveis lutas contra as agressões a toda uma ordem econômica de intolerância que afligia os bens fundamentais e indisponíveis à existência digna da pessoa humana.<sup>101</sup>

Mais uma vez Dirley da Cunha afirma:

Podemos defender, tranquilamente que, já à vista do direito constitucional pátrio que a constitucionalização dos direitos fundamentais produz as seguintes conseqüências: a) as normas que os reconhecem situar-se-ão no escalão máximo do ordenamento jurídico positivado[...]; b) essas normas se submetem ao processo complexo e agravado de reforma constitucional [...]; c) tais normas funcionam, como limites materiais do próprio poder reformador [...]; d) elas são dotadas de imediata aplicabilidade e vinculatividade dos poderes públicos [...], e, finalmente, e) são protegidas através do controle de constitucionalidade dos atos omissivos e comissivos do Poder Público, [...].<sup>102</sup>

## 2.4 A noção de Direitos Fundamentais conforme Robert Alexy

Robert Alexy, na sua obra sobre a Teoria dos Direitos Fundamentais, faz questão de enfatizar que há uma diferença entre o conceito de norma de direito fundamental e o próprio conceito de direito fundamental: *“Sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito. Se a recíproca é verdadeira, isso já é duvidoso.”*<sup>103</sup>

O conceito de norma de direito fundamental é bem mais amplo do que o conceito de direito fundamental. Assim, o autor defende que é necessário, um conceito de norma, para melhor entender o conceito de direito fundamental.

### 2.4.1 Conceito de norma

Alexy preceitua que os direitos fundamentais são normas. Compreender o que sejam normas, talvez seja o mais clássico problema da ciência do Direito. Seu uso corrente em

<sup>100</sup> SILVA, José Afonso da. Poder constituinte e poder popular, 2002, p.198-199.

<sup>101</sup> DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. Op.cit., p.573.

<sup>102</sup> DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. op.cit., p.579.

<sup>103</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editore, 2008, p.50.

variedade de sentidos que isso ocorre, e quando seu  
os sentidos mais óbvios, geram discussões entre  
doutrinadores. Conforme se observa nas próprias palavras do autor:

O emprego do termo *norma*, em todos esses âmbitos, é caracterizado pela variedade de sentidos com que isso ocorre, pela vagueza que o acompanha em todos esses sentidos e pelas disputas que sempre suscita, disputas que são intermináveis quando tal termo é empregado fora de seu uso mais óbvio.<sup>104</sup>

As normas, por sua vez, diferenciam-se dos enunciados normativos, que deles se originam. O critério para a identificação de normas é baseado ao nível de norma e não ao nível do enunciado normativo. E o que seriam normas de direitos fundamentais?

O autor faz uma distinção entre normas fundamentais abstratas ou concretas. Aquelas seriam normas de direito fundamental que não estão vinculadas a um ordenamento jurídico ou a uma constituição e estas seriam normas de direito fundamental que estão ligadas ao ordenamento e ou constituição e Alexy, faz referência a este último tipo, cujo objetivo é uma teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã.

Os enunciados normativos encontrados na Constituição alemã serão chamados por Alexy de *disposição de direitos fundamentais*.

No primeiro nível, o conceito de norma de direito fundamental é definido com base em enunciados normativos estatuídos por uma determinada autoridade, o legislador constituinte. Observam-se aqui, critérios formais: estarem inseridos no título dos direitos fundamentais da constituição e referidos na disposição sobre reclamação constitucional. No segundo nível, o das normas de direitos fundamentais atribuídas, é dada continuidade a esta orientação, já que o conceito de norma de direito fundamental atribuída é vinculado à correção da atribuição a disposições dotadas de autoridade. A necessária liberdade no âmbito da atribuição é levada em consideração por meio do conceito de asserção sobre normas de direitos fundamentais. Qualquer um pode, a respeito de qualquer norma, asseverar que ela deve ser atribuída a disposições de direitos fundamentais.

---

<sup>104</sup> ALEXY, Robert. Op.cit.p.51-52

ado das normas de direitos fundamentais para o soma de dois fatores: da sua fundamentabilidade formal e da sua fundamentabilidade substancial. No primeiro caso, fundamentabilidade formal, decorreria que os direitos fundamentais estariam no topo do ordenamento jurídico, vinculando a todos. No segundo caso, fundamentabilidade substancial, as normas e os direitos fundamentais são essencialmente substanciais, pois são tomadas decisões sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade.<sup>105</sup>

Os princípios de direitos fundamentais influenciam o sistema jurídico como princípios objetivos. Ademais, Alexy deixa claro que as normas de direitos fundamentais não possuem algo objetivo, já que não possuem efeitos apenas para os cidadãos, mas também para a coletividade.

Assim, como bem ensinou Alexy, os direitos fundamentais, independentemente de sua formulação, mais ou menos precisa, têm a natureza de princípios e são mandamentos de otimização (no caso, a proteção e promoção da dignidade da pessoa) que deve ser realizado na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, ao passo que as regras contêm prescrições imperativas de conduta.

Assim, como assegurou Alexy, a dignidade da pessoa humana cuida-se de uma aparente impressão de um princípio absoluto, resulta tanto do fato de que coexistem, em verdade, duas espécies de normas de dignidade da pessoa (princípio e regra) quanto da circunstância de que existe uma série de condições nas quais o princípio da dignidade da pessoa humana, com elevada margem de certeza, assume precedência em face dos demais princípios.<sup>106</sup>

Alexy não admite o princípio da dignidade da pessoa humana como um princípio absoluto, e sim que este convive amplamente com outros princípios (e regras) do ordenamento e uma possível relativização do referido princípio.

Há na verdade, que se qualificar a dignidade como uma norma-princípio.<sup>107</sup>

---

<sup>105</sup> ALEXY, Robert. Op.cit. p.60

<sup>106</sup> ALEXY, Robert. Op.cit. p.144

<sup>107</sup> ÁVILA, Humberto. op.cit. p.154

Deve-se, também, considerar a criação do conceito de mínimo existencial, que é definido por filósofos e juristas, como John Rawls, Ricardo Torres Lobo e Ana Paula de Barcellos, como uma ação positiva do Estado para garantir ao menos os direitos básicos e necessários a cada cidadão para manter sua vida de forma digna.

Para Barcellos o Estado deve ofertar uma vida digna para todos, dotada de um núcleo básico. Este, no tocante aos elementos materiais da dignidade, é composto de um mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade.<sup>108</sup>

José Afonso sobre o mesmo tema, alega que, não bastante, porém, a liberdade formalmente reconhecida, pois a dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, reclama condições mínimas de existência, existência digna conforme os ditames da justiça social como fim da ordem econômica.<sup>109</sup>

A ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) nº 45/DF, No Supremo Tribunal Federal, que teve como Relator o Ministro Celso de Mello, diz que:

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo **ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência.** Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, com se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.<sup>110</sup> (grifo nosso)

Barcellos menciona sobre o assunto:

É fácil perceber que corrupção, ineficiência e clientelismo minam a capacidade das políticas públicas de atingirem sua finalidade: garantir e promover os direitos fundamentais e, em particular com prioridade, o mínimo existencial. Os recursos públicos são gastos, mas o *status* geral dos direitos fundamentais na sociedade sofre pouca melhora ó ou apenas melhoras transitórias- e, a

<sup>108</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Op.cit.p.304

<sup>109</sup> SILVA, José Afonso da. Op.cit. p.149

<sup>110</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45. Disponível em <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp=ADPF.SCLA.%20e%2045.NUME=basemonocraticas>. Acesso em 20 de julho de 2009.

Neste sentido, o Estado deve garantir que todos tenham direito subjetivo aos direitos fundamentais, como corolário imediato ao princípio da dignidade da pessoa humana, podendo exigi-lo caso ele não seja prestado voluntariamente pelo Poder Público.

## **2.6 A nova visão do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: a possibilidade de sua relativização.**

É observado atualmente que o Estado tem reconhecido a prevalência dos direitos fundamentais, onde o princípio da dignidade da pessoa humana está enraizado, onde nos mesmos têm-se verificado a essência do direito e de valores éticos divulgando uma base incontestável de todo o ordenamento jurídico do nosso país.

A consolidação do princípio da dignidade da pessoa humana vem ocasionando para as decisões judiciais novas concepções da magnitude de direitos e deveres fundamentais, concretizando a amplitude da tutela jurisdicional com a crescente aplicação desse princípio, primando pelo seu desempenho do funcionamento útil no ordenamento, tendo verdadeiramente força normativa e permitindo a concretização do mesmo, almejando uma máxima efetividade do princípio analisado.

Atualmente a importância do princípio da dignidade da pessoa humana tem sido constatada pela maioria dos operadores do Direito como pela coletividade de forma extensa, existindo várias áreas em que pode ser aplicado, pois esse princípio não é constituído por um caráter irrestrito e não podendo dentro da legalidade sofrer limitações.

No presente momento, o princípio aludido, tem sido visto como o mandado de otimização, como foi visto acima, apresentando dentro do ordenamento jurídico brasileiro um núcleo de aceção ao qual se atribui natureza de regra

O princípio da dignidade da pessoa humana tem variado sua importância ao longo dos tempos, é notório que o mesmo traz em seu conteúdo democracia, a qual

---

<sup>111</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Op.cit.p.348

r humano. Apenas no texto da Carta Maior de 1988  
constitucional.

Mesmo sendo um princípio de suma importância, o mesmo também deve trazer em si a relativização, pois não é por ser um princípio de tal grandeza, que o mesmo não vai ter em sua bagagem constitucional a possibilidade de ser relativizado, ou seja, a aplicação da razoabilidade no universo jurídico o qual está inserido.

O procedimento da relativização vai consistir na interpretação dos preceitos jurídicos conforme os princípios legais, graduando os interesses em questão. Relativizar tem sido definido atualmente em dar nova forma a interpretação das leis, trazendo humanização ao Direito, tendo como observação que o mesmo é instrumento de defesa para as iniquidades sociais, como será visto no próximo capítulo. Cada vez mais os operadores do Direito têm utilizado os princípios constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana.

O princípio analisado tem em seu conteúdo grande valor, mas não se pode ter uma compreensão individualista acerca do mesmo, ou seja, num conflito cidadão *versus* Poder Público, que sempre seja privilegiado o cidadão em todas as situações. Deve-se ter uma compatibilização, a interrelação entre os valores singulares e coletivos, não podendo sempre existir uma predominância dos interesses particulares. As saídas devem ser apanhadas em cada caso, sendo estudados os mesmos de acordo com a realidade concreta individual que os mesmos apresentem, ajustando-se com as condições expostas, existindo soluções que possam ser dadas por diferentes maneiras.

O mundo jurídico deve existir sempre a harmonização, as interrelações entre o princípio da dignidade da pessoa humana, as garantias principais e a cidadania, onde devemos avistar que o princípio analisado não traz somente para o indivíduo direitos, mas sim deveres que devem ser cumpridos pelos mesmos diante do Estado e da coletividade e especialmente ante si mesmo.

Ingo Sarlet conclui sobre a relativização do princípio da dignidade da pessoa humana:

No concernente à eventual relativização da dignidade por força de sua dimensão necessariamente relacional e intersubjetiva ó cumpre distinguir o

o-fundamental (a dignidade na condição de norma) da  
soa propriamente dita, isto é, com o valor intrínseco de cada  
pessoa, objeto de reconhecimento e proteção pela ordem jurídica.<sup>112</sup>

De acordo com Sarlet cada ser humano em virtude de sua dignidade e pela sua qualidade de pessoa é merecedor de respeito e consideração, não podendo essa dignidade ser violada ou sacrificada nem mesmo para preservar a dignidade de terceiros. Portanto, Sarlet defende que a dignidade não comporta nem uma certa relativização a nível normativo-jurídico. Para o autor a relativização das normas não lhe parece contornável, já que decorre da necessidade de se averiguar, em cada caso em concreto, a existência, ou não de uma ofensa à dignidade, bem como de uma definição de qual é o âmbito de proteção da norma e por fim, a decisão sobre questões de dignidade irá depender dos órgãos competentes.

No capítulo seguinte trataremos da aplicação deste princípio a partir da análise do poder discricionário do poder público à possibilidade de interpretação da normas para a solução dos casos concretos.

---

<sup>112</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. op.cit. p.150

### 3.1 Distinções entre eficácia e efetividade social

Neste capítulo buscaremos demonstrar que a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, diante do caso concreto, traz, muitas vezes, mais efetividade social do que a aplicação de uma regra jurídica com o modelo clássico da subsunção.

Para tanto, faremos uma distinção necessária entre eficácia e efetividade, já que há uma certa confusão por parte de muitos doutrinadores no usos destas expressões que são utilizadas, muitas vezes, como sinônimas, o que não são.

Todas as normas são dotadas de eficácia, em maior ou em menor grau. Portanto, quando incidem, incidência esta denominada eficácia normativa, geram as normas a chamada eficácia jurídica. Neste sentido Marcos Mello:

Somente depois de gerado o fato jurídico, por força da incidência, é que se poderá falar de situações jurídicas e todas as demais espécies de efeitos jurídicos (eficácia jurídica). (...) Resulta daí que, nem à norma jurídica sozinha, nem ao fato sem a incidência, se pode atribuir qualquer efeito jurídico. O fato, enquanto apenas fato, e a norma jurídica, enquanto não se realizarem seus pressupostos de incidência (suporte fático) não têm qualquer efeito vinculante relativamente aos homens.<sup>113</sup>

Analisa Ferraz Júnior que nem todas as normas exercem, concomitantemente, a mesma função com o mesmo grau de intensidade. Uma norma de proibição possui uma função primária de bloqueio de comportamento. Já a questão de resguardo, na norma proibitiva é secundária, haverá resguardo, porém obtido por um raciocínio a contrário. Ferraz Júnior defende que se houver abstração da função primária da norma, observar ó se óá que todas as funções estão presentes nas normas, só que a eficácia normativa, no conjunto, admite graus<sup>114</sup>.

Todas as normas, independente de incidência, carregam em si a eficácia. No entanto, os momentos de produção dos efeitos é que irão determinar se esta eficácia se produzirá no plano eminentemente jurídico, chamada de eficácia jurídica, ou também no plano social e concreto, que chamamos de eficácia social ou simplesmente efetividade.

<sup>113</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*, Saraiva, 2003, p.61

<sup>114</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2003.p.201

da diretamente às conseqüências imputadas pela

Segundo Michel Temer<sup>115</sup>, eficácia jurídica significa que a norma está apta a produzir efeitos na ocorrência de relações concretas, mas já produz efeitos jurídicos na medida em que a sua simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitam. Embora não aplicada a casos concretos, é aplicável juridicamente no sentido negativo antes apontado. É eficaz no plano puramente jurídico, embora não tenha sido aplicada concretamente.

José Afonso da Silva, comenta sobre o tema:

(...) a eficácia jurídica da norma designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. O alcance dos objetivos da norma constitui a efetividade. Essa é, portanto, a medida de extensão em que o objetivo é alcançado, relacionando-se ao produto final.<sup>116</sup>

Deve-se registrar que a terminologia utilizada pelo autor acima apontado encontra-se equivocada, já que a norma não produz efeitos jurídicos, mas apenas os define, atribuindo-os ao fato jurídico, conforme preceitua Pontes de Miranda. O que o autor trata como eficácia jurídica é, na verdade, eficácia normativa, vez que a eficácia jurídica somente se produz a partir da incidência do fato jurídico.

Segundo Luis Roberto Barroso<sup>117</sup>, a eficácia dos atos jurídicos consiste na sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das conseqüências que lhe são próprias. Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para o qual foi gerado.

De acordo com Pontes de Miranda, eficácia, então, é, pura e simplesmente, a possibilidade de produzir quaisquer efeitos jurídicos. Importa insistir na distinção: existência jurídica é ingresso no mundo jurídico, isto é, incidência de norma jurídica sobre o fato; validade é adequação desse ingresso, ou seja, conformação do ato com as condições normativas de produção dos efeitos a que visa; e eficácia é a produção de algum efeito jurídico, pretendido ou não pelo agente e visado ou não pelo ato. Assim,

<sup>115</sup> TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, Malheiros, 2003, p.23.

<sup>116</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas constitucionais*. Malheiros, 2000, p.66.

<sup>117</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.81

entre duas pessoas do mesmo sexo, segundo a lei  
entre irmã e irmão, existe, mas é nulo (código Civil,  
arts. 183, IV e 207); o casamento entre menores para evitar imposições de penas  
criminais e sob ordem judicial de separação de corpos até que cheguem à idade legal  
(Código Civil, art. 214, parágrafo único), existe e é válido, mas é ineficaz, quanto à  
obrigação de convivência dos cônjuges, até atingirem aquela idade; o casamento de  
pessoas que faleceram no estado de casadas existe e, embora nulo, é eficaz no que  
respeita a prole comum (art. 203 do código civil).

Entretanto, a eficácia da norma jurídica é dividida em funções eficaciais, onde a  
mesma não terá uma mesma finalidade para todos os fatos, a eficácia da norma jurídica  
poderá ter como finalidade prevenir comportamentos que não são aceitos pelo nosso  
ordenamento jurídico e aí terá a função de empecilho para esses métodos.

A eficácia pode ter uma segunda função que é a de delinear por meio das normas  
jurídicas a concretização de objetivos. As normas jurídicas podem também utilizar uma  
terceira função da eficácia que é a de resguardo, a função de amparo da eficácia das  
normas estará garantindo um desempenho almejado para aquela situação jurídica.

Todavia, existe também o grau de execução dessas funções eficaciais, pois  
quando a função eficaz da norma jurídica é próxima, sem precisão de outra norma,  
não podendo ser reduzida, afirma-se que a eficácia dessa função é completa.

Entretanto, quando a função de eficácia da norma estiver sujeita a dependência  
de outras normas, ela consistirá em ser limitada, por não ter autonomia para tanto. A  
função eficaz da norma será apontada como restringida, sendo completada enquanto  
não vier a ressalva, sendo assegurado que a eficácia dessa norma neste caso deverá ser  
contida.

A norma jurídica só será eficaz quando os fatos que compõem seu suporte  
fático forem corporificados, pois se não forem concretizados no nível dos fatos reais a  
norma nunca será eficaz, pois terá validade, mas não será suficiente, não passando de  
ser uma hipótese, pois não estará acarretando nenhuma consequência jurídica para o  
mundo real.

al ou total poderão ser constatados nos interesses pra-e-venda, onde a eficácia real somente passará a existir com a entrega da coisa, como também no negócio jurídico de composição de sociedade, onde a eficácia jurídica total só brotará após a inscrição de seu ato constitutivo no registro próprio, todavia no campo tributário terá sua eficácia final na dependência ao lançamento por ser um elemento integrativo decorrendo assim na exigibilidade ao crédito tributário, brotando a partir daí a obrigação de alcançar o pagamento do tributo e a apropriada aspiração de poder demandar.

A eficácia jurídica está mais acoplada ao direito material, pois é nela que se verão as questões técnicas jurídicas para que a norma possa vir a ser aplicada no mundo dos fatos.

Efetividade se entende pelo conceito de ser aquilo que já está sendo atingido, é a realização de algo que já era preexistente no mundo das vontades ou mesmo no nível exato, mas que se tornou algo real originando conseqüências<sup>118</sup>.

De acordo com Hans Kelsen determina que uma Constituição é eficaz se as normas postas de conformidade com ela são, globalmente e em regra, aplicadas e observadas.<sup>119</sup>

A partir do século XX o Estado começa a se incomodar com o novo entendimento em relação às obrigações de praticar ou não praticar, o processo foi perdendo a característica de mera ferramenta destinada ao acordo de litígios, para uma característica de explicação direta com o direito objetivo, onde daí surge a definição de efetividade.

O Direito para ser visualizado como forma de justiça em seu significado, além disso, é submisso a um conceito de efetividade, de validade incondicional, pois a efetividade desse Direito estará voltada não somente para um indivíduo, mas para uma coletividade que aspira por saídas rápidas e precisas.

Na época imediatamente precedente e ao longo da validade da Constituição Federal de 1988, as ações jurídicas em sua unanimidade, até mesmo as normas

<sup>118</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas ó limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9 ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2009, p. 83-84.

<sup>119</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6 ed. São Paulo:Martins Fontes, 2003, p.232

em três itens diferentes: o da sua existência, o da  
ser como quarto item distinto em suas apreciações a  
efetividade, pois é na efetividade que vai se observar se a norma é possível ou não de  
ser estabelecida no mundo dos fatos, para que chegue realmente a ser efetivada a  
decisão judicial e se aproximar, com isso, dos anseios sociais.

É a realização do Direito a aceção do que é realmente a efetividade, pois é ela  
que vai fazer predominar no mundo concreto as decisões que por ela são resguardadas.

Neste plano não mais se observa a eficácia jurídica, como uma possibilidade de  
aplicação da norma, mas a eficácia social, os mecanismos para a sua real aplicação, para  
sua efetividade.

Luis Roberto Barroso define efetividade como:

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho  
concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos  
fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto  
possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.<sup>120</sup>

O direito à efetividade decorre tanto do Direito Constitucional devido à  
Constituição afirmar ao indivíduo, extenso poder de acesso ao Poder Judiciário, quanto  
ao devido processo legal que significa a materialização dessa procura à Justiça.

A norma jurídica não é efetivada em nosso ambiente não somente pelo fato de  
seu descumprimento aos quais ela é imposta, mas a sua ausência de efetividade pode  
também derivar da inobservância da mesma, gerando assim a deficiência do sistema  
jurídico quanto aos casos em que existe a norma jurídica a ser aplicada, mas deixa de  
ser aposta pelo desprezo à mesma, o que ocorre muitas vezes com os princípios.

A efetividade tem o seu papel voltado mais para o meio social, pois não basta  
somente a lei existir e ser eficaz com todos os critérios confirmados dentro do regimento  
do sistema jurídico vigente, deve-se ater ao fato de examinar se realmente essa norma  
está produzindo efeitos na sociedade em seu cumprimento, e se essa efetividade das  
normas jurídicas está trazendo consigo evolução para os indivíduos em geral, pois não  
basta somente ter a lei no papel; o Estado, para que a lei seja realmente desempenhada e

---

<sup>120</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 82-83

os e condições favoráveis para que a mesma seja

Entretanto, o que é de suma importância para os operadores do Direito, como também para aqueles que procuram o Poder Judiciário para solucionar suas dificuldades, é que se ache sempre uma resposta à proporção da dificuldade a ser resolvida, o que não pode incidir é a falta de cumprimento das leis por parte do Poder Público e da sociedade, pois as nossas leis existem para garantir a efetivação dos direitos e garantias do cidadão para que o mesmo possa gozar dos seus direitos básicos.

É possível afirmar:

De acordo com a lógica de funcionamento do Estado de Direito, no momento em que uma norma se torna jurídica, qualquer que tenha sido sua origem remota, seu cumprimento passa a ser obrigatório para todos ó inclusive para o Poder Público, o que requer todo um aparato estatal capaz de impor essa obediência, direta ou indiretamente, caso ela não seja obtida de forma voluntária.<sup>121</sup>

É a Constituição, principalmente, e todas as outras leis que vão garantir que essas normas devam ser exercidas, mas por outro lado há uma deficiência por parte dos poderes em garantir realmente essa efetivação, por existir uma carência de uma elaboração para realizar essas prestações tanto sociais e econômicas à população, falta de recursos estatais que estejam disponíveis, desvios de verbas que seriam para alcance de finalidades coletivas e assim resultando numa expectativa frustrada do povo em relação às ações de seus governantes.

Em relação a isto citamos como exemplo a r. sentença de 1º grau proferida na 3º Vara da Fazenda Pública do Estado de Alagoas, no processo nº 13481-2/2003-MS, em que a impetrante, portadora de Hepatite C, utilizava o remédio Interferon com Ribavirina, mas além de não combater a referida doença causava na mesma um processo de anemia. Assim, tornou-se necessário a utilização de um novo medicamento e mais oneroso (Eritropoetina recombinante humana) que não estava entre o rol de medicamentos fornecido gratuitamente pelo Estado. Diante da comprovada insuficiência econômica da impetrante e da necessidade de se medicar com remédio que lhe proporcionasse a saúde esperada, impetrou a requerente o *mandamus* contra o Estado solicitando o fornecimento do referido medicamento. A decisão do MM juiz, conforme

<sup>121</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Op.cit. p.37

anexo (Anexo A), foi pela concessão da liminar isiva à lei que estabelece o rol taxativo de medicamentos em referência ao princípio da *dignidade da pessoa humana*, beneficiando o direito à saúde e à vida da impetrante.

As normas de definidoras de direitos fundamentais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, impõe ao legislador a tarefa de dar a devida concretização à obrigação estatal prevista na norma constitucional. Frise-se que a atividade do legislador não consiste apenas em conformar a obrigação estatal, mas também, de não se afastar dos critérios previstos na Constituição. Logo, é evidente que o legislador não poderá legislar contrariamente ao que prescreve a norma que consagrou o direito fundamental.

São os instrumentos processuais que proporcionam a repartição da efetividade, permitindo o real contentamento e efeito na aplicação do direito. O objetivo final da efetividade no processo é a incidência da moral e da conduta digna, tendo como afirmação a sua obrigação, acentuando os institutos processuais e materiais que possibilitam a sua concretização.

As normas jurídicas, para serem efetivadas no mundo dos fatos, dependem de uma série de requisitos que façam com que as mesmas venham a ser realmente desempenhadas ante a sociedade.

A efetividade jurídica ocorre quando a norma jurídica tem nos limites objetivos todos os seus elementos: hipótese, disposição, sanção, podendo assim produzir efeitos desde logo no mundo dos fatos, seja quando é respeitada ou quando é violada, ensejando aplicação de sanção.

Existe uma problemática em relação à concordância das normas jurídicas, sejam elas constitucionais ou não, pois nem sempre a sociedade vai aceitá-las e reconhecê-las como fidedignas, existindo vários fatores que evitem essa anuência, como a ausência de reciprocidade entre os valores protegidos por essas leis trazidos em seu conteúdo e em relação à verdadeira precisão do dia-a-dia, impossibilitando que as mesmas não possuam uma efetividade social real.

que se cometam e observem distinções entre esses  
dois tipos de observância, não são compostos dos mesmos contextos, tratando de  
distintos assuntos quanto à aplicabilidade da norma jurídica no mundo dos fatos. A  
eficácia diz respeito principalmente à aplicabilidade dos preceitos jurídicos, mas que  
para ter essa aplicabilidade, a norma terá que ter critérios que podem surgir do caráter  
fático ou do caráter técnico-normativo, que vão fazer dela apta a ser aplicada no mundo  
real, não podendo ser confundida com a vigência, pois a mesma refere-se ao período de  
validade.

Alega Tércio Sampaio :

A eficácia social ou efetividade de uma norma não se confunde, porém, com  
sua observância. A obediência é um critério importante para o  
reconhecimento da efetividade, mas esta não se reduz à obediência. Existem  
exemplos de normas que nunca chegam a ser obedecidas e, não obstante isso,  
podem ser consideradas socialmente eficazes.  
Não se reduzindo à obediência, a efetividade ou eficácia social tem antes o  
sentido de sucesso normativo [...].<sup>122</sup>

Quanto à efetividade, para a mesma ter uma ocorrência normativa, ela terá dois  
tipos de observância, quando presentes os critérios fáticos, aquela que será atendida por  
vontade própria e a outra quando atendida por imposição de terceiros, como pelos  
tribunais.

Ferraz Júnior entende que a efetividade é variável e pode ser graduada. Explica  
seu entendimento, afirmando que: se está ocorrendo a inobservância espontânea e os  
tribunais continuam aplicando a norma, o jurista deve investigar se os requisitos fáticos  
ainda existem, ou se ainda tem algum sentido social relevante. Pode ocorrer o contrário,  
haver observação espontânea da norma, mas as partes não procuram os tribunais, pois  
solucionam os conflitos de forma amigável. Nessa hipótese, a ausência de requisitos  
fáticos pode se dá pela impositividade por terceiros, como é o caso da morosidade da  
justiça, por exemplo.<sup>123</sup>

É preciso saber se a norma vigente é dona da efetividade no ambiente social,  
tendo nessa conjuntura duas situações a serem observadas: se as normas estão sendo

---

<sup>122</sup> FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. Op. Cit.p.199-200.

<sup>123</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Op.cit, p.200

mas estão cooperando para que o sistema jurídico  
lo os fins a que se designam.

Uma norma será eficaz quando a mesma venha a ser aposta com todos os seus requisitos presentes, consistindo na aplicabilidade necessária, ou seja, favorecendo a eficácia jurídica, já a norma se tornará efetiva quando houver obediência a mesma e assim havendo a aplicação da norma por parte dos agentes públicos, atingindo suas finalidades e seus objetivos específicos.

Luis Roberto Barroso enfatiza que o Direito existe para realizar-se, e se assim não fosse não haveríamos porque falar em função social do Direito, como discurramos no primeiro capítulo.

O Direito Constitucional não foge à esta proposição e o princípio da dignidade da pessoa humana aparece como uma forma concreta de solucionar os conflitos sociais mais difíceis de serem resolvidos, já que possui uma carga valorativa bem maior do que as regras jurídicas. Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana traz consigo uma carga maior de probabilidade de ser mais efetiva do que a regra jurídica aplicada ao caso concreto.

A busca pela dignidade não deve se limitar apenas a garantir a mera sobrevivência física das pessoas, mas, além disso, é preciso oportunizar aos indivíduos a livre fruição dos direitos fundamentais básicos, consagrados pela ordem constitucional, como, por exemplo, o direito à educação, à saúde, à moradia, ao salário mínimo, à assistência social, à previdência social, etc.

### **3.2 O panorama constitucional contemporâneo: Reconhecimento da função normativa dos princípios e a dignidade da pessoa humana como legado moderno.**

Como observamos ao longo do texto, diversos autores demonstram preocupação com a questão dos princípios.

Não se há de negar, todavia, que no universo jurídico, somente após a superação do entendimento estabelecido pelas teorias clássicas (jusnaturalismo e positivismo), o trato da questão dos princípios ganha força. Esta fase coincide com as

do século passado, nas quais pode-se perceber a que, encartados nos textos constitucionais, ganham força normativa ó e conseqüentemente vinculante -, numa demonstração de rompimento com as teorias passadas.

O reconhecimento da normatividade passa, necessariamente, pelo estabelecimento da normatividade dos textos constitucionais, tudo marcado pelo avanço da teoria do Direito; antes, é de se notar, as Constituições serviam apenas como instrumento de limitação do poder estatal. Interessante, neste sentido, o debate constitucional, segundo Canotilho, no qual gira em torno dos dois ãmodelosõ de constituição: a ãconstituição jurídicaõ e a ãconstituição políticaõ.

A lei fundamental, entendida apenas como norma jurídica superior, õjuridicizaõ o modelo da ãsociedade constitucionalõ e não resolve os problemas de legitimação e de domínio dessa mesma sociedade, mas apresenta maior clareza vinculativa e capacidade de redução da complexidade do sistema. Já o segundo modelo, o de constituição política, apresenta a vantagem de procurar ãintegrarõ o direito e a política. Subjacente aos modelos constitucionais encontra-se uma imagem de sociedade e uma teoria da ação. A constituição do ponto de vista filosófico iluminista precisa apontar um ãprograma racionalõ e um plano de realização da sociedade. Todavia, no que concerne a questão da teoria ação, a lei fundamental com seus padrões sistêmico-institucionalista tem o mister de garantir os princípios jurídicos ou as ãregras do jogoõ da sociedade estabelecida.<sup>125</sup>

A teoria constitucional, diante desses dois modelos aparentemente conflitantes trilhou o caminho do reconhecimento de normatividade do texto constitucional e relacionou os dois âmbitos dos ditos modelos: político e jurídico; portanto, um documento nem só ligado ao Estado (político), nem só ligado à sociedade (normativo). Neste sentido, aduz Clèmerson Merlin Clève:

<sup>124</sup> Existem princípios anteriores às Constituições, os quais dão a estrutura da sociedade e do Estado, tais como, no caso brasileiro, o princípio Republicano, o qual advém do pacto e contrato social fundante. Há outros também que não estão de forma expressa contidos nas constituições, mas que, inegavelmente, fazem parte da ordem jurídica, como por exemplo o princípio da boa-fé.

<sup>125</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 1 ed. Coimbra: Coimbra Editora Ltda, 1994, p.14.

s, agora, são documentos normativos do Estado e da instituição representa um momento de redefinição das relações desenvolvidas no seio de determinada formação social. Ela não apenas regula o exercício do poder, transformando as *potestas* em *auctoritas*, mas também impõe diretrizes específicas para o Estado, apontando o vetor (sentido) de sua ação, bem como de sua interação com a sociedade. A constituição opera força normativa, vinculando, sempre, positiva ou negativamente, os Poderes Públicos. Os cidadãos, têm, hoje, acesso direto à normatividade constitucional, inclusive para buscar proteção contra o arbítrio ou omissão do legislador.<sup>126</sup>

Com isso, e como já foi mais bem explicado no segundo capítulo, se demonstra o reconhecimento da função normativa dos princípios, que acabam por ter nas Constituições o seu mais alto grau de densidade. Fazer parte do sistema constitucional confere aos princípios muito mais que as clássicas escolas de pensamento jurídico lhes ofereciam, ou seja, elementos de integração do sistema (positivismo) ou entes superiores sem normatividade (jusnaturalismo): ser fonte primária do direito, no lugar mais alto do Direito posto, qual seja, na Constituição.

Os princípios além de sua função positiva que detêm, qual seja, a normatividade (obrigatoriedade do destinatário) e aplicabilidade imediata, há uma outra que não se pode olvidar: a função negativa; aquela que impede que se o contrarie. Em outras palavras, em se estando diante de um princípio geral, que não permita aplicabilidade imediata ao caso concreto, tem-se a proibição de conduta (ou interpretação) que o desrespeite.

Sobre a função negativa dos princípios constitucionais gerais e fundamentais, assevera Canotilho:

Mas a problemática dos princípios não se esgota na sua dimensão de determinante positiva e heterônoma. É que, por um lado, deixa-se intocada a questão de saber se a força positiva destes princípios constitucionais gerais e fundamentais não exigirá uma aplicação jurídica justa à verdadeira situação de facto ó *questão da aplicação justa*.<sup>127</sup>

Por outro lado, não se pode minorar a importância da função negativa dos princípios, visto que essa se tornará, particularmente relevante nos casos limites. Os casos limites são aqueles os quais se avaliam Estado de Direito ou de Não Direito?

<sup>126</sup> CLÉVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p.22.

<sup>127</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op cit.,p.279.

ura? Nos casos limites, os problemas são de  
tam-se, mas ultrapassam-lhes com os problemas de  
violação dos princípios últimos da justiça ou da fundamentação do direito.

Por fim, é possível resumir a incompletude das escolas clássicas no tratamento das diversas questões jurídicas ó mormente no que tange ao estudo dos princípios -, nas palavras de Bonavides:

Os princípios têm, desse modo, contribuído soberanamente para a formação de uma terceira posição doutrinária verdadeiramente propedêutica a uma teoria dos princípios, que intenta estorvar no campo constitucional as ressurreições jusnaturalistas e, ao mesmo passo, suprimir o acanhamento, a estreiteza e as insuficiências do positivismo legal ou estadualista, deixando à retaguarda velhas correntes de pensamento jurídico, impotentes para dilucidar a positividade do Direito em todas as suas dimensões d e valor e em todos os seus graus de eficácia.<sup>128</sup>

Com este panorama sobre os princípios e tratando sobre a questão específica do princípio da dignidade da pessoa humana, foco principal deste trabalho, passamos a fazer algumas considerações.

Se o conteúdo dos direitos humanos decorre da idéia de dignidade, esta deve ser lastro para a construção de uma sociedade aberta e pluralista, principiando-se pela necessidade de superação das dicotomias clássicas (competência constitucional e legitimidade processual, Estado e sociedade civil, direito público e interesse privado etc.) que dividem e atravessam o cenário jurídico, em direção à construção de uma concepção segundo a qual a hermenêutica se encontra a serviço dos interesses preponderantes do próprio povo. Uma sociedade aberta e pluralista pressupõe, acima de tudo, que seus valores não estejam estagnados, em muito menos controlados de modo centralizado somente pela compreensão e pela visão de mundo de autoridades de Estado.

O valor da õdignidade da pessoa humanaõ, dentro da cultura de uma sociedade aberta e pluralista, pressupõe não somente a preponderância desta visão sobre os demais valores (aquele que poderia ser dito a regra comum de todos os direitos humanos), mas, sobretudo que seus valores, consagrados inclusive através de normas jurídicas, sendo

---

<sup>128</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1997,p.79.

a Constituição,<sup>129</sup> estejam em permanente processo am ao nível do diálogo comum intercomunicativo (de um agir-em-comum em todos os princípios), que compareçam ao espaço público para sua crítica e discussão, para que estejam de acordo com a ética do agir comunicativo (Habermas).

Isto é o que exige que uma sociedade pluralista, especialmente quando dignificados pela positivação jurídica na condição de princípios (como é o caso do princípio da òdignidade da pessoa humanaö) ou normas de caráter constitucional (como é o caso da desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, do art. 184, CF/88), especialmente considerada a situação de sua consagração como direitos fundamentais (como é o caso do direito à tutela jurisdicional dos direitos, art. 5º, inc. XXXV, CF/88), expostos não somente ao debate público, de acordo com uma ética do agir comunicativo (Habermas), mas sobretudo abertos para a ampla interpretação por parte dos agentes sociais.

Nestas condições, pode-se considerar possível a superação do Estado de Direito em Direção a um Estado Constitucional, conforme preceitua Häberle.<sup>130</sup> Apesar das expressões normalmente receberem um tratamento equivalente, não raro sendo utilizadas como sinônimos, é possível distingui-las identificando no Estado de Direito um tipo específico de Estado, cunhado na lógica do legalismo burguês, sustentado pelo nascente naturalismo iluminista (Hobbes, Locke, Rousseau e Kant), inspirado no ideário liberal centrado nas idéias de propriedade e liberdade, desenvolvido sob a cultura novocentista do positivismo jurídico e da ciência dogmática, haveria de encontrar suas primeiras modificações quando da ascensão dos debates de caráter social e reivindicativo que acabaram por produzir a idéia de um Estado Social ou de Bem-Estar Social. É sistematicamente necessário que sua superação histórica se processe na identificação de novos paradigmas de regência do sistema jurídico; na transição

---

<sup>129</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e õprocedimentalö da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio, Fabris, 2002, p.34.

<sup>130</sup> Cito Häberle a partir dos comentários e críticas de Pérez Luño: õFrente al formalismo caracterizador del Estado de derecho, Haberle sostiene que em um Estado constitucional la Constitución no aparece entendida solo como um conjunto de formas normativas, sino también como la expresión de cierto estado de desarrollo cultural, como la representación cultural de um determinado pueblo y como el espejo de su próprio legado cultural y el fundamento de SUS aspiraciones y proyectos de futuroö (Pérez Luño, *La Universalidad d elos DErechos Humanos y el Estado Constitucional*, p.83).

importância de uma passagem do legalismo (Estado  
Estado Constitucional).

De acordo com Perez Luño<sup>131</sup>, uma cultura que implica este processo de superação das condições de limitação auto-impostas a partir da própria dialética das idéias na história, é o que marca o crescente mecanismo de revisão da cultura político-jurídica prevalecente para que se fixem as bases de desenvolvimento de um Estado Constitucional.

Dentro desta linha de raciocínio, caminhar em direção ao Estado Constitucional significa ampliar a função política do Judiciário, ou seja, abraçar as críticas ao Estado de Direito, quais sejam, o rigorismo dedutivista da legalidade e a limitação do positivismo jurídico, para constituí-lo não como o único intérprete que parte do Código de Direito Privado para compreender o sistema jurídico. Trata-se de entender que a função política do Poder Judiciário, como veremos logo em seguida, é a que desloca sua função de aplicador do sistema codificado, em direção à politização do sentido das metas sociais, das ambições axiológicas, das finalidades políticas eleitas, contidas na dinâmica de uma Constituição de caráter pluralista e democrático.

Como balanço teórico do que se está a discutir nesta proposta de raciocínio acerca de uma hermenêutica constitucional centrada no princípio da dignidade da pessoa humana, pode-se afirmar que a expressão traduz, na sua inteireza, toda a carga de demanda por justiça, em torno das aflições humanas (miséria, injustiça, sofrimento, exploração, desvio, deturpação, corrupção, degradação...), e que, somente por isso, pode ser dita uma expressão fundamental para a cultura dos direitos, esta que se dedica exatamente a identificar e a proteger valores que sejam construídos historicamente a partir das próprias mazelas do trato comum das coisas e da vida social.

As vivências mais marcantes do século XX trouxeram a necessidade de se insculpir como norma fundadora do Direito Internacional dos Direitos Humanos, na Declaração de 1948, art. 1º, aquela que identifica na dignidade da pessoa humana o centro dispersor de todos os demais valores a serem protegidos em órbita internacional. Se a positivação se dá no século XX, não necessariamente esta idéia vem se desdobrando desde longa data ao longo do processo de afirmação dos valores da cultura

---

<sup>131</sup> LUÑO, Perez. Op.cit., p.97

, especialmente a partir de quando a identidade  
idade do pensamento de Kant grande expressão.

No presente contexto sócio-cultural, marcado pela sempre crescente sensação de insegurança, a expressão *ôdignidade da pessoa humana*, sem pretensões de universalismo e absolutismo semântico-ontológico, pode servir como uma grande referência no sentido da proteção de valores fundamentais conquistados ao longo da trajetória da própria humanidade. Abrir mão desta conquista é tão insano quanto abdicar da própria civilização em nome da barbárie.

Se há algum sentido nas reivindicações pós-modernas, é o de que se tornou necessário repensar a modernidade. Mas, repensar a modernidade não significa abdicar de suas conquistas e de todos os seus valores; não é porque os direitos humanos tenham começado a se formar ao longo da afirmação da modernidade, como expressão do liberalismo burguês, que eles devam hoje ser rechaçados a pretexto de se rechaçarem valores liberais. É imprescindível conjugar estas conquistas com a necessidade de afirmação de uma cultura da efetivação destes direitos fundamentais (em suas diversas projeções), como único mecanismo de, a partir de um único e mesmo solo fundamental, dar-se guarida à proteção da dignidade da pessoa humana.

Trata-se, talvez, do melhor legado da modernidade, que deve ser temperado para a realidade contextual em que se vive, na medida em que se assume esta discussão não como debate de fundo ontológico, mas como o único dos consensos possíveis na pós-modernidade, e isto sem que se recorra a fundamentações metafísicas e transcendentais, pré-modernas, ou racionais e contratualistas, modernas. Assim, se há que se postular por um sentido de mundo, por um sentido de Direito, por uma perspectiva, em meio a tantas contradições, incertezas, inseguranças, distorções e transformações pós-modernas, este sentido é dado pela noção de dignidade da pessoa humana: *ôO homem-pessoa e a sua dignidade é o pressuposto decisivo, o valor fundamental e o fim último que preenche a inteligibilidade do mundo humano do nosso tempo.*<sup>132</sup>

Mais que isto, a expressão *dignidade da pessoa humana* não pode se traduzir num absoluto (fim) que admita em seu nome todo tipo de exploração, dominação

---

<sup>132</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *O Direito Hoje e com que sentido?* O problema actual da Autonomia do Direito. Lisboa, Instituto Piaget, 2002, p.103.

rejeitada. Os absolutos foram táticas da modernidade e das últimas experiências do século XX, que somente trouxeram consigo fome, miséria, prisão, ódio e imperialismo. Uma concepção de dignidade cultural da pessoa humana (versão pós-moderna da idéia de dignidade) está em fermentação em pleno bojo dos conflitos mais cruentos (atentados de 11 de setembro, invasão do Iraque, atentados de Londres) para a afirmação da lógica da dignidade universal da pessoa humana (versão moderna da idéia de dignidade).

A concepção que se propõe para a importância da expressão dignidade da pessoa humana, sobretudo na pós-modernidade, passa por uma compreensão não-unilateral das culturas, e muito menos centrada-ocidental das culturas, mas pela visão de que a afirmação da dignidade da pessoa humana, em territórios com amplas distinções culturais regionais, como é o caso do Brasil,<sup>133</sup> ou mesmo, projetando-se para fora do território do Estado, para se alcançar o plano das relações entre os povos, passa por um profundo respeito da diferença, bem como pela afirmação da multiculturalidade e da relatividade das concepções de dignidade.<sup>134</sup>

Só há dignidade, portanto, quando a própria condição humana é entendida, compreendida e respeitada, em suas diversas dimensões, o que impõe, necessariamente, a expansão da consciência ética como prática diuturna de respeito à pessoa humana. Trata-se de um ideal, e como todo ideal, um objetivo antevisto a ser atingido, mas nem por isso um ideal utópico, porque se encontra na estrita dependência dos próprios seres

---

<sup>133</sup> Este choque tem sido tematizado inclusive como sendo um choque cultural entre membros de um mesmo Estado, onde as concepções de cultura e dignidade também são diferentes, registra Boaventura: «A relação entre globalização e multiculturalismo é, desta forma, ambígua. Em certo nível, a globalização põe em contato diferentes culturas. Por intermédio da criação e organização de Estados que, durante o colonialismo, reuniram diversos povos sob uma soberania e fronteiras comuns, bem como por intermédio das migrações mais contemporâneas, ela conduziu ao desenvolvimento de Estados e Sociedades multiculturais. Mesmo dentro de um Estado, a globalização reforça os contatos entre os seus direitos dos povos e à medida que a fronteira do mercado se desloca em busca de matérias-primas -, assim trazendo muitos povos nativos para a esfera geral do Estado. A atual preocupação com a identidade, estimulada em grande parte pela globalização, reconheceu e deu proeminência e identidade dentro de Estados que tendiam a ver a si mesmos como étnicas e culturalmente homogêneos, dando assim um novo impulso ao multiculturalismo. Isto altera o contexto no qual opera o multiculturalismo, trazendo-o assim, para dentro dos limites dos estados, em vez de ser um choque/relação entre áreas geográficas amplas e díspares. Alguns dos debates mais intensos e interessantes sobre o multiculturalismo ocorrem agora dentro das fronteiras de um Estado, relacionados com a existência das duas comunidades». SANTOS, BOAVENTURA de Souza. *Reconhecer para libertar: os caminhos do Cosmopolitismo Multicultural*. São Paulo, Difel, 2003, p.518.

<sup>134</sup> Esta lição tem inspiração na proposta de Boaventura de Souza Santos, op.cit,p.438 até 443.

mo sendo um valor a ser perseguido e almejado,  
: humano.

### 3.3 A nova interpretação constitucional: possibilidade de aplicação dos princípios frente à inefetividade das regras jurídicas.

A Constituição Federal está posta no cume do sistema jurídico brasileiro, onde todas as jurisdições estatais são verdadeiras no grau em que a Carta Magna brasileira as reconheça e nas categorias por ela disseminadas. A nossa Lei Maior está localizada nesse ápice, devido ao embasamento no princípio da superioridade da Constituição, sendo uma das peças primordiais que estabelecem o Estado Democrático de Direito.

A Carta Magna trouxe consigo uma modificação das relações políticas e sociais ampliadas ao longo do tempo, conferindo diretrizes exclusivas para o Estado, ajustando o exercício da competência, ratificando a sua potência normativa, acoplando, positivamente ou negativamente, os Poderes Públicos.

Sendo a Constituição representada no ápice do ordenamento legal, cristalizada em normas jurídicas, e como preceito jurídico sobre todos, adequa a produção de regras inferiores, para que se tenha o domínio dessas normas não permitindo que as mesmas encontrem-se acima do que está descrito na Constituição Brasileira.

Hans Kelsen esclarece que a Constituição:

[...] A Constituição representa o escalão de Direito mais elevado. A Constituição aqui é entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais.<sup>135</sup>

É por interferência da Constituição Federal e de seus princípios que se inclui um moderno parâmetro para o Direito Civil, Direito Processual, Direito Penal, afinal, a todos os campos jurídicos.

A nova interpretação constitucional não se restringe a uma acepção única, que seja apropriada para todos os eventos existentes, os artigos constitucionais têm no seu conteúdo aberturas e princípios que não são sozinhos em sua composição, devendo o

---

<sup>135</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6 ed. Tradução de João Batista Machado. Coimbra: Armênio Armado Editor: 1984,p.310.

formato diferenciado para cada ocasião jurídica que

Deve-se atentar que a Constituição Brasileira não será sempre abarcante em relação à interpretação constitucional, vão ter casos em que as normas vão estar noticiadas de maneira que o intérprete não poderá afastar-se daquele fundo normativo, instituindo em regras habituais de baixo teor valorativo.

A Constituição protege valores distintos e interesses que se colidem, também nela são encontradas soluções díspares e contraditórias para múltiplas questões, onde o intérprete deve conhecer a maioria das normas para que não desampare um outro preceito que também poderia ser aplicável àquele mesmo caso confirmando um maior valor entre as duas normas jurídicas.

Ao versar sobre a nova interpretação constitucional, na normatividade dos princípios, não estão sendo dispensadas as leis convencionais, a importância das regras, pois o que se fala é de um progresso seletivo, aonde vai se ter muitos dos preceitos remotos, aos quais se atrelam novas situações que até então não estavam sendo adotadas e tendo como consequência o atendimento das necessidades de novas demandas.

A Constituição Federal de 1988 passa a ser vista e formada por um conjunto acessível de princípios e normas, no qual os juízos de ajustamento e de realização dos direitos essenciais desempenham um papel central, pois serão os primeiros a serem atendidos dados sua importância e amplitude.

Há atualmente princípios formulados a partir de novos jeitos de interpretação constitucional existentes na teoria, como exemplos:

Princípio da Integração da Constituição ó as regras constitucionais devem ser julgadas não como regras sozinhas e espalhadas, mas sendo agregadas a um aparelhamento interno unitário de princípios e normas. Há então, uma interpretação sistemática.

Princípio da Concordância Prática ou da Harmonização ó não há disputa hierárquica ou de importância entre os bens constitucionais, deve-se na explicação

Princípio da Força Normativa da Constituição ó a eficácia da Constituição deve ser clara e breve, para que haja a atualização de seus preceitos, mostrando os limites e pressuposições elencadas na Carta Magna.

Princípio da Máxima Efetividade ó a definição que deve ser aplicada na explanação constitucional é a que tenha maior resultado, deve-se abdicar da hermenêutica antiga, ao reconhecer a importância da normatividade dos princípios e valores constitucionais, especialmente no campo dos direitos essenciais.

Princípio do Efeito Integrador ó deve-se dar primazia à interpretação constitucional que leve em seu conteúdo feições que acatem com a unidade política e social, uma vez que haja a adesão para que não se dissocie a cisão política existente em um país.

Princípio da Interpretação segundo a Constituição ó as alternativas de interpretação constitucional devem estar ajustadas com a Constituição, para que com isso não aconteça interpretação em desconformidade com o teor da mesma.<sup>137</sup>

Cabe afirmar, aqui, que o princípio da interpretação conforme a Constituição não se resume apenas uma presunção de constitucionalidade da conduta do legislador, servindo para não declarar nula uma lei aparentemente inconstitucional, mas que se conforma razoavelmente aos preceitos constitucionais. Se o princípio tivesse somente esse significado de conservar o direito legal, ele conduziria na lição de Canotilho, ã uma contínua e positivística indiferença perante o conteúdo constitucional a favor da vontade e da confiança do legislador. Tendencialmente, o princípio da interpretação conforme a constituição transforma-se em alavanca metódica da legalização da lei fundamental.<sup>138</sup> Afirma, assim, o constitucionalista português que o sentido que deve ser adotado é aquele que considera as normas hierarquicamente superiores da

<sup>136</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 17 ed. Editora Malheiros: 2000, p.66.

<sup>137</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 98.

<sup>138</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, 1994, p.405.

Trata-se de verdadeiramente eliminar as normas que não se conformem com a constituição, pois esta atua como parâmetro da validade do conteúdo daquelas. Neste sentido, Canotilho e Vital Moreira lecionam que a preeminência normativa da Constituição implica ainda que as normas de direito ordinário desconformes com a Constituição são *inválidas*, não podendo ser aplicadas pelos tribunais e que as normas constitucionais aplicam-se diretamente, mesmo sem lei intermediária, ou contra ela e no lugar dela.<sup>139</sup>

Princípio da Proporcionalidade ó esse princípio aborda a respeito da proteção dos direitos fundamentais, pois constitui discernimentos para a demarcação desses direitos, como o próprio princípio da Dignidade da Pessoa Humana, abordado neste trabalho.

Menciona Barroso:

A Constituição, conforme assinalado é um sistema de princípios e regras. A atividade de interpretação constitucional, portanto, envolverá sempre a identificação de uns e de outras. Por vezes, um princípio será diretamente o fundamento jurídico de uma decisão. De outras vezes, sua incidência será indireta, condicionando a interpretação de uma determinada regra ou paralisando a sua eficácia.<sup>140</sup>

Pois bem. O princípio da interpretação conforme a Constituição, cuja fundamentação foi mostrada, pode ser apropriadamente entendido como o princípio da interpretação conforme os direitos fundamentais. Na verdade, o processo de verificação da compatibilidade das leis com a Constituição não se refere só a aspectos formais, mas se estende à verificação da conformidade *substancial*. Trata-se de aspecto que, na observação de Capelletti, é essencial em todo moderno efetivo sistema de controle judicial da legitimidade constitucional das leis.<sup>141</sup>

Ora, a substância principal de uma Constituição é uma ordem de valores materiais relativos aos direitos fundamentais, quer dizer, são o conjunto de princípios e

<sup>139</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra Editora, 1991, p.45-46.

<sup>140</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. ed. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.46

<sup>141</sup> CAPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. 3º ed. TRad. De Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996, p.129.

normativamente os valores da dignidade, liberdade e igualdade, substituindo-os por valores substituinte como primordiais e básicos de toda a vida coletiva. São eles que determinam o sentido próprio de todo o ordenamento jurídico, presidindo, portanto, toda sua interpretação e aplicação.

Se uma lei vulnera algum direito fundamental, ou o conjunto de valores que lhe dá sustentação, a interpretação conforme deve considerá-la inconstitucional, resolvendo o problema de outra maneira, inclusive com a aplicação direta da norma constitucional que o agasalha.

Trata-se de desenvolver, na verdade, um conceito de inconstitucionalidade material, que não se desvincula dos princípios superiores de justiça, igualdade e dignidade da pessoa humana, como bem lembra Paulo Bonavides. Afirma o jurista brasileiro que os direitos fundamentais são a bússola das Constituições. Em função disso, sua violação através de atos executivos, judiciais e legislativos constitui a pior das inconstitucionalidades, que é a inconstitucionalidade material.

### **3.4 Aplicabilidade Direta e Imediata do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como verdadeiro Direito Fundamental e a importância do Poder Judiciário nesta efetivação.**

Não se pode defender que todas as normas da Constituição têm imediata e direta aplicabilidade, restando essa virtude para tão-somente aquelas que gozam de uma plena eficácia jurídica. Isso significa que, se por um lado todas as normas constitucionais são providas de eficácia jurídica, como vimos anteriormente, por outro, nem todas podem desfrutar de aplicabilidade direta e imediata.<sup>142</sup>

É nesse ponto que os direitos fundamentais tem primazia ante as demais normas do ordenamento jurídico, uma vez que, a Constituição Federal de 1988 garantiu em seu art. 5º, §1º, que as normas definidoras de direitos e garantias tem aplicação imediata.

No entanto, este dispositivo está inserido no Capítulo que versa acerca dos direitos individuais e coletivos, e por conseguinte, estabeleceu-se uma problemática

---

<sup>142</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. São Paulo: Saraiva, p.260.

isto é, se deve ou não ser estendida aos demais

Em que pese a circunstância da situação topográfica do dispositivo, não há como sustentar uma interpretação restritiva da norma, aplicável apenas a categoria dos direitos individuais e coletivos, haja vista que, a partir de uma leitura global do texto constitucional, verifica-se que o Constituinte pretendeu, com sua expressa previsão do texto, evitar um esvaziamento dos direitos fundamentais, impedindo que os conservem como letra morta no texto da Carta Federal.<sup>143</sup>

Ocorre que, existem normas, que não receberam do Constituinte normatividade suficiente para serem aplicadas imediatamente, reclamando uma intervenção do legislador. Na verdade, foi exatamente a constatação de normas dessa natureza entre os direitos fundamentais que albergou o argumento dos que defendem a tese da aplicabilidade imediata não pode prevalecer em face à natureza das coisas, ou seja, contra as características normativas e estruturais de determinados direitos fundamentais.<sup>144</sup>

Portanto, a norma constitucional que garante aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais não teria o condão de impedir que as normas de direitos fundamentais carentes de concretização viessem alcançar sua eficácia plena tão-somente após a intervenção do legislativo, não gerando, antes disso, direito subjetivo ao titular.

Contudo, afirmar que ãa melhor exegese da norma contida no art. 5º, §1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto uma espécie de mandado de otimizaçãoo, que impõe aos órgãos estatais a tarefa de reconhecimento de maior eficácia possível aos direitos fundamentais, e que o alcance do princípio dependerá do exame da hipótese em concreto,<sup>145</sup> significa reduzir a importância que o legislador constituinte deu aos direitos fundamentais, é retroagir a um cenário onde os direitos fundamentais ficavam à disposição do legislador ordinário, uma inversão de valores que não pode ser admitida, haja vista que na esteira dos mandamentos dos direitos

<sup>143</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.274.

<sup>144</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.*, pag.275

<sup>145</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.*, pag.282-283

ador foi substituída pela sua vinculação frente aos

E nesse sentido, Krell, ao defender a tese da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, complementa que os direitos fundamentais podem ser imediatamente invocados ainda que haja falta ou insuficiência da lei, porquanto o seu conteúdo não precisa necessariamente ser regulamentado pelo legislativo, e, quando houver, não agrega nada de essencial, pode ser tão-somente útil, porventura, necessária, pela certeza e segurança que cria quanto às condições de exercício dos direitos ou quanto à delimitação frente a outros direitos.<sup>147</sup>

Os direitos fundamentais reconhecidos na Constituição de 1988 consagram os valores mais importantes em uma comunidade política, constituindo as bases da ordem jurídica da coletividade, e impõe certas prestações aos poderes estatais.

Com efeito, à medida que os direitos fundamentais traduzem os valores nucleares de uma ordem jurídica, seus efeitos não podem se restringir à limitação legal do poder estatal. Os valores que tais direitos encarnam devem se irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, condicionando e orientando a atuação dos poderes estatais. Os direitos fundamentais, mesmo aqueles de origem liberal, deixam de ser apenas limites para o Estado, convertendo-se em norte da sua atuação.<sup>148</sup>

Fala-se assim, de eficácia irradiante dos direitos fundamentais, na medida em que penetram por todo o ordenamento, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário. A eficácia irradiante, nesse sentido, enseja a humanização da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que serão calcadas na **dignidade humana**, na igualdade substantiva e na justiça social, estampadas no tecido constitucional.<sup>149</sup>

<sup>146</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op.cit., pag. 383

<sup>147</sup> KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um Direito Constitucional comparado* ó Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, pág.38

<sup>148</sup> SARMENTO, Daniel. A dimensão dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: José Adércio Leite Sampaio. *Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pg.254.

<sup>149</sup> SARMENTO, Daniel. Op.cit.,pág.279.

on Cléve, leciona que hodiernamente, o Estado, é de instrumental, uma máquina concebida pelo constituinte para buscar efetividade, a plena concretização dos princípios, dos objetivos e dos direitos fundamentais. É para isto que se presta o Estado, é para isto que o Legislativo legisla, que o Judiciário judica, que o Executivo administra, e que o Ministério Público atua. Todos os poderes do Estado com o escopo de buscar a plena efetivação e concretização dos direitos fundamentais. Quando o Estado se desvia disso ele está, do ponto de vista político, se deslegitimando, e do ponto de vista jurídico, se desconstitucionalizando.<sup>150</sup>

Considerados um referencial vinculante à atuação estatal, os direitos fundamentais reduzem acentuadamente a discricionariedade dos poderes constituídos, e exigem uma satisfação permanente do poder público.

Nesse passo, o Poder Judiciário é conclamado a exercer uma atividade jurisdicional de concretização dos preceitos constitucionais, uma vez que a positivação da realidade e dos reclamos de uma determinada sociedade não se satisfaz em si mesmo. É necessário que essas normas sejam efetivadas e concretizadas para não ensejar o que denomina-se ilusão constitucional ou normas simbólicas.

A jurisdição constitucional exercerá uma função determinante à consolidação ideal de Constituição. Não obstante, frise-se que a concretização constitucional não é função apenas dos órgãos que exercem a justiça constitucional, todos os poderes têm o dever de garantir a efetividade e a supremacia de suas normas. Todavia, no Brasil, o Poder Judiciário foi legitimado pela Constituição de 1988, a exercer a guarda dos dispositivos constitucionais, através de mecanismos de defesa, para implementar os valores ideais da ordem jurídica consignados na lei fundamental.

### **3.4.1 O uso da ponderação pelo Magistrado prestando a tutela jurisdicional efetiva.**

Trata-se a Constituição, então, de um sistema de normas abertas, no sentido de que têm uma estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e capacidade de

---

<sup>150</sup> CLÉVE, Clemerson Mérlin. *O controle de constitucionalidade e efetividade dos Direitos Fundamentais*. In: José Adércio Leite Sampaio. *Jurisdição Constitucional, e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pág. 388.

cionais para captarem mudanças de realidade e ambientes da õverdadeö e da õjustiçaö. Mudanças poderão ocorrer na forma de sua interpretação, sendo inútil a constante alteração de sua redação para que atualize seu conceito.

Entretanto, apesar dessa disponibilidade, por ser a Constituição composta por termos abertos (princípios) faz com que, mesmo num determinado lapso-temporal, diferentes juízes interpretem contrariamente a mesma norma, causando certa insegurança jurídica e social. Esses são os denominados e polêmicos õcasos difíceisö (hard cases).<sup>151</sup>

Com isso, temos o contrário do que buscava Konrad Hesse na enunciação de métodos õsegurosö de interpretação, que propunha alcançar o resultado õcorreto, através de um procedimento racional e confortável, e fundamentar este resultado de forma igualmente racional e controlável, criando deste modo certeza e previsibilidade jurídicas, e não acaso, o da simples decisão pela decisãoö.<sup>152</sup>

Alguns autores criticam esta conceituação de õcasos difíceisö. Casos fáceis (easy cases) e caos difíceis (hard cases) partem de um mesmo ponto e possuem em comum algo que lhes é condição de possibilidade: a pré-compreensão. Essa distinção é feita principalmente pelo positivismo de Hart e pelas teorias discurso-argumenativas, como de Robert Alexy. O que têm em comum é o fato de que, nos hard cases, consideram que os princípios (critérios) para resolvê-los não se encontram no plano da aplicação, mas, sim, devem ser retirados de uma õhistória jurídicaö que somente é possível no plano de discursos *a priori* (nofundo, discursos de fundamentação prévios).

Nos õcasos difíceisö, os princípios desempenham função essencial nos argumentos que sustentam as decisões a respeito de direitos e obrigações jurídicas particulares, pois não há uma regra clara norteadora.

A estrutura normativa dos direitos fundamentais sugere que levemos em conta, inicialmente, o tipo de norma que os traduz e garante. Robert Alexy, mais uma vez, é quem melhor leciona a respeito. Sua teoria dos direitos fundamentais tem servido de

<sup>151</sup> DWORKING, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p.47.

<sup>152</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Porto Alegre, 2008

bate. Segundo o autor, os direitos fundamentais são instituídos, sob a forma de princípios. Diferentemente das regras, que prevêm hipóteses determinadas de realização, os princípios são comandos *prima facie*, pois admitem relativização. É conforme na doutrina constitucional contemporânea que os direitos fundamentais, a despeito de sua importância, não são absolutos, mas relativos. Por traduzirem valores e não hipóteses concretas, não raro os princípios colidem entre si. Isto significa que as exigências do caso concreto irão determinar o raio de incidência. Potencialmente, portanto, não há como estabelecer o seu alcance, deixando-se ao comando da razão prática, que se sustenta na ação correta.

Esse é o primeiro problema encampado pelo pós-positivismo, que quer ver nas normas jusfundamentais a base da ordem jurídica positiva. De pronto percebe-se que para tal intento não bastam as referências metódicas da modernidade. A racionalidade é outra: valorativa. Na medida em que relativamos a incidência dos princípios, fazendo prevalecer um sobre o outro conforme as necessidades que o caso determina, maior a força dos argumentos a justificar tal medida.

Todos que procuram o Poder Judiciário têm direito a uma ampla tutela jurídica, pois é através da mesma que os efeitos dessa busca ao mundo jurídico vão poder ser efetivamente protegidos e certificados.

Está se vivenciando uma era pós-positivista, onde o julgamento não deve somente estar baseado no que já está positivado, o magistrado deve interpretar a lei de forma criativa e construtiva, ele deve observar todos os meios possíveis para a solução mais adequada do conflito existente, enxergando que além da lei escrita existem os princípios constitucionais, as jurisprudências, as súmulas entre outros mecanismos jurídicos, que não deixam de ter sua eficácia jurídica.

O juiz aplicando os princípios constitucionais num caso concreto verá que ele terá a probabilidade de solucionar esse caso de maneira mais abrangente, pois os princípios confrontados com as regras abrem o sistema enquanto que as regras fecham o sistema jurídico agindo sempre de forma mecânica. O magistrado não terá por obrigatoriedade o uso somente de um princípio, mas poderá utilizar vários princípios

que eles tenham valores idênticos, aliando assim a  
ando em sua valoração.

Atualmente tem se constatado a existência da técnica da ponderação, que consiste de maneira simples num processo que compete ao intérprete detectar no sistema as regras ressaltantes para a solução da ocorrência, são ajuntados os diferentes embasamentos normativos para a solução da situação jurídica, cabendo ao mesmo estudar os fatos, as situações reais do caso e sua influência mútua com os elementos normativos, havendo a apreciação dos diversos grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto onde estará sendo analisado de maneira contígua, sendo observado o grupo de preceitos jurídicos que deva prevalecer na interpretação.

É necessário ainda determinar o quanto esse grupo de regras e as soluções por ele recomendadas deve predominar em perda dos demais, sendo possível balancear a intensidade da solução recomendada, incumbindo ainda definir qual deve ser a obtenção adequada em que a solução deve ser aplicada.

Ultimamente ainda há uma resistência muito forte em relação à aplicabilidade dos princípios constitucionais às resoluções dos casos concretos, assinalando assim a dificuldade de concretização dos mesmos, porquanto essa aplicação é uma das alternativas que o magistrado pode vir a ter, pois os princípios não deixam de ser normas, mas que devem ser aplicados de maneira construtiva pelo mesmo.

Contudo o que não pode ocorrer é o Poder Público admitir a falta de cumprimento da obrigação gerada por uma decisão judicial, seja por ele próprio ou pela sociedade, assim, deixando de consolidar no plano concreto os direitos e deveres do cidadão ou de alguma instituição, com a alegação de que os efeitos daquela norma jurídica válida não podem ser desempenhados, gerando situações não muito amistosas entre a sociedade e o Estado, fazendo com que essa situação se caracterize num comportamento qualificado como grave, por estar afrontando os direitos do indivíduo, agindo com desobediência às leis estabelecidas.

Na aplicação dos princípios constitucionais, o juiz deve empregar a técnica da ponderação de bens e interesses, onde a decisão a ser aceita deve ser adequada para os dois lados, consistindo também numa busca de estabelecimento de hierarquização entre os princípios, um princípio sendo usado em detrimento de outro, que tenha menos

nalando a relativização dos princípios, usando a mais justas e adequadas.

Todavia quando o magistrado está exercendo sua função, ele deve ter em mente um equilíbrio, pois ele deve sempre avistar os efeitos que surgirão de sua decisão, e assim discernindo a adequação e a proporcionalidade da mesma, avaliando se a lei ou o instituto processual a ser utilizado àquela decisão está sendo apropriado para os fins que os mesmos se propõem, observando os custos e benefícios dessa decisão, proporcionando uma decisão originada de um direito justo e não arbitrário.

Pois bem. A norma que de forma direta promova e/ou proteja a dignidade humana deve ter preferência sobre outra norma que apenas indiretamente está associada com a proteção ou promoção da dignidade humana.

Se há de fato um conflito insuperável entre duas regras (ou, como ocorre com maior frequência, entre conjuntos de elementos normativos que dão origem a diferentes normas), isto é, se o confronto entre elas não pode ser solucionado por qualquer técnica tradicional e/ou pela preferência das regras sobre os princípios, caberá então apurar qual delas, de forma direta, promove a dignidade do indivíduo.

Note-se portanto, ainda que sob outra perspectiva, que as diferentes normas que o processo de ponderação venha a apurar, sempre podem, em alguma medida, ser reconduzidas à idéia de dignidade humana. O propósito do parâmetro é conferir preferência àquela que o faz de forma mais direta, ou seja, maior efetividade. Essa preferência (escolha) não se funda em qualquer espécie de desprezo pelas estruturas que, indiretamente, promovem a dignidade das pessoas, mas sim e apenas na necessidade de decidir entre uma coisa e outra.

Idealmente, as disposições que promovem a dignidade humana de forma direta (como as que cuidam de direitos fundamentais, por exemplo), devem conviver de maneira harmoniosa com aquelas outras que, indiretamente, têm o mesmo propósito. Entretanto, se esses enunciados geram normas e elas são, em determinado ambiente, inconciliáveis, caberá ao intérprete ponderá-las e decidir qual deverá ser aplicada e em que medida (quando isso seja possível), pois a própria Constituição, como vimos

vidiu posicionar a dignidade humana e os direitos  
a por ela criado.<sup>153</sup>

Ana Paula de Barcellos<sup>154</sup> não concorda com o esvaziamento total de uma regra diante de um princípio no caso concreto. Ressalta a necessidade de conferir-lhe uma interpretação capaz de acomodar a preferência em favor dos direitos do indivíduo.

### **3.5 A Importância da aplicabilidade do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como fonte garantidora das soluções quando da existência de normas inefetivas.**

É adequado observar que o princípio da dignidade da pessoa humana tem sido visto por todos como princípio definidor dos direitos e garantias fundamentais, tendo a necessidade de ser aplicado de forma imediata às decisões judiciais, caracterizando-se pela necessidade de uma aplicabilidade superior a casos concretos que devem ser solucionados da maneira mais breve possível.

O princípio aludido vem através da superioridade que lhe é atribuída, requerer que o desempenho jurisdicional não se limite apenas ao aparecimento do juiz quando tratar da existência de um direito, mas tendo o indivíduo direito ao fornecimento e aos meios gerenciadores amoldados de oferecer efetividade ao direito preciso o que significa direito aos efeitos em definição exata, pois o princípio mencionado tem em sua composição recursos particulares para cada sujeito, onde cada um vai ter uma necessidade específica e que deve ser atendida e julgada de forma muito particular para o alcance de cada anseio.

Fazendo referência ao princípio analisado, o mesmo traz em sua bagagem constitucional valores que justificam a existência do mesmo, pois o acenado princípio constitucional força cada vez mais a diminuição das distâncias entre o Poder Judiciário e a realidade social, sendo observado que o acesso à justiça ainda no nosso presente é

---

<sup>153</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. "Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira". In: LEITE, George Salomão (organizador). *Dos princípios constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*, 2003, PP.225 e 226: "É justamente para efeitos da indispensável hierarquização que se faz presente no processo hermenêutico que a dignidade da pessoa humana (ombreado em importância talvez apenas com a vida e mesmo esta há de ser vivida com dignidade) tem sido reiteradamente considerada como o princípio (e valor) de maior hierarquia da nossa e todas as ordens jurídicas que a reconheceram"

<sup>154</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.273.

por vários motivos, seja pela falta de instrumentos e prestação jurisdicional efetiva, ou pela ausência de divulgação de informações quanto aos direitos e deveres que todos possuem ou pela falta de credibilidade dos que já buscaram prestações ativas procedentes do Estado-juiz e onde o mesmo não desempenhou o seu papel de maneira favorável e funcional a esses indivíduos.

Os julgamentos devem acompanhar a evolução da sociedade e dos conflitos que a cada dia são desdobrados em várias facetas, fazendo com que o magistrado venha a analisar de uma forma mais prática e dinâmica os casos concretos, com o objetivo de consolidar a presença do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual na maior parte das ocasiões tem estado somente no plano oratório e não material, onde não é vista uma aplicabilidade real face às normas jurídicas existentes quando da falta de efetividade.

O juiz e o sistema jurídico devem refletir sobre a imensurável seriedade do valor humano, não se limitando a normas que não trazem em seu bojo efeitos expressivos à realidade social, e não somente trabalhando de forma mecânica e limitada ao aplicar normas que não estão desempenhando o seu verdadeiro papel que é o de garantir direitos inerentes ao indivíduo e que deixa de atendê-los por não ter uma observância e uma realização palpável pelos operadores do Direito e pela sociedade em geral, pois o julgador deve decodificar as leis de maneira que conduza à justiça social almejada.

O magistrado não somente deve se ater à aplicação de maneira automática das normas, já que o mesmo como sujeito que é comprometido com o zelo da justiça e na solução das desordens, deve discernir quanto aos resultados desses tipos de normas, que não estão desempenhando mudanças enérgicas, tendo como dever observar os casos anteriores vistos e assim dinamizar o seu julgamento, usando a proporcionalidade de forma que venha a utilizar um princípio constitucional que atenda e abranja a verdadeira democracia, que é o da dignidade da pessoa humana, agindo assim pela proteção da figura do ser humano, o qual não existindo não tem motivo de existir o Estado-juiz.

É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para o conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.<sup>155</sup>

O intérprete não pode desconhecer os episódios sociais e os valores que emolduram a ação judicial e jurisdicional de maior justiça e resistência. A saída contida na lei não é completa, sendo imperativo se apelar a outras fontes e caçar o apontado direito equitativo.

Enfatiza Raimundo Bezerra Falcão:

O intérprete não pode esquecer que determinadas normas, ainda quando válidas e vigentes, são às vezes, tão monstruosamente injustas e lesivas ao próprio sentimento de humanidade que se faz aconselhável interpretá-las atenuadamente, quando não seja pura e simplesmente o caso de as interpretar mais com base nos princípios que na letra da lei expressa.<sup>156</sup>

Não se podem ignorar as dificuldades quanto à falta de aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana, por ser um princípio de supremacia da Constituição e do Estado de Direito, pois se a norma jurídica que está sendo aplicada não gera os efeitos e objetivos esperados, de que adianta a insistência dessa aplicação? Pois é claro e notório que a mesma se tornou inefetiva e ineficiente para os casos de conteúdos semelhantes, e que a aplicação do citado princípio seria fundamental, em face de sua efetivação jurídica, garantindo um mínimo existencial de condições materiais indispensáveis à existência humana digna, não somente como física, mas também material, espiritual e intelectual.

---

<sup>155</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.p.01

<sup>156</sup> FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997, p.246.

No presente capítulo encontra-se o objetivo final de nosso trabalho, a partir da constatação de que o reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana está cada vez mais servindo de orientação para juízes e juristas diante do caso concreto.

Analisaremos alguns casos práticos como forma de demonstrar a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana em diferentes esferas do Judiciário, afastando ou interpretando muitas vezes, a regra jurídica estabelecida em favor da dignidade humana satisfazendo os anseios sociais e individuais, que é o fundamento maior do Direito.

**1. CASO CONCRETO: Autor que pleiteou judicialmente o levantamento do seu FGTS para tratar de familiar seu, portador de HIV, e que esta hipótese não era contemplada pelo rol taxativo do art.20, da lei nº8.036/90, que permite o levantamento do FGTS. O pedido do autor foi Contemplado e ratificado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana.**

Acórdão: Resp 249026/PR; Recurso Especial (2000/0015853)

Fonte: DJ Data 26/06/2000

PG: 00138

Data da decisão: 23/05/2000

Relator: Min. José Delgado (1115)

Órgão julgador: T1 ó Primeira Turma

EMENTA: FGTS. LEVANTAMENTO. TRATAMENTO DE FAMILIAR PORTADOR DO VÍRUS HIV. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

A decisão acima é um exemplo de aplicação da interpretação extensiva para beneficiar o autor/recorrido.

Constata-se que o recorrido foi beneficiado com a decisão acima do Colendo Superior Tribunal de justiça que, ao constatar nos autos que o parente do autor comprovou ser portador do vírus HIV e que necessitam de recursos financeiros para manter sua saúde e, conseqüentemente, a própria vida, julgou acertadamente desprovido o Recurso Especial.

o art.20, XI, da Lei nº8.036/90, de um rol taxativo permitem o levantamento do FGTS, dentre as quais não se encontra a hipótese ventilada, entendeu a Colenda Corte Especial que este caso permitia a aplicação da interpretação extensiva do inc.XI, do art.20, desta lei, para abranger dentre as hipóteses de levantamento do FGTS, a do autor/recorrido.

Optou-se acertadamente por privilegiar o preceito maior insculpido na Constituição Federal, garantidor do direito à saúde, à vida e à dignidade da pessoa humana, bem como a levar-se em conta o dispositivo do art.5º, da LICC, segundo o qual õna aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, uma vez que a própria razão de ser do fundo é assegurar ao trabalhador o atendimento de suas necessidades básicas e de seus familiares.

**2. CASO CONCRETO: Exequente que pleiteia a preferência na ordem de pagamento dos precatórios em vista ter idade avançada e portador de AIDS bem como Mal de Parkinson, não dispendo de recursos econômicos financeiros para arcar com o tratamento médico necessário. Hipótese contemplada com fundamento no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.**

Tribunal: TR4 Acórdão RIP:11080073 Decisão: 16-03-1999 Proc: AGVAG Num: 0401080073-4

Ano:1998 UF:RS Turma:06 Região:04

Agravo de Instrumento

Fonte: DJ Data: 14-04-99 PG: 000979

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. ART.100 DA CF-88. LIMINAR DETERMINANDO O PARCELAMENTO DA DÍVIDA. EM FACE DA GRAVIDADE DO ESTADO DE SAÚDE DA CREDORA E DA NECESSIDADE DE TRATAMENTO COM DESPESAS ELEVADAS, MENSAIS. DISPENSA DO PRECATÓRIO.

O caso em questão consiste em aparente conflito de princípios constitucionais: O princípio da isonomia e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Constata-se que a recorrida foi beneficiada com a decisão do pagamento antecipado e parcelado da dívida, dispensando-se a ordem do pagamento dos precatórios uma vez que, obedecendo-se à ordem dos precatórios, a exequente somente iria receber as parcelas depois de dois anos, o que poderia ensejar a morte da credora, cujo atestado

der mensalmente de valores elevados no tratamento

Na hipótese em concreto, embora a exequente tenha feito uso do procedimento de tutela antecipada, que é inerente ao processo de conhecimento, este Colendo Tribunal acatou o meio processual entendendo que este pode ser utilizado no processo de execução, em obediência ao Art.5º, da LICC, uma vez que, comprovada a certeza e liquidez do crédito, foi a única forma de evitar a possibilidade de perda da vida da exequente, com a celeridade exigida.

Quanto ao conflito aparente de normas, utilizando-se do crivo da ponderação, a corte entendeu que não houve afronta ao Princípio da Isonomia uma vez que, a exequente comprovou nos autos o seu estado grave de saúde e que a obediência à ordem dos precatórios poderia ensejar sua morte, possuindo esta então uma desigualdade aparente em relação às demais pessoas.

Optou-se obviamente pela preservação da vida, assegurada na Carta Maior, reconhecendo-se o direito da exequente de cuidar de sua saúde com a urgência que o caso merecia, em obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região promoveu a justiça merecida com esta decisão.

**3. CASO CONCRETO: Autora/recorrida que pleiteia a manutenção do pagamento de seu benefício suspenso pelo INSS, por suspeita de fraude. Comprovada a necessidade financeira da autora ao benefício para sustento e a arbitrariedade do INSS em suspender o referido direito por mera suspeita. Buscou-se na decisão abaixo, preservar o mínimo da dignidade humana da autora.**

TR3 ACÓRDÃO DECISÃO:14-04-1998

Processo: AG Num: 03042695-2 Ano:95 UF:SP

Turma:02 Região:03

Agravo de Insstrumento

Fonte: DJ DATA:20-05-98 PG:000266

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO: RESTABELECIMENTO IMEDIATO DO PAGAMENTO DE BENEFÍCIO. CONCESSÃO DE LIMINAR. NATUREZA ASSECURATÓRIA. PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO. SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO. CARÁTER ARBITRÁRIO.

DO BENEFICIÁRIO. PRINCÍPIO DA UNIDADE DA  
E DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. PREVALÊNCIA  
OS MEIOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.  
ARTIGO 1º, III, DA CARTA MAGNA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ARTIGO 194, *CAPUT*,  
DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FINALIDADE PRECÍPA DA SEGURIDADE SOCIAL.  
MANUTENÇÃO DE UM VALOR MÍNIMO DO BENEFÍCIO. PREVALÊNCIA DA DIGNIDADE DA  
PESSOA HUMANA. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE  
PÚBLICO SOBRE O PRIVADO. AUTO-EXECUTORIEDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.  
AUSÊNCIA DE SEUS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES. AGRAVO IMPROVIDO.

O caso aqui apresentado trata-se de um conflito aparente de normas constitucionais: O Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e o princípio da dignidade da pessoa humana. Constata-se que a recorrida foi beneficiada pela concessão de liminar para assegurar a continuidade do pagamento de seu benefício, o qual estava sendo questionado pelo INSS, sob a suspeita de fraude.

O INSS agravou da referida decisão alegando que a suspeita de fraude em questão impunha a aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, suspendendo-se o pagamento do benefício e a agravada se defendeu alegando que a suspensão do benefício seria uma decisão arbitrária e ofenderia ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois atingiria o seu *status dignitatis*.

A percepção de benefício constitui o objetivo fundamental da Seguridade Social pois, possuindo caráter alimentar, configura a necessidade de manutenção de um valor mínimo do benefício, que assegure ao beneficiário a garantia dos direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Objetivos estes previstos no art.94, *caput*, da Carta Magna.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não permite a suspensão do benefício pela própria autarquia, em processo administrativo, fundada simplesmente em mera suspeita de fraude pois, ofenderia os princípios da ampla defesa e da dignidade da pessoa humana, não havendo, neste caso, qualquer risco do perecimento do interesse público que justifique a referida suspensão.

No caso do conflito aparente de normas constitucionais, fez-se mister ponderá-los buscando-se a aplicação do princípio da unidade constitucional. Houve no caso, clara prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana sobre o princípio do da supremacia do interesse público sobre o privado, por consistir aquele em um dos

Estado Democrático de Direito e configurar objetivo  
artigos 1º, III e 94, *caput*, da CF/88).

Brilhante foi esta decisão do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que julgou pelo improvimento do agravo em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana.

**4. CASO CONCRETO: Ré em processo crime no qual respondia por tráfico de entorpecentes, sujeita a prisão em flagrante, impetrou habeas corpus requerendo a liberdade provisória em vista de ser portadora do vírus HIV, hepatite C e Câncer da medula, possuindo uma filha menor de idade que depende economicamente da impetrante. O pedido foi contemplado pelo Colendo Supremo tribunal Federal com fundamento no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.**

HC 94916/RS ó Rio Grande do Sul

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. EROS GRAU

Julgamento: 30/09/2008 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação DJe-236

DIVULG 11-12-2008

PUBLIC 12-12-2008

EMENT VOL - 02345-02

PP-00243

Parte(s)

PACTE.(S): TATIANA ROSA PRETTO

IMPTE.(S): KATIUSCIA MACHADO DA SILVA

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONTROVÉRSIA A RESPEITO DA POSSIBILIDADE DE LIBERDADE PROVISÓRIA. IRRELEVÂNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CAUTELAR. VINGANÇA. A SUBMISSÃO DA PACIENTE AO CÁRCERE É INCOMPATÍVEL COM O DIREITO, AINDA QUE SE POSSA TER COMO ADEQUADO À REGRA. MANTER PRESA EM CONDIÇÕES INTOLERÁVEIS UMA PESSOA DOENTE NÃO RESTABELECE A ORDEM, ALÉM DE NADA REPARAR. SITUAÇÃO PECULIAR A CONFIGURAR EXCEÇÃO. EXCEÇÃO CAPTURADA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO. ORDEM CONCEDIDA.

Não obstante a controvérsia a respeito da possibilidade, ou não, da liberdade provisória em caso de prisão em flagrante por tráfico ilícito de entorpecente, passamos a apreciar o caso acima em que houve o afastamento de uma regra penal. A paciente foi

como incurso, à época, nos artigos 12 e 18 da Lei de Execução restritiva da regra penal para beneficiar a ré.

Em princípio, o crime de tráfico, qualificado como hediondo, não comporta liberdade provisória. No entanto, examinando-se o caso concreto, podem-se constatar algumas peculiaridades que justificam a brilhante decisão: A paciente foi surpreendida com pequena quantidade de maconha quando visitava o marido na penitenciária. A liberdade provisória foi deferida pelo Juiz da causa e, posteriormente, cassada pelo Tribunal de Justiça local, havendo a impetração do Habeas Corpus em questão. Comprovou nos autos que é portadora do vírus HIV, o que acarretou em doenças como Hepatite C e Câncer da medula; Além do que, tem uma filha pequena que depende economicamente da mesma; comprovou ter endereço certo e exercer atividade remunerada, não havendo mais reincidido na conduta acima.

Houve no caso em questão, a afirmação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana que, socorrendo a paciente, afastou a regra expressa do art.2º, II, da Lei nº8.072/90, para preservar o direito da paciente à vida, à saúde, e a responder ao processo em liberdade pois, uma vez presa, não teria o Estado condições de arcar com seus tratamentos e cuidados médicos especiais, principalmente estando a paciente em um presídio onde provavelmente definharia. Ademais, houve ainda a preservação do direito à vida, à saúde, e aos valores da família, de sua filha menor que depende economicamente da paciente para viver.

**5. CASO CONCRETO: No caso abaixo, juiz determinou a penhora de valor superior ao necessário para garantir a execução e gerente do Banco do Brasil, determinou o bloqueio de apenas o necessário para a garantia da Execução. EM vista disso, determinou o magistrado a instauração de inquérito penal, bem como a expedição de ordem de prisão do gerente, por crime de desobediência. O gerente impetrou Habeas Corpus contra a referida ordem por evidente afronta aos princípios constitucionais da proporcionalidade da execução e da dignidade da pessoa humana. O Habeas Corpus foi provido.**

HC 82969 / PARANÁ

HABEAS CORPUS

Publicação: DJ 17-10-2003 PP-00037 EMENT VOL-02128-02 PP -00254

PACTE: LUIZ ALBERTO ALVIM GERHARDT

IMPTE (S): BAANCO DO BRASIL S/A

ADVDO. (S/A): ANTÔNIO PEDRO DA SILVA MACHADO E OUTRO (A/S)

COATOR (A/S) (ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

EMENTA: HABEAS CORPUS AJUIZADO EM FAVOR DE GERENTE DE AGÊNCIA DO BANCO DO BRASIL S.A., EM FACE DE DECISÃO PROFERIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. 3. MANDADO DE PENHORA QUE, A PAR DE INDICAR EXPRESSAMENTE O VALOR TOTAL DA DÍVIDA, CONTINHA COMANDO ADICIONAL PARA PENHORA DE CINQUENTA POR CENTO DO NUMERÁRIO VINCULADO À CONTA BANCÁRIA, HAJA VISTA QUE TAL PARCELA ERA SUPERIOR AO VALOR TOTAL DA DÍVIDA. 6. A MERA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO, QUANDO EVIDENTE A ATIPICIDADE DA CONDUTA, CONSTITUI MEIO HÁBIL A IMPOR VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, EM ESPECIAL AP PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. 7. AUSÊNCIA DE PROPORCIONALIDADE. 8. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE. 9. AUSÊNCIA DE DOLO. 10. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. 11. SENTENÇA NULA. ORDEM DEFERIDA.

No caso em questão, o Supremo Tribunal constatou que a decisão de submeter o réu à persecução penal foi arbitrária uma vez inexistente o dolo e a culpa. Houve afronta ao princípio da proporcionalidade. Nesta hipótese, o Superior Tribunal de Justiça havia expedido ordem para penhora de cinquenta por cento do numerário contido na conta corrente do paciente, quando o valor necessário para satisfação do crédito do exequente era bem inferior, fato este observado pelo impetrante que bloqueou apenas o suficiente para a satisfação deste crédito mais despesas inerentes a este.

Ocorre que, ao ordenar, o Colendo Superior tribunal de Justiça, a prisão do impetrante por crime de desobediência, agiu arbitrariamente e sem justa causa uma vez ausentes neste caso, o dolo e a culpa, caracterizadores da persecução penal. Por conseguinte, suscetível esta decisão de anulação em vista da evidente afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana do impetrante.

o Supremo tribunal Federal promoveu a merecida sentença condenatória por crime de desobediência, com fulcro na ausência de tipicidade e de dolo, e homenageando os princípios constitucionais da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

**6. CASO CONCRETO: Empregado da Penedo Agro Indústria S/A que no dia 20 de novembro de 2007, sofreu acidente de trabalho com tenra idade, que lhe causou grandes deformidades no rosto gerando sérios danos materiais, morais e estéticos. Ao longo de sua vida sacrificada e em vista de sua tenra idade, somente veio tomar consciência de seus direitos mais tarde, passados oito anos do fato.**

A reclamada não contestou os fatos, restringindo sua defesa na existência da prescrição bienal do art.7º, XXIX, da Constituição Federal, mas a MM. Decisão julgou totalmente procedente a reclamação, considerando não só a revelia quando à matéria de fato, mas principalmente por ter a r. decisão aplicado a *lex mitior* à questão da prescrição.

Entendeu a MM.Juíza que a ação de reparação por danos morais, materiais e estéticos, decorrentes de acidente de trabalho ou doença ocupacional tem por objetivo indenizar o trabalhador pelos danos à sua saúde, à vida, à integridade física e mental, enfim, direitos ligados à personalidade e à dignidade do ser humano, por tanto, de natureza indisponível, não podendo o seu titular a eles renunciar. E que seria inaplicável a prescrição do art. 7º, XXIX, da CF, por tratar-se o direito em questão de Direito Inerente a Pessoa Humana, e não decorrente de relação de trabalho, aplicando-se o art.11, do C.C. de 1914, vigente à época do acidente. Brilhante a r. decisão, que segue abaixo na íntegra.

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DO TRABALHO DA 19ª REGIÃO

ATA/SENTENÇA

Reclamante: Josevânio Vasconcelos dos Santos

Reclamado: Penedo Agro Industrial S/A

## RELATÓRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 19ª REGIÃO VARA DO TRABALHO DE PENEDO  
PROCESSO: 00592-2006-059-19-00-3 Aos 13 dias do mês de março do ano dois mil e sete, às 11:05 horas, estando aberta a audiência da VARA DO TRABALHO DE PENEDO, na sala de audiências da respectiva Vara, sito à AVENIDA GETÚLIO VARGAS 541, CENTRO, com a presença do(a) Sr(a) Juiz(a) do Trabalho Titular ALDA DE BARROS ARAÚJO, foram por ordem do(a) Sr(a) Juiz(a) do Trabalho apregoados os litigantes: JOSEVÂNIO VASCONCELOS DOS SANTOS, RECLAMANTE e PENEDO AGRO INDUSTRIAL S/A, RECLAMADO. 1. RELATÓRIO: JOSEVÂNIO VASCONCELOS DOS SANTOS, qualificado na inicial, apresentou reclamação trabalhista em face de PENEDO AGRO INDUSTRIAL S/A, pelos fatos e fundamentos contidos na exordial, pleiteando a condenação da reclamada em indenização por dano material e moral. Juntou documentos. Aberta a audiência, a conciliação foi recusada. O demandado apresentou defesa e documentos. Alçada fixada. Na sessão seguinte, foram tomados os depoimentos do preposto e do reclamante. Determinada a expedição de ofício ao INSS, que foi respondido fls. 40/44. O autor acostou fotografias fls. 46/47. Intimado, o reclamado não se manifestou. Na data seguinte foi reinterrogado o reclamante. Encerrada a instrução do feito. Razões finais reiterativas. Sem êxito a segunda proposta de conciliação. É o relatório.

## FUNDAMENTAÇÃO

2. DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO: 2.1. Da extinção do processo sem julgamento de mérito: A reclamada suscita preliminar de extinção do processo sem exame de mérito em razão de o autor não ter acostado laudo médico em que atesta a sua incapacidade laborativa. Ora, a ação não é de natureza acidentária e sim reparação por danos morais e materiais que independem de incapacidade laborativa. Logo, não dependem de laudo médico. Caso fosse necessária a prova técnica, o Juízo determinaria a sua realização. Dessa forma, rejeita-se a preliminar. 2.2. Da prejudicial de mérito - prescrição bial: Afirma o reclamante que sofreu acidente de trabalho no dia 20 de novembro de 1997, o que lhe causou sérios danos materiais, morais e estéticos. Narra que ao ser admitido pela demandada pela primeira vez ainda era menor de idade e ao ser recontratado sofreu o acidente pouco mais de uma mês após o retorno. A reclamada suscita a incidência da prescrição bial, na forma do art. 7º, XXIX da CF que, segundo o seu entendimento, teria prazo de contagem a partir da data do evento, já que o dano era bastante visível. A questão mais relevante juridicamente a ser discutida nestes autos é mesmo a incidência ou não da prescrição, já que não há contestação aos fatos, muito menos aos danos sofridos pelo reclamante em decorrência do acidente de trabalho. Com efeito, após a promulgação da EC 45/2005, que dirimiu de uma vez por todas a controvérsia a respeito da competência à Justiça do Trabalho para o julgamento de questões entre trabalhadores e empregadores decorrentes de dano moral à Justiça do Trabalho, a questão da prescrição se tornou mais polêmica. Atualmente há três correntes na doutrina e jurisprudência brasileiras no que diz respeito ao prazo de prescrição para reclamação de danos morais e materiais. A primeira, a mais simples e majoritária, diga-se de passagem, é a que defende ser aplicável o prazo de 2 anos a partir da extinção do vínculo de emprego, na forma do artigo 7º, XXIX, da CF, já que a reparação por dano material ou moral decorrente de relação de emprego se equiparia a um crédito trabalhista. A segunda defende a aplicação do prazo civil, ou seja, de 03 anos previsto no Código Civil de 2002 ou de 20 anos na hipótese de o acidente ter ocorrido na vigência daquele diploma legal. Uma terceira

prazo para ação decorrente de acidente do trabalho em razão do dano à categoria de direito de personalidade na forma do artigo 11 do CC de 2002, para encontrar a melhor solução. No caso da primeira corrente, a que defende a aplicação do prazo trabalhista de dois anos, entende este Juízo que a regra não alcança solução para todos os casos. É sabido que o direito de ação somente nasce a partir da lesão ou ciência da lesão, quando o titular passa a ter conhecimento da subtração do bem da vida que pretende ter restituído. É a chamada teoria da actio nata. A regra que prevê o acionamento do empregador até dois anos após a extinção do contrato não pode ser aplicada a todos os casos de acidente de trabalho ou doença ocupacional, uma vez que, principalmente no segundo caso, é comum que os sintomas apareçam alguns anos após a extinção do contrato de trabalho. Da mesma maneira, por analogia, no caso de dano moral decorrente de injúria por parte do empregador ou seus prepostos, como aplicar a regra quando o fato somente se torna conhecido dois anos após a extinção do vínculo? Ainda seguindo o mesmo raciocínio, no caso de doença profissional, evento equiparado a acidente de trabalho, se os sintomas surgem mais de dois anos após a extinção do vínculo, surgindo neste momento a actio nata, não há como se aplicar o prazo do inciso XXIX do 7º, uma vez que a aplicação do prazo de prescrição não comporta analogias, sendo impossível aplicar o prazo de dois anos após a ciência do fato, já que a Constituição prevê como termo inicial o fim do contrato. Assim, não sendo o prazo fixado na Constituição compatível a todas as hipóteses de reparação por dano moral ou material em razão do termo inicial ali previsto, afasta-se a sua aplicação. A segunda corrente pugna pela defesa do prazo previsto pela lei civil em razão da reparação decorrer de ato ilícito, estando no rol da responsabilidade civil. Falaremos ao final. A terceira corrente que vem recebendo a adesão de grande parte da doutrina e a da imprescritibilidade do direito à reparação em razão da violação à dignidade da pessoa humana, que integra essencialmente os direitos de personalidade do trabalhador, na forma do artigo 11 do CC de 2002. Essa posição foi bem defendida por Francisco das C Lima Filho, Juiz do Trabalho em Dourados (MS) e professor na UNIGRAN, conforme abaixo de transcreve: *Antes de mais nada, deve-se registrar que a ação de reparação de danos morais decorrentes de acidente de trabalho ou doença ocupacional - equiparada a acidente de trabalho por força de expressa disposição legal- tem por objetivo indenizar o trabalhador pelos danos à sua saúde, à vida, à integridade física ou mental enfim, direitos ligados à personalidade e à dignidade do ser humano. Essa categoria de direitos fundamentais constitucionalmente é garantida ao ser humano enquanto pessoa e não porque ostenta a condição de trabalhador ou empregado. Por conseguinte, de natureza indisponível, não podendo o seu titular a eles renunciar.* Essa indisponibilidade dos direitos fundamentais se mostra sob duplo aspecto: o ativo, na medida em que os direitos humanos são inalienáveis pelo seu titular, bem como o passivo, já que não podem ser expropriados por outros sujeitos, começando pelo próprio Estado que tem o dever de garantir e protegê-los. Assim, são irrenunciáveis e, por conseqüência, imprescritíveis. No mesmo sentido, Jorge Luís Souto Maior, em excelente artigo veiculado pelo sítio da AMATRA X, intitulado "A Prescrição do Direito de Ação para Pleitear Indenização por Dano Moral e Material Decorrente de Acidente de Trabalho", em 17.02.2006. Reconhece este Juízo que a integridade física e psíquica, como integrante do rol dos direitos de personalidade, compõem o núcleo da dignidade da pessoa humana, norma jurídica fundamental inserida na Constituição de 1988 como princípio e valor. Vide Ingo Sarlet, em Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais- 3ª ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004, pág. 66-75. No caso em tela, reclamante sofreu o acidente com tenra idade, passando por sofrimentos físicos e emocionais, sem falar nas privações materiais que o deixaram impotente para procurar o amparo da Justiça do Trabalho. Ao longo de sua sacrificada vida, perdeu as energias para buscar a proteção da lei, vindo a tomar consciência de seus direitos já mais adulto. Não se pode concluir que no decorrer de oito anos o autor tenha renunciado à sua integridade física, à sua imagem, à sua beleza, à forma que o tornava agradável e sociável. Não se pode conceber que em razão de ter deixado passar oito anos tenha renunciado à sua perfeita visão e audição somente porque deixou de acionar a empresa. Não se está neste momento a discutir a responsabilidade do empregador, os limites de sua ação, mas apenas o aspecto prescrição. Não fossem os direitos de personalidade imprescritíveis, como alhures defendido, temos que o contrato de trabalho não foi extinto em razão do auxílio doença acidentário que o reclamante vem recebendo desde 20.11.97, como comprovam os documentos de fls. 40/44, enviados ao Juízo pelo INSS. Mas mesmo que fosse muito radical assumir a postura da imprescritibilidade dos direitos fundamentais, que encontra amparo no artigo 11 do CC quando dispõe sobre a sua irrenunciabilidade, haveria que se aplicar o prazo da lei civil, que no caso era de 20 anos na época em que o acidente ocorreu, lembrando, novembro de 1997. É que,

icar o prazo previsto no artigo 7º, XXIX. De outro lado, é  
nso em razão da percepção do auxílio-acidente. Sendo assim, é  
na forma do art. 199, I, do CC de 2002. Dessa forma, por uma ou  
outra hipótese, há que se rejeitar a prejudicial de mérito. 2.3.No mérito: Incontroverso nos autos que o  
reclamante, em 20.11.1997, então com 18 anos, sofreu acidente no transporte da Usina, havendo o capotamento  
do veículo, conforme descrição da CAT (Comunicação de Acidente do Trabalho) expedida pela empresa no  
mesmo dia. Não discute a reclamada que o acidente tenha causado danos à saúde física e emocional do  
reclamante, bem como seqüelas estéticas permanentes. Conforme consta na defesa, a matéria de contestação  
basicamente se refere à aplicabilidade da prescrição bienal. O preposto da reclamada afirmou em seu depoimento  
às fls. 36: "que reconhece que as deformidades do reclamante decorreram do acidente no carro da empresa; que a  
empresa pagou uma cirurgia para o reclamante, que envolveu o enxerto de pele; que o médico na época afirmou  
que seriam várias cirurgias até que houvesse uma melhora nas condições do reclamante; que o reclamante não  
quis fazer a segunda cirurgia porque sofreu muito com a primeira; que a empresa tentou colocar o reclamante em  
determinado setor apenas para cumprir horário, mas o reclamante não deu resposta;" É preciso reconhecer que a  
demandada agiu com certa diligência, patrocinando cirurgia ao reclamante e lhe oferecendo um posto de serviço  
apenas para cumprir horário. O autor não aceitou. É compreensível, pois no auge de seus 18 ou 19 anos não é  
fácil encarar a sociedade, o trabalho e até a família após um trauma tão profundo em sua face. Ademais, não se  
pode avaliar o sofrimento físico decorrente do próprio acidente e da primeira cirurgia para se analisar se a recusa  
quanto ao término do tratamento foi justa ou não. O autor recebeu enxerto de pele e deve ter sofrido muito para se  
adaptar, inclusive em razão de suas condições de vida sem um mínimo de conforto, neste clima quente de  
Alagoas. Vide fotografias de sua residência, fls. 47. Na época, caberia à empresa ter tratado o autor com mais  
cuidado, disponibilizando-lhe assistência diferenciada, com psicólogo e assistente social em permanente contato,  
tudo com a finalidade de proporcionar uma maior recuperação e retorno ao convívio no trabalho. Sofrendo  
terríveis dores e com o rosto completamente desfigurado, não era razoável exigir-lhe que aceitasse proposta de  
cumprir horário na usina. Não é demais lembrar que pela grandeza do empreendimento, não lhe custaria muito  
disponibilizar esse tipo de assistência ao reclamante, até porque deve contar com profissionais dessas áreas em  
seu quadro permanente de funcionários. Presentes estão, portanto, os pressupostos da responsabilidade civil do  
empregador, quais sejam ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano  
experimentado pela vítima (Carlos Roberto Gonçalves, in Responsabilidade Civil, Saraiva, 2003, pág., 31). Em  
resumo, houve omissão culposa do empregador em razão de não ter adotado as medidas que causariam a  
prevenção do acidente. Não houve laudo técnico do acidente, porém em casos de acidente de trânsito, é o  
elemento culpa o preponderante, cabendo ao empregador arcar com a responsabilidade. O dano material é  
evidente, pois ao ser afastado do convívio laboral, deixou de auferir a renda possível que proporcionaria uma  
subsistência mais digna para si e para a sua família, além da medicação que precisou adquirir ao longo de todos  
esses anos, viagens para médicos etc. O dano moral consiste no constrangimento íntimo decorrente da dor em  
sentido físico, da perda de sua beleza, da sua audição e de parte da visão, bem como no constrangimento público  
em razão de ter sido alijado da sociedade trabalhadora em razão de sua deformidade facial. Temos repetido que o  
trabalho deve ser meio de vida, não meio de morte ou de invalidação do ser humano. **É o trabalho que dignifica  
o ser em seu meio ambiente e que o torna social**, nas lições de filosofia de Luckács. **A saúde é um direito  
fundamental da pessoa humana, tal como dispõe o art. 6º da CF**, sendo protegida no ambiente de trabalho  
através de diversas medidas protetivas inseridas tanto no bojo da própria Constituição quanto da CLT e em  
normas administrativas do Ministério do Trabalho. Assim, cabe ao empregador velar pela integridade física e  
mental de seus empregados, sendo de sua responsabilidade a ocorrência de qualquer fato que alije o trabalhador  
de seu meio social. O acidente ocorreu em 2002, antes da vigência do CC de 2002, que entrou em vigor em  
janeiro de 2003. Aplica-se, pois, ainda, as velhas disposições sobre responsabilidade civil do Código Civil de  
1916, que em seu artigo 159 previa: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência,  
violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano." Certo, também, que a legislação já  
evoluiu para a teoria da responsabilidade civil objetiva, conforme parágrafo único do artigo 927 do CC de 2002, o  
que não será analisado, porquanto este juízo entende aplicáveis as disposições do CC anterior, que estão  
plenamente configuradas, conforme fundamentos acima expostos. Ressalte-se, apenas, que para a configuração da  
responsabilidade objetiva, desnecessária a existência de atos dolosos ou culposos, sendo suficiente apenas que a

possa causar, em potencial, prejuízo a outrem, o que estaria no artigo 7º, XXVIII, da CF, dispõe sobre a responsabilidade civil do empregador, não sendo fundamento de direito a outra indenização que não a por danos morais e materiais. Assim, concretiza-se o dispositivo constitucional com a reparação pelos danos causados ao reclamante, conforme abaixo se fará, excluindo-se uma terceira espécie de indenização. Assim, plenamente acumulável a indenização por danos materiais com o benefício previdenciário recebido à base de meio salário mínimo. Dessa forma, sendo insofismável que o reclamante sofreu danos morais e materiais em razão do acidente de trabalho, não havendo contestação quanto ao ato ilícito por parte da reclamada, aqui ancorado pelo Juízo pelo elemento culpa, não tendo a empresa cumprido a sua função social quando deveria ter promovido a reabilitação total de seu empregado, está obrigada à reparação, que, em razão da complexidade e do vulto do dano, arbitra-se da forma a seguir explicitada. Para a apuração dos danos materiais: considerando-se que o acidente ocorreu em novembro de 1997, calcula-se o número de meses até o presente, chegando-se ao total de 112, fator que considero para encontrar o valor da indenização total considerando uma renda mensal de um salário mínimo. Valor da indenização por danos materiais- R\$ 39.200,00. Os danos morais são mais vultosos neste caso que os materiais, uma vez que o reclamante teve grande sofrimento físico, perdeu parte da audição e da visão, conforme narrado na inicial e não contestado pela parte reclamada, sofreu deformidades em sua face, como mostram as fotografias de fls. 19 e 47, de sorte que arbitro o valor da indenização por danos morais no dobro do valor considerado para danos materiais, ou seja, R\$ 78.400,00. Todos os valores serão corrigidos a partir da presente data, com juros de mora a partir do ajuizamento da ação na forma da Lei 8.177/90. 2.4. Da Justiça Gratuita: Deferem-se os benefícios da Justiça Gratuita, na forma da Lei 1060/50, uma vez que o reclamante se encontra em estado de pobreza que não possibilitam que arque com os ônus decorrentes do processo.

## CONCLUSÃO

DISPOSITIVO: Ante o exposto e o que mais dos autos consta, resolve-se julgar PROCEDENTES os pedidos formulados por JOSEVÂNIO VASCONCELOS DOS SANTOS em face de PENEDO AGRO INDUSTRIAL S/A, para condenar a acionada a pagar indenização por danos materiais no valor de R\$ 39.200,00 (trinta e nove mil e duzentos reais), bem como indenização por danos morais no valor de R\$ 78.400,00 ( setenta e nove mil e quatrocentos reais). Tudo em fiel observância à fundamentação "supra", que passa a integrar o presente dispositivo, como se nele estivesse transcrito. O objeto da condenação tem natureza meramente indenizatória, não incidindo imposto de renda ou contribuição previdenciária. Sentença líquida no valor de R\$ 117.600,00 (cento e dezessete mil e quatrocentos reais). Custas processuais, pela reclamada, no valor de R\$ 1.480,00, calculadas sobre o valor da condenação. PARTES CIENTES. INTIME-SE O INSS. Encerrou-se a audiência. E, para constar, foi lavrada a presente ata, que segue devidamente assinada, na forma da lei. JUÍZA DO TRABALHO-----  
----- DIRETOR (A) DE SECRETARIA-----

Após ciência da respeitável decisão acima, a reclamada recorreu ao Tribunal Regional Federal da 19ª Região, defendendo a tese de prescrição alegada nos autos e o Colendo Tribunal julgou totalmente improcedente o referido recurso, mantendo a r. decisão recorrida, na integralidade, conforme poderemos verificar no acórdão em anexo (anexo B).

## CONCLUSÃO

A dignidade da pessoa humana, princípio constitucional tido como o vetor interpretativo de todo o ordenamento jurídico pátrio, positivado no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, é o símbolo do positivismo atual, denominado na falta de uma melhor nomenclatura, *pós-positivismo ou neo-positivismo*.

O *status* de norma jurídica alcançado pelos princípios constitucionais representa uma mudança profunda na atividade hermenêutica, notadamente no que tange à busca pelos sentidos que afloram das normas previstas na Constituição.

Foi realizada essa pesquisa com o objetivo principal de demonstrar o quanto o tema abordado é de extraordinária importância, pois têm sido presenciadas em nosso universo jurídico, decisões judiciais que são solucionadas com o princípio da dignidade da pessoa humana frente à inefetividade das normas jurídicas existentes pertinentes ao assunto abordado, devido à supremacia que o citado princípio carrega em seu bojo constitucional.

No entanto, no decorrer do trabalho, demonstramos o papel do Direito na sociedade ao longo da história, desde o positivismo exagerado, que propunha uma adoração incondicional, e, portanto, acrítica ao ordenamento jurídico vigente, como uma garantia à segurança jurídica. Apresentamos a relevância dos princípios, inseridos no sistema constitucional não como meros preenchedores de lacunas, mas como vetores das demais normas jurídicas. Os princípios constitucionais e não os princípios gerais do direito fundamentam a ordem jurídica. Se os princípios são valores que se consubstanciam em normas jurídicas que são elevadas ao patamar constitucional e a Constituição é a fonte primeira de produção e validade de todo o ordenamento, como subsistir a idéia de que os princípios têm papel eminentemente acessório no grau de preferência dos instrumentos interpretativos, e não principal. Não nos parece coerente.

Indubitavelmente, o tratamento de princípio constitucional ó ou superprincípio, ou princípio de importância elevada, princípio que confere unidade axiológica à constituição ó à dignidade da pessoa humana possui conotação deveras positivo, pois afirma que toda ação estatal deverá ser ordenada no sentido de promover a dignidade da pessoa humana, consistindo em vetor interpretativo de suas ações ou omissões.

le princípio da dignidade da pessoa humana, bem de, observada a valoração do princípio basilar que tem força normativa, conceituando o que são os princípios gerais e constitucionais do direito, indicando a evolução dos princípios essenciais nos quais está inserido, avaliando o que são os direitos fundamentais, comentando a nova visão da Constituição Federal e o princípio da dignidade da pessoa humana pelos operadores do Direito e pela própria coletividade, expondo a importância que tem o aproveitamento da aplicação do princípio estudado, quando da infetividade de normas jurídicas que não venham a solucionar a contento os casos pertinentes ao assunto e que são conferidos ao Judiciário para serem solucionados.

Assim, optamos nesse trabalho, conceituar a dignidade da pessoa humana como um princípio constitucional de preeminência axiológica sobre os demais, sendo ainda, condição mínima de existência do ser humano.

A dificuldade encontrada por alguns operadores no que tange à delimitação do conteúdo de certos princípios, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da nossa ordem constitucional, nada mais é do que a demonstração da subsistência, em muitos de nossos tribunais, da conotação codificadora que o sistema deveria assumir, com a pretensão de esgotar nos textos escritos todas as possibilidades de solução para as mais diversas situações jurídicas.

Ao contrário, entendemos que a subjetividade dos princípios não pode ser utilizada como argumento para a sua não aplicação como elemento primeiro a fundamentar a interpretação constitucional, até mesmo porque o grau de abertura presente na essência deste princípio (o da dignidade da pessoa humana) tem a função de permitir que possa ser adaptado com mais eficiência às vicissitudes verificadas em cada caso concreto.

Contudo foi conceituada a eficácia e a efetividade jurídica, explicando as suas distinções, já que a norma para ter eficácia precisa atender aos requisitos que lhe são impostos para a validade, logo para a norma ser efetiva ela deve ser obedecida, trazendo efeitos que solucionem as situações reais, tanto para os direitos como para os deveres, atingindo as finalidades a que a mesma se propõe a alcançar.

ao papel do Judiciário, além de todos os outros arte dessa conjectura, mostrando que este poder desempenha um dos papéis principais nesse palco jurídico, tendo uma ação muito respeitável quanto ao tema abordado, pois os intérpretes em nossa atualidade podem operar de maneira mais ampla, buscando parâmetros e embasamentos em vários ramos do Direito.

Constatando que para a obtenção de uma prestação jurisdicional efetiva, o Judiciário tem buscado fundamentos para as suas decisões em áreas distintas, que complementam e embasam os seus julgamentos, estendendo-se aos campos da validade filosófica, sociológica e política, sendo o seu comportamento aprimorado na legitimidade de suas ações.

Entretanto, foi também verificado nessa pesquisa, que hoje em dia existem técnicas que auxiliam os juízes em seus julgamentos, como é o caso do uso da técnica da ponderação, onde a mesma consiste em o magistrado interpretar e dosar de forma harmônica os bens e interesses tutelados, para que haja uma solução mais justa entre os conflitos, desempenhando a estabilização dos valores assentados em cada lado a fim de buscar a verdadeira igualdade moral e material.

Todavia, o magistrado como aplicador das normas deve sempre primar pelas garantias e direitos consagrados em nossa Lei Maior, que nos casos analisados ficou averiguada a proteção à dignidade da pessoa humana. Observamos que na realidade os direitos invocados nos casos exemplificados não poderiam ser efetivados se não houvesse a interferência do judiciário na interpretação das regras existentes, fazendo incidir o princípio da dignidade da pessoa humana como solução necessária para garantir a realização da justiça esperada.

A falta de execução e a inobservância às leis existentes, geram a inefetividade, tanto pela ausência de instrumentos que não são disponibilizados pelo Poder Público como pela inobservância pelos entes e pela sociedade em geral, desobedecendo ao próprio conceito de vida digna, sabendo que a vida humana não pode em momento nenhum ser preterida independente de qualquer coisa, chegando a conclusão de que os princípios pela força normativa que traz em seus conteúdos, estão inseridos em nosso

nar casos onde as normas pertinentes não estão  
o material.

Foi desempenhada uma pesquisa jurisprudencial onde foi apurada realmente que tem havido a existência da aplicabilidade dos princípios constitucionais frente à inefetividade das normas jurídicas existentes, em especial o do princípio da dignidade da pessoa humana.

No trabalho exposto enxerga-se a importância que tem o princípio da dignidade da pessoa humana face à inefetividade de normas jurídicas existentes, pois não vai ser pelo fato da norma ser inefetiva que o indivíduo vai deixar de ter seus direitos e deveres assegurados, atentando-se para o fato de que na utilização do princípio mencionado deverá haver a relativização do mesmo e onde foi visto que o mesmo também não deixa de ter limites, pois o mesmo não deve ser visto de forma autoritária e sim da maneira mais justa possível.

O princípio pesquisado, devido à sua superioridade é o garantidor das condições mínimas de sobrevivência do ser humano, quando da falta do mesmo é visto o desequilíbrio nas áreas moral, psicológica ou material do sujeito, pois o indivíduo tem personalidade e deve ser respeitado quanto à dignidade, tão somente por existir e ser merecedor de condições mínimas de uma existência digna.

## REFERÊNCIAS

- ALEXAT, ROBERT. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. De Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editore, 2008.
- ARAÚJO, Fernando José Pereira de. *Aspectos da história do direito no Brasil: opressão e bacharelismo: a gênese do positivismo no Brasil*. Recife: Nossa Livraria, 2003.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 2004.
- AZEVEDO, Plauto Faraco. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. 1.ed. 2tir. São Paulo: RT, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Método e hermenêutica material no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. 2 ed. Renovar:Rio de Janeiro, 2008
- BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e responsabilidade da constituição brasileira*. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*, in *A Nova Interpretação constitucional*, 2003, p.30.
- \_\_\_\_\_. *O começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*, in *Interpretação Constitucional*, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Constitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria General Del derecho*. 1 ed. Madrid: Debate, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Editora UNB, 1999.
- \_\_\_\_\_. *A era dos direitos*. 11º ed. 1992.

*ões de filosofia do direito.* Trad. De : Márcio Irigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra: Almedina, 2 ed. 1997.

\_\_\_\_\_. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 1 ed. Coimbra: Coimbra Editora Ltda, 1994.

CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra Editora, 1991, p.45-46.

CAPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 3º ed. TRad. De Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996.

CASTANHEIRA NEVES, António. *O Direito Hoje e com que sentido? O problema actual da Autonomia do Direito*. Lisboa, Instituto Piaget, 2002

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 8 ed. São Paulo: Ática, 1997.

CLÉVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6 ed.. São Paulo: Saraiva, 2008.

CORRADINI BROUSSARD, Domenico. *Os direitos fundamentais e o primeiro dever fundamental*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, n.30, a.30, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nélson de Miranda. *O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n.32, a.8, p.300, out. 2002.

DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. São Paulo: Saraiva

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPODVM, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 6 ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Los Derechos em serio*. 2º Ed. Trad. de Marta Gustavino. Barcelona: Ariel, 1989

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. São Paulo, Martins Fontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de Princípios constitucionais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ESTEVEZ ARAÚJO, José Antônio. *La constitución como proceso y La desobediência civil*. Madrid: Trotta, 1994.

FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma do biodireito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2003.

FREIRE, Ricardo Maurício. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Editora Juspodvm, 2009.

FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NEVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética, Biodireito e o código civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e õprocedimentalõ da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio, Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

\_\_\_\_\_. *Facticidad y validez*. Simancas ediciones, S. A.: Madrid, 1988

HAYEK, Friedrich August Von. *Direito, legislação e liberdade*. Trad. De: Anna Maria Capovilla. São Paulo: Visão, 1985.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Porto Alegre, 2008.

ria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.  
ria Beatriz Nizza da Silva. 3 ed. São Paulo: Abril

JACINTHO, Jussara Moreno. *Dignidade Humana ó princípio constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução: Paulo Barrera, São Paulo:Ícone, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um Direito Constitucional õcomparadoõ ó Porto Alegre*. Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. 17 ed. São Paulo: Brasiliense, 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico ó Plano da Existência*. São Paulo: Saraiva,2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; INOCÊNCIO, Mártires Coelho; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3 ed. São Paulo: saraiva, 2008.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Trad. De: Ana Prata. 2 ed. Lisboa: Estampa, 2002

MIRANDA COUTINHO, J. N. de. *A lide e o conteúdo da processo penal*. Curitiba:Juruá, 1989.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado, Tomo I, atual. por Wilson Rodrigues Alves*, 2 ed. Campinas: Bookseller, 1999.

RACHID COUTINHO, Aldacy. *Invalidez Processual: um estudo para o processo do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de direito*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social e discurso sobre a economia política*. Trad. De: Márcio Pugliesi e Noberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, s/d.

ca da razão indolente: contra o desperdício da

2000. P.338. SANTOS, BOAVENTURA de

Souza. *Reconhecer para libertar: os caminhos do Cosmopolitismo Multicultural*. São Paulo, Difel, 2003.

SARMENTO, Daniel. A dimensão dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: José Adércio Leite Sampaio. *Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. 1º ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*. 17 ed. Editora Malheiros:2000.

\_\_\_\_\_. *Aplicabilidade das Normas constitucionais*. Malheiros, 2000

\_\_\_\_\_. *Poder constituinte e poder popular*, 2002

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, Malheiros, 2003.



*Your complimentary  
use period has ended.  
Thank you for using  
PDF Complete.*

[Click Here to upgrade to  
Unlimited Pages and Expanded Features](#)

## ANEXOS

**ESTADO DE ALAGOAS**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
**COMARCA DA CAPITAL**

***3ª Vara da Fazenda Pública Estadual***

**Processo nº. 13481-2/2003**

**Mandado de Segurança**

Sentença

Vistos etc.

MARIA APARECIDA BADU DE LIMA, qualificada na inicial, através de seu procurador, impetrou o presente Mandado de Segurança contra ato do Secretário de Saúde do Estado de Alagoas, ante sua negativa em fornecer medicamento do qual o impetrante necessita.

Aduz a impetrante que é portadora de hepatite C e que em virtude do avanço do quadro de anemia, não pode utilizar-se do medicamento Interferon com Ribavirina, necessitando tratar-se com ERITROPOETINA RECOMBIANTE HUMANA, para que assim, seja a anemia contida.

O pedido formulado administrativamente pela impetrante foi negado por parte da Secretaria de Saúde do Estado de Alagoas, motivando a negativa por já ter a impetrante utilizado o Interferon Convencional.

e sua insuficiência de recursos não pode custear a  
necessita. Afirma, por mais, que tais medicamentos,  
devem ser fornecidos pela Secretaria de Saúde do Estado de Alagoas, segundo  
determinação constitucional veiculada nos arts. 196 e seguintes, por força da Lei nº.  
8.080/90, e ainda por força das portarias 639 e 1318.

A liminar foi concedida às fls. 34/36.

Notificada, a autoridade coatora prestou suas informações, preliminarmente  
argumentou da impossibilidade jurídica do pedido, mais precisamente quanto à  
impossibilidade do controle judicial sobre o mérito administrativo, pois o Ministério da  
Saúde, somente incluiu o Interferon Peguilado em seu rol de medicamentos  
excepcionais, para pacientes que jamais tivessem sido medicados com Interferon  
Convencional, como também a não comprovação científica de seus resultados e que  
pelas mesmas razões não se pode conceder o medicamento ERITROPOETINA  
RECOMBINANTE HUMANA. Relata ainda que a contra-indicação do medicamento  
pretendido constitui juízo privativo do administrador, ficando impossibilitado o  
judiciário de apreciar o dito mérito, sob pena de se comprometer o princípio da  
separação dos poderes.

No mérito, a autoridade coatora argumenta a ausência de direito líquido e certo,  
ante a ausência de prova de eficácia do Tratamento com ERITROPOETINA  
RECOMBIANTE HUMANA em pacientes já medicados com Interferon Peguilado,  
relatando que o Estado só está autorizado e obrigado, a fornecer a população  
medicamentos discriminados na Portaria do Ministério da Saúde e nesse caso a  
ERITROPOETINA RECOMBIANTE HUMANA não é recomendado sequer pela  
comunidade científica e pelas portarias do Ministério da Saúde.

Aduz a grave lesão ao erário público, por não ter o Estado de Alagoas como  
suportar o ônus econômico decorrente do custeio do tratamento dos 58 (cinquenta e oito  
pacientes) cadastrados, que possivelmente irão pleitear medidas liminares, além de que  
não haverá ressarcimento pelo Ministério da Saúde, pois o ERITROPOETINA  
RECOMBIANTE HUMANA não está na lista dos medicamentos excepcionais. Por  
fim, alega que não se está negando direito à saúde do impetrante, por estar disponíveis

o da hepatite C, requerendo a revogação da medida

O Ministério Público opinou pela concessão do *mandamus*.

É o relatório.

#### **Fundamento e decido.**

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado com o objetivo de sanar ofensa a direito da impetrante, consubstanciada em negativa por parte do Estado em fornecer medicamentos essenciais ao tratamento de patologia, da qual a impetrante é portadora.

Decido a respeito das preliminares que foram deduzidas nas informações da autoridade.

Sobre o título de impossibilidade jurídica do pedido, o impetrado na verdade colocou uma objeção que diz respeito à análise de mérito do pedido, ou seja, a possibilidade ou não de controle judicial do ato administrativo que restringe direitos sociais, questão que aprecio conjuntamente com os demais argumentos condizentes ao de mérito.

Afastada a preliminar, enfrento o mérito do pedido.

A objeção que se coloca ao direito invocado pelo impetrante não está, como pretende o impetrado, localizada normativamente em comando expressado na Portaria nº. 1.318 do Ministro da Saúde (art. 3º, parágrafo único) que remete para a Consulta Pública o tratamento sobre o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas ó Hepatite Viral Crônica do tipo C, posto que esta não trata do medicamento em questão mas sim do Inteferon Peguilado.

Por primeiro, visualiza-se que o direito ao fornecimento de medicamentos, direito a prestação do Estado relativo à saúde, se encontra resguardado pela Constituição Federal, em nível de programa de fins, ao dispor no art. 196 que a *saúde é direito de todos e dever do Estado*, garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença, de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

direitos sociais de segunda geração ou dimensão fundamentais sociais e em regra dependem de concretização pelo legislador ordinário. Porém, por força do comando constitucional da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, compete aos órgãos estatais, e assim também ao Poder Judiciário, a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos sociais e criar condições materiais para sua realização.<sup>1</sup>

No plano da legislação ordinária, segundo nível de concretização, o direito recebe disciplinamento na Lei nº. 8.080/90 que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, cuidando no art. 6º, inc. I alínea ôdö, da execução de ações, pelo Sistema Único de Saúde - SUS, de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.

Com efeito, o direito à prestação positiva do Estado relativa à saúde, no caso em exame, configura o que doutrinariamente se denomina *direitos sociais derivados*, ou seja, aqueles direitos fundamentais sociais já concretizados no nível legislativo e que à ãmedida em que concretizado o direito prestacional transforma-se em direito de defesaö.<sup>2</sup>

Como medida restritiva de direito, a negativa de fornecimento do remédio deve está extremamente fundamentada, de modo a afastar oposição aos critérios utilizados para tal decisão. De fato, a posição externada pelo laudo médico acostado não caminha no sentido de que pelo fato de ter usado o Interferon Peguilado não deve ou não pode a paciente fazer uso do o ERITROPOETINA RECOMBIANTE HUMANA. Ao contrário, a recomendação foi precisa quanto ao uso deste último medicamento.

Por outro lado, o custo financeiro revelado nas informações (f. 75) não está a indicar que a atuação da Secretaria de Saúde do Estado será inviabilizada, mesmo porque o orçamento geral do órgão não foi consignado.

---

<sup>1</sup> KRELL, Andréas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002, p.38

<sup>2</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2003. p. 287.

...a ofensiva ao *princípio da proporcionalidade*, no  
... não se revela *adequada*, pois os meios utilizados não  
revelam uma finalidade clara de interesse público com significativa redução de custos  
financeiros do Estado; nem *necessária*, visto que o meio não parece ser o menos  
gravoso, ao contrário, pode claramente antecipar a evolução da doença e a morte dos  
pacientes; e muito menos *proporcional em sentido estrito*, porquanto no sopesamento  
entre o meio restritivo para atender a um interesse público que se revela nebuloso e  
incomprovado e a limitação sofrida pelo indivíduo na sua esfera juridicamente  
protegida, deve prevalecer o direito do cidadão, nesse caso, não apenas configurando  
um direito à prestação, mas transmutado para um verdadeiro direito de defesa a ser  
exercitado contra a erosão que pode ser provocada por atos legislativos e  
administrativos.

Com efeito, a questão revela em concreto a análise de papel do Poder Judiciário  
quando se trata de políticas públicas. Nesse particular, entendo que a função primordial  
no estabelecimento de políticas públicas relativamente aos direitos sociais compete ao  
Poder Legislativo, quando as respectivas normas constitucionais fixarem programas de  
fins, passíveis de controle pelo judiciário em seu conteúdo mínimo<sup>3</sup>. Contudo,  
ressalva-se ao judiciário não o poder de criar, mas o de impor a execução de políticas  
públicas já estabelecidas nas normas constitucionais e ordinárias,<sup>4</sup> além do poder de  
assegurar os direitos sociais representativos de liberdades por sua equiparação aos  
direitos de defesa na forma de aplicação direta.

Na espécie, a situação é de política pública estabelecida por norma  
constitucional, ordinária e administrativa e reproduz direito social que se equipara aos  
direitos de defesa.

Pelas razões expostas, declaro inválida a restrição quanto ao fornecimento do

---

<sup>3</sup>VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 139.

<sup>4</sup>KRELL, Andréas J. **Direitos Sociais e controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002. p. 94.



TE HUMANA por ofensiva ao princípio da  
dente o pedido e determinar que o impetrante seja  
beneficiário de sua prestação pelo Estado, mantendo a liminar anteriormente concedida.

Deixo de condenar a autoridade em custas processuais em face da isenção assegurada aos órgãos públicos estatais. Sem honorários.

P.R.I.

Maceió, 30 de setembro de 2004.

Manoel Cavalcante de Lima Neto

Juiz de Direito



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DO TRABALHO DA 19ª REGIÃO

Consulta ao andamento de Processos em 2ª Instância

Ação:200659592069

Magistrados

Desembargador Relator: ANTÔNIO CATÃO  
Desembargadora Revisora: VANDA LUSTOSA

Partes

Recorrente(S) Penedo Agro Industrial S.A.  
Adv Recorrente(S) José Rogério Paes Galvão  
Recorrido(S) Josevânio Vasconcelos Dos Santos  
Adv Recorrido(S) Helenice Oliveira De Moraes

ACORDÃO

Ementa

DANO MORAL. PRESCRIÇÃO. Os danos morais ou materiais, quanto a sua reparação, não constituem créditos trabalhistas. Ensejam uma ação de natureza pessoal, por ser oriundo de um ato ilícito cometido por uma pessoa, alcançando o patrimônio ou a personalidade, a intimidade, a honra, etc., de uma outra pessoa, assim sendo, tem natureza civil. Não se tratando, porquanto, de crédito, propriamente dito, muito menos de crédito trabalhista, não se aplicando a norma prescricional indicada a este último. Estes direitos são garantias individuais ínsitos na Constituição, excedendo, até mesmo, os limites do código civil, apesar de resultantes das partes do contrato de trabalho. A obrigação de indenizar, portanto, por não ser um crédito trabalhista, afasta a aplicação do artigo 7º, XXIX, da Constituição, aplicando-se as regras do instituto civil. Recurso desprovido.

Relatório

Trata-se de Recurso Ordinário Patronal oriundo da Única Vara do Trabalho de Penedo/AL, interposto em face de decisão que julgou procedentes os pedidos formulados na reclamação trabalhista movida por JOSEVÂNIO VASCONCELOS DOS SANTOS em desfavor da PENEDO AGRO INDUSTRIAL S/A. Em suas razões recursais, f. 70-5, busca o recorrente, inicialmente, a prejudicial de mérito em conformidade com o art. 7º, XXIX da CF, e conseqüente extinção do processo, e, caso seja rejeitada, seja julgada improcedente a ação, e havendo entendimento contrário requer a revisão dos valores atribuído a indenização por danos morais e materiais. Contrariedades apresentadas pelo reclamante, f. 80/93, em síntese, pela manutenção total da decisão primária. O Ministério Público do Trabalho, às f. 96/100, opinou pela manutenção da sentença. Eis o relatório.

Voto

1. ADMISSIBILIDADE. Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, conheço do apelo obreiro e das contrariedades patronais. 2. MÉRITO. 2.1. DA PRESCRIÇÃO. DANO MORAL DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. Insurge-se o recorrente com a prescrição acolhida pelo julgado de piso. Argumenta, para tanto, que a partir da EC 45/2004, que fixou a competência da Justiça do Trabalho para julgar os danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho, tem-se que a doutrina e jurisprudência da Justiça Trabalhista o entendimento de que a prescrição aplicável é a prevista no art. 7º, XXIX da CF. Com isso, pretende ver aplicada a prescrição trabalhista (art. 7º, inciso XXIX, da CF/88), e assim, como conseqüência, à extinção do processo com fulcro no art. 267, VI e 269, IV do Código de Processo Civil. Não procede seu inconformismo. A discussão aqui travada cinge-se à prescrição a ser aplicada nas ações de indenização por dano moral e material oriundas de acidente de trabalho. Em princípio, o meu posicionamento era de que a prescrição aplicável às ações que buscam a reparação por dano moral e material decorrentes de acidente de trabalho seria a prevista no art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal/88, pois que o diploma maior define expressamente o prazo para se propor ação reivindicando todos os "créditos resultantes das relações de trabalho". Com efeito, o empregado pretende uma reparação pecuniária para um direito seu violado, no âmbito da relação de emprego, pelo que a cobrança do crédito desta natureza deve seguir às regras e princípios ínsitos no Direito do Trabalho, inclusive quanto ao prazo de prescrição da ação. Todavia,volvendo os autos, constata-se que a presente ação indenizatória busca reparação por um dano ocasionado pelo acidente de trabalho ocorrido em 1997, com graves seqüelas físicas permanentes, como surdez e cegueira. Daí, pergunta-se: seria justo e razoável acolher aqui a prescrição trabalhista prevista no art. 7º, da CF/88, quando, ao tempo em ocorreu o acidente, a prescrição aplicável ao caso era a vintenária, prevista no Código Civil de 1916? Decerto que não. Além do que, os créditos trabalhistas provenientes da relação de emprego não são constituídos diante de uma reparação de danos seja estes materiais ou morais. Enseja uma ação de natureza pessoal, por ser oriundo de um ato ilícito cometido por uma pessoa, alcançando o patrimônio ou a personalidade, a intimidade, a honra, etc., de uma outra pessoa, portanto, tem natureza civil. Não se trata, pois, de crédito, propriamente dito, muito menos de crédito trabalhista, não se aplicando a norma prescricional indicada a este último. Tanto que a reparação do dano moral pode se dar de modo distinto do pagamento em pecúnia, como, por exemplo, com a divulgação de nota de desagravo que, indiscutivelmente, tem natureza de crédito. A incidência da norma jurídica e a obrigação de prestar a outrem são fatores indispensáveis que levam ao direito de crédito. A origem do direito à inviolabilidade da honra e à imagem não está presente na esfera trabalhista, embora possa ser desobedecido em razão do contrato de trabalho. Estes direitos são garantias individuais ínsitos no texto

ar de derivados das partes do contrato de trabalho. A obrigação de indenizar, ação do artigo 7º, XXIX, da Constituição, aplicando-se as regras do instituto onas quando discorre sobre a Prescrição do Dano Moral no Direito do Trabalho, ao tratar da prescrição, fala em créditos resultantes da relação de trabalho.

Porém, como é por demais evidente, a reparação do dano moral, mesmo praticado em face da relação de emprego, não constitui crédito trabalhista stricto sensu, mas sim de natureza civil, decorrente de ato ilícito que atinge a personalidade, a honra, a intimidade, etc, da pessoa, ensejando, portanto, uma ação de natureza pessoal. Na verdade, nem de crédito propriamente se trata, quanto mais de crédito trabalhista; quando a constituição tratou da prescrição no inciso XXIX do artigo 7º, cuidou, na verdade, de direito de crédito, destinado ao restabelecimento de um estado anterior, o que não ocorre com a reparação do dano moral, cuja natureza jurídica não é indenizatória no sentido de restauração do statu quo, mas reparatória/compensatória para o ofendido e punitiva/exemplar para o ofensor, para que este não volte mais a praticar atos molestadores dos direitos da personalidade." Também segue este pensamento o insigne Prof. Caio Mário da Silva Pereira, em sua obra "Responsabilidade Civil", Forense, 3ª ed., 1992, p. 338. Educa o douto mestre que "... o dinheiro serve para oferecer (ao ofendido) a oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou oral, seja mesmo de cunho material, o que pode ser obtido no fato de saber que esta soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa e de qualquer maneira o desejo de vingança". Sobre este assunto, ainda preconiza a distinta Profª Maria Helena Diniz, citada por Clayton Reis, in "Dano Moral", Forense, 4ª ed., 1995, p. 87, que "... o dinheiro não repara a dor, a mágoa, o sofrimento ou a angústia, mas apenas aqueles danos que resultarem da privação de um bem sobre o qual o lesado teria interesse reconhecido juridicamente. O lesado pode pleitear uma indenização pecuniária em razão de dano moral, sem pedir um preço para sua dor, mas um lenitivo que atenua, em parte, as conseqüências do prejuízo sofrido, melhorando seu futuro, superando o déficit acarretado pelo dano." Ora, antes do advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, dúvidas havia até mesmo quanto ao Juízo competente para apreciar este tipo de ação, eis que as causas relacionadas a acidente de trabalho eram julgadas pela Justiça Comum e, como tal, disciplinada pelo Código Civil vigente. Tem-se que a alteração das regras legais aplicáveis ao caso jamais poderia atingir situações jurídicas já consolidadas e amparadas pela lei vigente à época do fato. Entender de outro modo, "data vênua", seria ir de encontro ao princípio da segurança jurídica. Neste sentido, vem o entendimento jurisprudencial: "DANO MORAL. 1. Em sendo o dano moral resultante da relação de emprego, é competente a Justiça do Trabalho para apreciar o pedido formulado. 2. Embora a competência seja da Justiça Obreira, a prescrição a ser aplicada é a do Código Civil, por não se tratar de verba trabalhista propriamente dita (...)" (TRT 21ª Reg. " RO-27-00378-96-5 " Rel. Juíza Ceneide Maria Maia de Oliveira). "DANO MORAL " PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA " JUSTIÇA DO TRABALHO. O prazo prescricional aplicável à reparação de danos morais é de 20 anos (art. 177 do Código Civil), mesmo quando ajuizada a ação na Justiça do Trabalho. A definição dos prazos prescricionais decorre da natureza do direito material controvertido, pouco importando a competência do órgão que irá julgar a ação" (TRT 13ª Reg. " RO-00095/2001 " Rel. Juiz Edvaldo de Andrade " in Revista Trabalhista, Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 272). "AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROVIMENTO - DANO MORAL - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. O julgado apresenta especificidade necessária a demonstrar divergência jurisprudencial, porquanto traz tese no sentido de que ao dano moral é aplicável a prescrição prevista no Código Civil, mesmo que seja decorrente do contrato de trabalho, e, não, a prevista no art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, como entendeu o eg. Regional (fls. 366/367). Dá-se provimento ao agravo de instrumento para, convertendo-o em recurso de revista, determinar a reatuação do processo e a publicação da certidão de julgamento, para ciência e intimação das partes e dos interessados de que o julgamento da revista dar-se-á na primeira sessão ordinária subsequente à data da referida publicação, nos termos da Resolução Administrativa nº. 736/2000 do eg. TST. Agravo provido. "(TST, decisão: 21.08.2002, Proc. nº. 8871.2002.900.02-00, terceira turma, Relatora: Juíza convocada Terezinha Célia Kineipp Oliveira). "DANOS MORAIS - PRESCRIÇÃO - INAPLICABILIDADE DA NORMA PREVISTA NO ARTIGO 7º, XXIX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. A reparação de danos materiais ou morais não constitui crédito trabalhista, ainda que decorrentes da relação de emprego. Ao contrário, tem natureza civil, decorrendo do ato ilícito, perpetrado por alguém - no caso, o empregador -, atingindo o patrimônio ou a personalidade, a honra, a intimidade, etc., de uma outra pessoa (ensejando, portanto, uma Ação de natureza pessoal). Não se trata, pois, de crédito, propriamente dito, muito menos de crédito trabalhista - não se aplicando, portanto, a norma prescricional afeta a este último. Tanto que a reparação do dano moral pode dar-se, de modo diverso do pagamento em pecúnia, como, por exemplo, com a publicação de nota de desagravo - que, indiscutivelmente, tem natureza de crédito. A obrigação de indenizar, portanto, não sendo um crédito trabalhista, afasta a aplicação do artigo 7º., XXIX, da Constituição, aplicando-se ao instituto civil as regras contidas no respectivo diploma." (TRT 3ª Região. Decisão: 25.09.2006. Proc. nº. 00452.2006.129.03.00-9, Primeira Turma. Relator: Manuel Cândido Rodrigues.). Entendo, pois, que nas ações de reparação de danos, ainda que decorrentes da relação de trabalho, deva prevalecer, pela sua natureza civil, a prescrição estabelecida pela legislação civil, e não pela legislação trabalhista. Atente-se, ainda, aos fundamentos do voto de desempate do Exmº Sr. Juiz Presidente deste Regional, Dr. João Leite, que sabiamente leciona que " A lesão sofrida pelo reclamante advinda do acidente de trabalho ocorreu em novembro de 1997 quando vigia o Código Civil antigo que previa o prazo prescricional de vinte anos para reivindicar reparação civil. Entendo ser esta a norma aplicável, eis que vigente à época da ocorrência do fato gerador do direito buscado, sob pena de causar insegurança jurídica. A título ilustrativo, mister trazer da sentença de primeiro grau o registro de que o contrato de trabalho está suspenso em virtude de o reclamante encontrar-se percebendo auxílio-doença-acidentário desde a época do infortúnio como demonstram os documentos apresentados pelo INSS às fls. 40/44, sendo impossível que a prescrição surta seus efeitos nos moldes prescritos no art. 199, I, do Código Civil (sentença, fl. 58). Ressalvo meu entendimento no sentido de que a prescrição aplicável é de dez anos prevista no art. 205, do Código Civil de 2002, haja vista que em se tratando de dano moral não há se falar em reparação, nos moldes prescritos no art. 206, § 3º, V, mas compensação. Por estes fundamentos, sou pela aplicação do prazo prescricional de vinte anos a partir da lesão do direito." Diante da fundamentação supra, buscando a reparação de danos decorrentes de ato ilícito, trata-se de hipótese de aplicação do prazo prescricional previsto no Código Civil, uma vez que, trata-se de um direito personalíssimo, o qual atinge, primordialmente, a dignidade da pessoa humana. Assim, aplica-se o prazo prescricional de 20 (vinte) anos, devendo ser mantida a r. decisão recorrida. 2.2. DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. Insurge o reclamado com o valor arbitrado a título de danos morais (R\$ 78.400,00) e materiais (R\$ 39.200,00) pelo Juízo de primeiro grau, totalizando um montante de R\$ 117.600,00. Pretende sua redução, por considerar os aludidos valores cifras estratosféricas para o caso em apreço. Quanto à quantificação da indenização, salutar traçarmos alguns comentários. É expressivo traçarmos as palavras do Eminentíssimo Professor Caio Mário da Silva Pereira, na obra Instituições de Direito Civil, Ed. Forense, Rio, Vol. II, p. 176, que relata: "O arbitramento para aferir em pecúnia a lesão do dano moral deverá fazer âncora na razoabilidade, levando-se em conta fatores outros tais como as seqüelas psíquicas impostas à vítima bem assim a posse patrimonial do agressor. Na doutrina, "a vítima de uma lesão a alguns daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mais valioso do que os integrantes do seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva." Segue o entendimento do Douto Francisco Antônio de Oliveira, in revista LTr. 62-01, p. 28, que discorre: "... não mais encontram lugar no mundo atual as condenações simplesmente pedagógicas, em valores inexpressivos que, em última análise, resultariam em mais uma ofensa moral ao ofendido, porque diante de tais condenações era inevitável a conclusão de que o seu sofrimento, a sua angústia, a sua tristeza pelo ato do agressor nada valiam ou valiam quase nada" Hodiernamente, prevalece em nosso ordenamento jurídico, a avaliação do dano moral por arbitramento do Juiz. Há, pois, um sistema

prudente discricionariedade do Juiz a fixação do valor. Neste mister, existem deve observar na fixação do montante, tais como, a Lei de Imprensa (Lei 4.117/62, art. 84). Destarte, ensina o insigne Ministro do Colendo TST

aterial e processual do trabalho - Estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo Teixeira Manus, São Paulo: LTr, 2000, p. 599 e 600) que, ponderados tais aspectos, são as seguintes as regras pelas quais deve guiar-se o Juiz para dimensionar concretamente o valor do dano moral: 1ª) compreender que o dano moral em si é incomensurável; 2ª) considerar a gravidade objetiva do dano; 3ª) levar em conta a intensidade do sofrimento da vítima; 4ª) considerar a personalidade e o maior ou menor poder econômico do ofensor; 5ª) não desprezar a conjuntura econômica do País; 6ª) pautar-se pela razoabilidade e equitatividade. Acrescente-se que o magistrado trabalhista deve levar em conta, máxime em matéria de dano moral, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, fundamentos da República Federativa do Brasil, à luz do art. 1º, III e IV, da Carta da Primavera de 1988. Por amor ao debate, cumpre-nos citar mais um argumento que se deve levar em consideração para decidir quanto ao valor indenizatório, citado pelo professor Maurício Godinho Delgado em Curso de Direito do Trabalho, LTr, abril 2002, p. 604. Nos ensina Godinho que o "arbitramento da indenização deve constituir-se pelo cotejo dos critérios enunciados..., mediante o pleno exercício das qualidades judicantes (sensatez, eqüanimidade, isenção, imparcialidade), atentando-se ainda para o seguinte: O montante arbitrado não produza enriquecimento ou empobrecimento sem causa das recíprocas partes; não perca este montante a harmonia com a noção de proporcionalidade, seja por deixar de compensar adequadamente o mal sofrido, seja por agregar ganhos financeiros superiores a uma compensação razoável pertinente". Deve ser colocado que o Juiz, hodiernamente, analisa o caso concreto "sub judice" para fixação do valor indenizatório. Nenhum reparo merece a r. sentença hostilizada. Com efeito, o valor arbitrado pelo Juízo de primeiro grau mostra-se até modesto, se levarmos em consideração para seu arbitramento as lesões físicas irreparáveis, como também, o dano moral sofrido pelo reclamante em face dessas lesões, as quais, inclusive, causou-lhe incapacidade permanente, cegueira e surdez. Além disso, deve ser considerada a intensa dor física por ele sofrida na época do acidente, que gerou períodos de internação, cirurgias para enxertos e vários outros dissabores. O valor é moderado e não merece redução. Assim, mantenho o valor arbitrado pelo Juízo originário. ANTE O EXPOSTO, conheço do apelo patronal e nego provimento.

#### Conclusão

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Nona Região, pelo voto de desempate do Exmº Sr. Desembargador Presidente, acompanhando os votos dos Exmºs Srs. Desembargadores Relator, José Abílio e Pedro Inácio, manter a sentença no tocante ao prazo prescricional previsto no art. 177 do antigo Código Civil, de 20 (vinte) anos, contra os votos dos Exmºs Srs. Desembargadores Revisora, Nova Moreira e Severino Rodrigues, que aplicavam o prazo prescricional de 3 anos, conforme o previsto no art. 206, IV do Novo Código Civil; por unanimidade, negar provimento ao recurso quanto ao valor da indenização por danos morais.

Maceió, 18 de setembro de 2007.