

1 INTRODUÇÃO

O tema é a hermenêutica axiológica constitucional no exercício da jurisdição. Está o tema delimitado à interpretação dos princípios constitucionais como fundamento para as decisões judiciais divergentes. O problema se dá quando indaga-se o motivo pelo qual a exegese daqueles princípios possibilita o ensejo da prolação de decisões judiciais assimétricas.

O presente trabalho tem por objetivo geral analisar a natureza jurídica dos princípios constitucionais diferenciando-os de regras jurídicas e, assim evidenciar se é possível aplicação não uniforme, daqueles, nas demandas levadas à apreciação do Poder Judiciário. Para atender à pretensão do trabalho foram traçados três objetivos específicos. O primeiro pretende informar os princípios atinentes à interpretação constitucional. Enquanto que o segundo tende a traçar as etapas do constitucionalismo nas diversas Eras da história da humanidade e evidenciar a natureza axiológica e deontológica dos princípios constitucionais. E, por último, o terceiro destina-se a mostrar como ocorre a resolução diante de um confronto entre princípios de modo a demonstrar a razão pela qual é possível a prolação de decisões judiciais divergentes sem a mitigação da segurança jurídica.

A proposta do tema apresenta relevância social à medida em que os princípios jurídicos prescindem de uma interpretação estanque. Essa flexibilização é inerente à atividade do exegeta das ciências sociais e está inserida na dinâmica do Direito para que seja possível acompanhar a evolução das complexidades da vida em sociedade.

Desta forma, se faz necessário compreender, a partir do confronto entre a hermenêutica axiológica jurídica e as regras de direito, a razão pela qual é possível a prolação de decisões judiciais divergentes sem a imputação de abalo na segurança jurídica.

2 DA HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

2.1 Hermenêutica: Origem e Conceito

O termo hermenêutica provém do grego *Hermeneúein* e quer dizer interpretar. Acredita-se que a palavra tenha surgido com influência da mitologia grega porquanto derivada de Hermes, descendente de Zeus e Maia, o qual era o intérprete da vontade divina e bastante conhecido por sua proximidade com os homens.

Ainda, segundo o Dicionário Priberam, tem por significado a *interpretação do sentido das palavras*, ou ainda, a *interpretação de leis*.

Qualquer conhecimento humano apresenta duas vertentes, quais sejam, os princípios e as aplicações. Os primeiros decorrem da ciência enquanto que as aplicações provêm da arte. No campo do Direito, interpretação e hermenêutica são exemplos de interação entre princípios e aplicações posto que enquanto a segunda é teórica e visa estabelecer princípios, critérios, métodos e orientações gerais, a primeira reveste-se de pragmatismo, ostenta uma envergadura prática e tem por fim aplicar os ensinamentos da hermenêutica. Nítida, então, a diversidade entre os dois conceitos.

Paulo Nader (2003, p. 304) elabora o desdobramento dessa diversidade conceitual através do labor dos operadores do Direito:

A efetividade do Direito depende, de um lado, do técnico que formula as leis, decretos e códigos e, de outro lado, da qualidade da interpretação realizada pelo aplicador das normas. Da simplicidade, clareza e concisão do Direito escrito, vai depender a boa interpretação, aquela que oferece uma diretriz segura, que orienta quanto às normas a serem vividas no plexo social, nos retócos (*sic*) e onde mais o Direito é considerado. O êxito da interpretação depende de um bom trabalho de técnica legislativa. O mensageiro-legislador, além de analisar os fatos sociais e equacioná-los mediante modelos de comportamento social, deve exteriorizar as regras mediante uma estrutura que, além de clara e objetiva, seja harmônica e coerente. A tarefa do intérprete é menos complexa quando os textos são bem elaborados.

Podemos, dessa forma, conceituar a hermenêutica como a ciência que estabelece normas gerais, métodos e princípios que orientam o exegeta na busca do

sentido das palavras.

Passemos então à análise da interpretação, mecanismo de aplicação dos métodos da hermenêutica.

2.2 Conceito de Interpretação

O termo interpretação apresenta abrangência de longas medidas, ultrapassa os contornos da Dogmática Jurídica. Interpretar é o ato de explicar o sentido de alguma coisa, busca-se revelar o significado de uma expressão verbal, artística, atitudes, gestos.

A realização do ato de interpretar tem por objetivo a descoberta do real sentido das coisas e para isto o ser humano apresenta diversos recursos, fruto de suas faculdades mentais, bem como analisa elementos, utiliza-se de conhecimentos de outras disciplinas como a lógica, a psicologia. Tudo isto com o fim único de adentrar no núcleo das coisas e trabalhar numa individualização capaz de identificar a mensagem contida.

Paulo Nader (2003, p. 306), discorre sobre a interpretação aplicada ao Direito e ensina que consiste em:

[...] uma atividade que tem por escopo levar ao espírito o conhecimento pleno das expressões normativas, a fim de aplicá-lo às relações sociais. Interpretar o Direito é revelar o sentido e o alcance de secas expressões. Fixar o sentido de uma norma jurídica é descobrir a sua finalidade, é pôr a descoberto os valores consagrados pelo legislador, aquilo que teve por mira proteger. Fixar o alcance é demarcar o campo de incidência da norma jurídica, é conhecer sobre que fatos sociais e em que circunstâncias a norma jurídica tem aplicação.

Existem métodos interpretativos que colaboram com a arte de aplicar a hermenêutica por meio da interpretação. Esses métodos podem ser qualificados como metanormas ou normas de segundo grau por fornecerem critérios precisos para a aplicação do Direito. Elencaremos alguns (aplicados à interpretação

constitucional) a título de exemplo, sem o objetivo de dissecá-los:

- a) Método Jurídico (hermenêutico clássico);
- b) Método tópico-problemático;
- c) Método hermenêutico concretizador;
- d) Método científico-espiritual;
- e) Método normativo-estruturante; e
- f) Método da comparação constitucional.

2.3 Interpretação Constitucional

Existem alguns princípios que regem a aplicação da hermenêutica por meio da interpretação no campo constitucional. Tais princípios são alocados em posição de evidência quando se busca a efetiva concretização da Constituição ou, restringindo ao nosso âmbito de pesquisa, quando se tem por meta a realização dos direitos fundamentais.

Conforme ensina Marcelo Novelino (2012, p.150) as bases do modelo interpretativo sugerido por Savigny (histórico, gramatical, lógico e sistemático) contribuíram para o desenvolvimento da hermenêutica. Todavia, mudanças sucederam-se e o trabalho do juiz a passa a ser visto como de elaboração sofisticada porquanto se volta a assegurar objetivos sociais diversos a serem cumpridos pelo Estado.

Por conta disto, a hermenêutica rogou por sua modernização. A necessidade de métodos atualizados, correndo em paralelo com as mudanças sociais, fez-se urgente. A necessidade de concretização da Constituição atuou como pano de fundo para uma reforma do pensamento em torno interpretação constitucional, instrumento da hermenêutica.

Neste sentido, a doutrina brasileira faz referência a princípios de interpretação constitucional buscando alcançar uma consonância com a nova realidade do Direito:

- a) Princípio da unidade da Constituição;
- b) Princípio do efeito integrador;
- c) Princípio da máxima efetividade;

- d) Princípio da justeza ou da conformidade funcional;
- e) Princípio da força normativa;
- f) Princípio da interpretação conforme a Constituição;
- g) Princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.

Não nos debruçaremos sobre estes princípios, sendo suficiente para este trabalho a disposição elencada destes norteadores do processo de interpretação constitucional.

Passemos então ao constitucionalismo e suas etapas historicamente distribuídas.

3 DO CONSTITUCIONALISMO

É de suma importância, para um melhor entendimento do tema abordado, uma abordagem sobre noções de constitucionalismo direcionada ao seu conceito, a evolução histórica e uma análise da natureza/caráter dos princípios constitucionais em momento que antecede o neoconstitucionalismo, figura que abordaremos no capítulo seguinte.

3.1 Conceito

O constitucionalismo pode ser abordado em diferentes acepções. Juridicamente entendido, pode ser definido como um conjunto de normas dispostas na Constituição de um Estado, as quais devem ser observadas (de preferência respeitadas) por quem detém o poder. Partindo de um conceito sociológico, vislumbra-se o constitucionalismo quando temos uma sociedade imbuída de um mesmo ideal, qual seja, organizar-se no sentido de impor limites ao poder para que os detentores deste, no comando do Estado, zele pelos interesses do povo.

De modo a corroborar o exposto acima, Kildare Gonçalves Carvalho, citado por Pedro Lenza (2012, p. 56), expõe que, em termos jurídicos, o constitucionalismo reporta-se a um sistema normativo sob o dossel da Constituição e acima dos detentores do poder; sociologicamente disposto, na visão do mesmo autor, o constitucionalismo representa um movimento social que dá sustentação à limitação do poder, de maneira a não viabilizar que os governantes possam fazer prevalecer seus interesses e regras em detrimento do que clama o povo.

Neste sentido, CANOTILHO, citado por Pedro Lenza (2012, p. 56) afirma que o constitucionalismo encerra o princípio do governo limitado, posto que é uma teoria necessária à garantia dos direitos capazes de edificar a organização político-social de uma comunidade. Essa garantia de direitos (fundamentais) aliada à ideia de limitação do poder consolidam duas características básicas que imprimem identidade ao constitucionalismo, sendo que a última (limitação do poder) é mais antiga, assim como a ideia de que a existência de uma Constituição nos Estados está associada ao constitucionalismo.

Interessante o pensamento de José Afonso da Silva (2005, p. 37) no que concerne à afirmação de todo Estado ter uma (C)constituição:

A palavra *constituição* é empregada com vários significados, tais como: (a) Conjunto dos elementos essenciais de alguma coisa: a *constituição* do universo, a *constituição* dos corpos sólidos; (b) Temperamento, compleição do corpo humano: uma *constituição* psicológica explosiva, uma *constituição* robusta; (c) Organização, formação: a *constituição* de uma assembleia, a *constituição* de uma comissão; (d) O ato de estabelecer juridicamente: a *constituição* de dote, de renda, de uma sociedade anônima; (e) Conjunto de normas que regem uma corporação, uma instituição: a *constituição* da propriedade; (f) A lei fundamental de um Estado. Todas essas acepções são analógicas. Expressam, todas, a idéia de *modo de ser de alguma coisa* e, por extensão, a de organização interna de seres e entidades. Nesse sentido é que se diz que *todo Estado tem constituição*, que é o simples *modo de ser do Estado*.

Marcelo Novelino (2012, p. 17) identifica a separação dos poderes como sendo a manifestação mais eloquente de constitucionalismo. Tal separação, continua o doutrinador, atua como meio hábil a inibir o uso arbitrário do poder descrevendo um antagonismo de forças: constitucionalismo *versus* absolutismo.

Por último, vale uma observação elaborada por FERRAJOLI, citado em artigo de André Karam Trindade (2013, p. 03). Para o italiano, o constitucionalismo está inserido originariamente em um contexto político de maneira a designar uma ideologia que contempla a tradição liberal. Sendo assim, o constitucionalismo, na visão desse jurista, torna-se sinônimo para Estado Liberal de Direito, que tem por sustentáculos os ideais jusnaturalistas.

Através de um paralelo, sempre que possível, pode-se associar os modelos de Estado de Direito (liberal, social, democrático) às características de cada etapa do constitucionalismo (clássico, moderno, contemporâneo). São essas (e outras) etapas que veremos no tópico seguinte.

3.2 Evolução Histórica

A pretensão neste tópico é trilhar uma passagem sem obstáculos por entre a densidade que envolve o tema da evolução histórica do constitucionalismo. Imprescindível, para tanto, identificar os períodos da História humana em um

primeiro momento e, em seguida, distribuir as etapas do desenvolvimento progressivo do constitucionalismo nesses períodos.

Partindo do objetivo acima estipulado, é possível compartimentalizar a História da Europa em quatro momentos, conforme Pedro Lenza (2012, p. 56):

a) Idade Antiga – até o século V (476 d.C.), quando se deu a tomada do Império Romano do Ocidente pelos povos Bárbaros;

b) Idade Média – segue do século V até o fim do Império Romano do Oriente (século XV), momento em o qual se deu a queda de Constantinopla (1453 d.C.);

c) Idade Moderna – tem por marco inicial o evento da queda de Constantinopla até a deflagração da Revolução Francesa (1789);

d) Idade Contemporânea – estende-se da Revolução Francesa (1789) até os dias atuais.

Vale lembrar que não é o nosso objetivo aqui analisar esses momentos da História de modo isolado, mas sim, a evolução do constitucionalismo dentro daquelas divisões. Note que há autores que perseguem um caminho diverso a tal paralelismo (idades da História e o transcurso evolutivo do constitucionalismo), CANOTILHO, *v.g.*, citado por Pedro Lenza (2012, p. 57), opta por uma divisão dicotômica ao elencar apenas o constitucionalismo antigo e o moderno, informando, acerca do último, que trata-se de um movimento social, político e cultural de questionamento no que tange aos esquemas tradicionais de domínio político e sugere a criação de uma nova forma de organização do poder político focado na ordenação e fundamentação (do poder político).

Importante ressaltar, que o posicionamento do constitucionalismo das cidades antigas dentro das “Eras” (Idade Antiga, Idade Média, Idade Moderna, Idade Contemporânea) não é estanque. Há autores, por exemplo, que alocam o constitucionalismo da Inglaterra dentro da Antiguidade Clássica (Marcelo Novelino, *v.g.*), outros preferem a Idade Média como ponto de fixação temporal (Pedro Lenza, *e.g.*). Adotamos aqui a taxinomia de Pedro Lenza por ser mais objetiva e guardar maior consonância com o objetivo proposto para a abordagem deste capítulo, qual seja, uma breve passagem pelas fases evolutivas do constitucionalismo.

3.2.1 Constitucionalismo na Antiguidade

É razoável afirmar que o surgimento do constitucionalismo se deu entre os hebreus (Antiguidade clássica). Isto porque partindo da ideia de que o constitucionalismo encerra limitação ao poder político vigente e estabelece garantias de direitos, ao menos a primeira característica existia naquela época (LOEWENSTEIN, *apud* LENZA, 2012, p. 57).

Afirma Marcelo Novelino (2012, p. 20) que as normas de maior envergadura, capazes de direcionar o funcionamento (social e jurídico, este mesmo que arcaico) da comunidade eram postas pelos patriarcas ou pelos chefes de clãs, reconhecidos como as figuras que representavam os deuses na terra juntamente com os sacerdotes. Visualizava-se, portanto, um Estado teocrático onde a cadência da sociedade era regida pela autoridade divina, por outro lado a religião findava por influenciar os direitos, e “os dogmas religiosos consagrados na Bíblia eram impostos como limites ao poder político” (NOVELINO, 2012, p. 20).

Traços característicos deste constitucionalismo inicial podem ser destacados, segundo NOVELINO (2012, p. 20):

- a) Existência de leis não escritas paralelamente aos costumes (*opinio juris et necessitatis*);
- b) Presença proeminente da religião, com a crença de que os líderes eram representantes dos deus na terra;
- c) Predomínio dos meios de constrangimento como método para assegurar o respeito aos padrões de conduta da comunidade e manter a unidade do grupo;
- d) Tendência de julgar os litígios conforme as soluções aplicadas em conflitos semelhantes (vislumbra-se aqui a existência e uso de precedentes judiciais).

Além dos hebreus, tem-se a Grécia como outro polo germinativo do constitucionalismo. Karl Loewenstein, citado por Marcelo Novelino (2012, p. 21), diz que “durante dois séculos existiu na Grécia um Estado político plenamente constitucional, no qual foi adotada a mais avançada forma de governo: a democracia constitucional.”. Distinguiu-se do constitucionalismo encontrado entre os hebreus porquanto não visualizava limitações do poder político nos dogmas bíblicos, mas

sim, no Parlamento através do exercício de suas atribuições legislativas.

NOVELINO (2012, p. 21) reconhece quatro características perceptíveis do constitucionalismo grego:

- a) Assim como os hebreus, não possuíam constituição escrita;
- b) O Parlamento sobressaía-se frente às demais instituições;
- c) Modificação das proclamações constitucionais por atos legislativos comuns;
- d) Os detentores do poder não se responsabilizavam pela dinâmica governamental das cidades-estados gregas.

Por fim, encerrando o constitucionalismo durante a Antiguidade clássica, tem-se Roma. Já se utilizava em Roma o vernáculo “Constituição”, forjado na época do Imperador Adriano. Todavia o sentido atribuído se mostrava diverso ao de hoje conhecido porquanto guardava relação com normas confeccionadas pelos imperadores romanos e tais normas apresentava valor de lei.

Passemos a descrição, sumária, do constitucionalismo durante a Idade Média.

3.2.2 Constitucionalismo na Idade Média

Regimes absolutistas perduraram durante a Idade Média. Neste regime, a participação do povo nos assuntos da sociedade era inexistente, não havia imposição de limites aos governantes, o olhar destes sobre o panorama social da época era soberano sendo possível dizer que, sem afastar-se da razoabilidade, assemelhavam-se a entidades divinas.

Apesar desse contexto, a Magna Carta de 1215 – outorgada pelo Rei João Sem Terra por conta de acordo consignado entre os súditos –, surgiu e apresentou contornos sólidos a ponto de representar um ícone do constitucionalismo medieval, destaque alcançado em razão da incipiente proteção dispensada a alguns direitos individuais.

3.2.3 Constitucionalismo na Idade Moderna

Durante a Idade Moderna, alguns documentos assomaram posição de relevo: a *Petition of Rights*, de 1628, pactuada entre o Parlamento e o Rei Carlos I; o *Habeas Corpus Act*, de 1679; o *Bill of Rights*, de 1689; e, em 1701, o *Act of Settlement*.

Conforme salienta Pedro Lenza (2012, p.57), além dos pactos existiam as cartas de franquia ou forais, destinavam-se a proteção dos direitos individuais. A diferença destas para aqueles, continua o autor, estava na possibilidade de admitir a interação dos súditos no governo local.

No constitucionalismo moderno (diferente do constitucionalismo na Idade Moderna) o destaque vai para as constituições escritas como instrumentos aptos à limitação do poder governamental vigente. Num primeiro momento, tem-se o constitucionalismo liberal, dentro, ainda, do constitucionalismo moderno. Os documentos tidos como referência histórica deste período (constitucionalismo liberal) são a Constituição norte-americana (1787) e a Constituição francesa (1791), esta última sofreu grande influência da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 1789.

A Constituição francesa de 1791 foi um sucedâneo natural da Revolução Francesa de 1789. que fora deflagrada sob a influência da doutrina iluminista. Pode-se extrair uma explicação do contexto social da época – somatório de fatos que culminou na revolução de 1789 –, a partir de um trecho do livro *O Mundo de Sofia*, do autor Jostein Gaarder (2012, p.340):

Muitos dos filósofos iluministas franceses tinham visitado a Inglaterra, que em diversos aspectos era um país mais liberal que a pátria deles. Eles ficaram fascinados pelas ciências naturais inglesas, sobretudo por Newton e sua física universal. Mas também se inspiraram na filosofia britânica, particularmente em Locke e sua filosofia política. De volta à França eles começaram pouco a pouco a se rebelar contra as autoridades constituídas. Era importante manter-se cético em relação as verdades estabelecidas, eles diziam.

O absolutismo sucumbiu e o povo ergue-se como titular do poder. Tem-se então o constitucionalismo liberal em consonância com o liberalismo clássico, este preconizando o individualismo, absentismo estatal, valorização da propriedade

privada e proteção do indivíduo e, aquele (o constitucionalismo liberal), positivando em norma tais ideais, *v.g.*, a Constituição francesa de 1791, documento que consignou as conquistas operadas quando da Revolução Francesa (1789) instituindo um Estado de Direito (Estado Liberal).

A consagração de direitos civis e políticos nos textos constitucionais fez surgir os direitos de primeira dimensão (direitos fundamentais). Todo esse ambiente e postura de por em evidência o indivíduo como sujeito de direitos (valor liberdade), juntamente com a ausência de interferência do Estado na dinâmica social gerou concentração de renda e exclusão social. Pensou-se, então, no Estado como agente transformador capaz de evitar abusos e mitigar o poder econômico dos particulares quando nocivo à sociedade.

Essa posição ativa do Estado, não mais passiva, transformou a estrutura dos direitos fundamentais (em relação aos direitos de 1ª dimensão, focados na liberdade individual, liberdade patrimonial etc) e os ideais do Estado Liberal de Direito. Assim, surge uma nova etapa do constitucionalismo moderno (não confunde-se com o constitucionalismo na Idade Moderna) superveniente ao constitucionalismo liberal: o constitucionalismo social. Tem por marco histórico o período que antecedeu o fim da Primeira Guerra Mundial em 1918.

Diante deste panorama de liberdades que forçou a alteração da estrutura política, jurídica, social e econômica do primeiro período bélico (1914-1918) faremos um sucinto relato do ambiente em qual surgiu o constitucionalismo social e o Estado Social de Direito.

A igualdade formal (apenas uma projeção em texto sem, contudo, atingir de fato e efetivamente a paridade de condições e oportunidades que se pretende) visualizada nas relações contratuais entre patrões e empregados, com plena liberdade para determinar as condições de trabalho, teve por consequência o empobrecimento das classes operárias. A situação, cada vez pior, das desigualdades sociais fez gerar a revolta dos trabalhadores assalariados, camponeses e das classes menos favorecidas. Deste modo, passaram a exigir do Estado, além do reconhecimento das liberdades individuais, um posicionamento que garantisse direitos relacionados às condições de trabalho, à educação e a segurança social.

NOVELINO (2012, p.29) explica que a crise econômica foi fator decisivo para a ruína do modelo liberal porquanto impossível ou muito difícil uma competição justa e equilibrada já que não havia igualdade social entre os indivíduos no tocante ao acesso à bens essenciais e ao suprimento de necessidades. Neste sentido, o liberalismo mostrou-se impotente diante das demandas sociais. Destaca-se, então, o Direito de maneira a assumir o papel de garantir a paz, a segurança, a justiça e de promover o bem comum.

Concretizando esta nova roupagem do Direito dentro do Estado Social, em 1917 a Constituição do México tornou-se a primeira a incluir os direitos trabalhistas entre os direitos fundamentais, ao lado dos direitos individuais e políticos.

Por outro lado, no continente europeu era escasso o número de constituições democráticas nos primórdios do século XX. Este cenário começa a mudar a partir da segunda década, diante de uma fase de grande atividade política, fator suficiente para a fundação de várias repúblicas na Europa. Neste período, a Constituição de Weimar (1919) que instituiu a República Alemã adquire o status de documento constitucional de maior destaque.

Toda esta explanação acerca das etapas do constitucionalismo moderno (constitucionalismo liberal e social) é de suma importância para entendermos a concepção axiológica dos direitos fundamentais (de primeira e segunda dimensões, até aqui tratados) enquanto princípios jurídicos que será analisada mais adiante ainda neste capítulo.

3.2.4 Constitucionalismo na Idade Contemporânea

Mudanças relevantes no perfil característico do constitucionalismo começam a surgir na Europa a partir da Segunda Grande Guerra (1939-1945). Algumas dessas mudanças sagraram-se inovações dignas de deferência, outras, no entanto, apenas fizeram ecoar experiências anteriormente vivenciadas. A atividade nazista (bem como os ataques estadunidenses às cidades de Hiroshima e Nagasaki) e todo o tipo de barbárie causada durante a guerra foram capazes de incutir tamanha perplexidade, suficiente para despertar o consciente coletivo sobre a necessidade e urgência de proteger a pessoa humana.

É verdade que esses acontecimentos históricos conspurcaram a marcha evolutiva da humanidade. Mas não é menos verdade que também serviram de alçada para a dignidade da pessoa humana, alavancada à uma posição de átomo diante do cosmo que abrange o constitucionalismo contemporâneo, os direitos fundamentais e o Estado constitucional democrático, conforme assevera NOVELINO (2012, p. 33).

A cerca da noção de dignidade da pessoa humana, pontua o ilustre autor (2012, p.33 et seq.):

Consagrada expressamente em importantes declarações internacionais de direitos humanos e em praticamente todos os textos constitucionais surgidos no segundo pós-guerra, a noção de dignidade une juristas, cientistas e pensadores a ponto de se afirmar que ela estabelece uma espécie de 'consenso teórico universal'. Ainda que a dignidade não dependa do reconhecimento formal pelo ordenamento jurídico, a consagração copiosa no plano internacional e nas diversas constituições é relevante na medida em que contribui para a noção (*sic*) assumir definitivamente um inquestionável caráter jurídico, convertendo-a, de valor originariamente moral, em valor (também) tipicamente jurídico, revestido de normatividade. Em outras palavras, é possível afirmar que a consagração no plano normativo-constitucional impõe o reconhecimento de que a dignidade deixou de ser um simples objeto de especulações filosóficas para se transformar em uma *noção jurídica autônoma* cumpridora de um papel fundamental dentro do ordenamento jurídico.

No que concerne às alterações de cunho textual percebidas nas constituições contemporâneas, fala-se em Constituição programática tendo em vista o estabelecimento de normas programáticas preenchidas com conteúdo social. Essas normas programáticas são, pode-se afirmar, programas de governo, metas a serem atingidas pelo Estado. Sobre as normas programáticas, José Afonso da Silva discorre o seguinte (1998, p. 136 et seq.),

O embate entre o liberalismo, com seu conteúdo de democracia política, e o intervencionismo ou o socialismo repercute nos textos das constituições contemporâneas, com seus princípios de direitos econômicos e sociais, comportando um conjunto de disposições concernentes tanto aos direitos dos trabalhadores como à estrutura da economia e ao estatuto dos cidadãos. O conjunto desses princípios forma o chamado conteúdo social das constituições. Vem daí o conceito de constituição-dirigente, de que a constituição de 1988 é exemplo destacado, enquanto define fins e programas de ação futura no sentido de uma orientação democrática. Por isso, ela, não raro, foi minuciosa e, no seu compromisso com as conquistas

liberais e com um plano de evolução política de conteúdo social, o enunciado de suas normas assumiu, muitas vezes, grande imprecisão, comprometendo sua eficácia e aplicabilidade imediata, por requerer providências ulteriores para incidir concretamente. Muitas normas são traduzidas no texto supremo apenas em princípio, como esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade dos legisladores ordinários. São estas que constituem as normas constitucionais de princípio programático.

Algumas dessas normas consubstanciam-se em objetivos a serem perseguidos pelo Estado, posto que praticamente inalcançáveis em razão da sua difícil realização, *v.g.*, o inciso III, do artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil o qual pretende, entre outras coisas, erradicar a pobreza.

Outras dessas normas programáticas não são postas em prática por não serem do interesse da classe política atuante: seja por não gerar uma visibilidade capaz de movimentar a máquina de votos, seja por simples ausência de programa de governo que não contemple a regulamentação dessas normas. Ou seja, a disposição constitucional dessas normas (programáticas) existe, todavia justamente por serem programáticas (ou de eficácia limitada) carecem de prévia regulamentação necessária a sua aplicabilidade.

Diante desse quadro histórico de assimilação dos valores (direitos fundamentais de primeira e segunda dimensões: direitos individuais e políticos e sociais, respectivamente) da humanidade e para humanidade nas constituições escritas, passemos à análise da natureza dos princípios constitucionais.

É a partir daqui, então, depois de toda a explanação concernente ao constitucionalismo moderno com sua faceta liberal e social e, considerando também o constitucionalismo contemporâneo, que podemos visualizar o caráter axiológico dos princípios constitucionais (direitos fundamentais enquanto princípios), a seguir analisado no próximo tópico.

3.3 Caráter Axiológico dos Princípios Constitucionais

Ao entrarmos neste tópico, cumpre, antes de qualquer outro desdobramento fruto de uma análise sobre o tema, fixarmos o conceito de axiologia.

Axiologia é o ramo da filosofia que estuda os valores. Tal palavra, em sua

origem grega quer dizer estudo ou tratado. Etimologicamente considerado, o termo tem por significado a Teoria do valor, estudo do valor ou ainda, ciência do valor.

É difícil encontrar autores que atribuam à axiologia a definição de ciência dos valores. Essa ideia é posta de lado por sociólogos e, até mesmo, filósofos. Alegam, os que não compactuam com tal definição, que o termo considerado carece de sustentáculos, posto que supracitada ciência inexistente de fato, tampouco fora sistematizada intelectualmente.

Deste modo, a definição creditada à axiologia é a de que ela faz parte da Filosofia e porta-se como um ramo que tem por objeto o estudo dos valores.

A celeuma, então produzida, pode ser apaziguada ao se atribuir uma definição original à axiologia. Neste sentido, entende o supracitado filósofo brasileiro, a axiologia seria o padrão dominante de valores em determinada sociedade.

Estudiosos outros partilham do entendimento de que a Axiologia é uma área abstrata e subjetiva do conhecimento, atrelada à Filosofia. Não está restrita ao conjunto de valores previamente estipulados pela sociedade atual, estes limites foram estendidos e agora alcançam os valores morais e éticos.

Ainda, conforme o Dicionário Priberam, axiologia vem do grego *áksios+logia*, um substantivo feminino e remete à ideia de “*com o mesmo valor que, que tem o valor de, estimado, merecedor de, digno de*”. Podendo também significar, consoante o mesmo dicionário, “*Filosofia dos valores, particularmente dos valores morais*”.

Tem-se, também, o conceito de axiologia empregado no Dicionário Luft (2003, p.97), o qual informa ser o “*estudo de alguma espécie de valor, em especial dos valores morais*”.

Estabelecido o conceito, sucinto, de axiologia como o estudo dos valores (morais, éticos), apontaremos a sua conexão com os princípios constitucionais a ponto de determinar a natureza destes no âmbito jurídico.

Parte-se do pressuposto de que o constitucionalismo liberal e social, à guisa de exemplo, foram concebidos em um contexto histórico (Revoluções francesa e inglesa, *v.g.*) propício às demandas da época: limitação do poder por meio de leis escritas, garantia da propriedade privada, direitos políticos; melhores condições de trabalho, direitos capazes de assegurarem a observância do mínimo necessário ao desenvolvimento de uma vida digna.

Posteriormente, altera-se o quadro histórico e, por conseguinte, alteram-se as demandas sociais. Demandas globalizadas, não apenas regionais ou locais.

O panorama era de aviltamento do homem pelo homem. Existia e sempre existiu o sentimento de solidariedade, de compaixão, de respeito entre os povos, entre os homens.

Por óbvio, nem todos atores globais assumiam/assumem uma atitude condizente com a sua natureza racional, com a sua faculdade de cognição. Opressores e oprimidos, infelizmente, também sempre existiram/existirão.

Tornou-se imprescindível a intervenção do Estado no sentido de assumir um papel ativo no que diz respeito à proteção dos oprimidos: oprimido social, oprimido econômico, oprimidos em sua dignidade humana, oprimidos em seu valor decorrente da condição humana. Valor este encontrado de forma ínsita no ser humano, prescindindo-se de um texto normativo que lhe dê existência, mas reclamando do mesmo texto normativo garantias que assegurem a observância da concatenação de valores que condizentes com a natureza humana.

Necessário, então, uma nova postura constitucional do Estado frente às atrocidades, barbáries e, por que não dizer, apatia do ser humano para o ser humano no decorrer do século XX com as Grandes Guerras, exemplo mais contumaz e infeliz.

Em um esforço sinérgico entre as diversas nações ao redor do mundo assembleias foram constituídas, deliberações foram realizadas numa tentativa de consignar juridicamente, em âmbito internacional, aqueles valores naturais do homem, negligenciados há muito e carentes de uma atenção estatal que os assegurassem diante de qualquer infringência.

Pois, agora, em explanação por demais sucinta, organizações internacionais, representando os mais variados países, confeccionaram documentos, através de tratados internacionais, a fim de normatizar os valores inerentes à condição humana (direitos do homem) fixando direitos básicos como imprescindíveis ao desenvolvimento digno do ser humano.

À guisa de exemplo desses documentos internacionais que fixaram direitos humanos podemos citar a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, promulgada por meio da Resolução nº 217, eis o que consta do preâmbulo:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum;

Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão;

Considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações;

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla;

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades;

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso;

A Assembléia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Além dos documentos redigidos pela comunidade internacional existem aqueles elaborados internamente pelos Estados que também proclamam direitos do homem, todavia por fazerem parte da ordem jurídica interna de um Estado e/ou por não contemplar todos os direitos humanos consagrados no ordenamento jurídico internacional, recebem a nomenclatura de direitos fundamentais. Neste sentido, leciona Ingo Wolfgang Sarlet (*apud*, LEITE, 2011, p.33) que o termo “direitos fundamentais” aplica-se aos direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, é um

documento histórico registra os direitos naturais/do homem, segue o preâmbulo:

Os representantes do povo francês, constituídos em ASSEMBLÉIA NACIONAL, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos Governos, resolveram expor em declaração solene os Direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem, a fim de que esta declaração, constantemente presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre sem cessar os seus direitos e os seus deveres; a fim de que os actos (*sic*) do Poder legislativo e do Poder executivo, a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reclamações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral.

Perceba que estas duas Declarações buscam positivar, no sentido de por sob um manto jurídico, os valores inerentes à pessoa humana, ou seja, os direitos do homem: liberdade, igualdade, direito à vida, entre outros.

Neste sentido, é possível concluir que os direitos fundamentais (direitos do homem positivados), por apresentarem uma notória carga valorativa, por perseguirem, por vezes, objetivos – caráter principiológico –, são considerados princípios jurídicos. Isto não quer dizer, entretanto, que dentre as normas de direitos fundamentais não existam regras. Tal alegação evidencia o caráter duplo das disposições jusfundamentais. Consoante NOVELINO (2012, p.447) esse caráter duplo “*significa que, por meio da interpretação dos enunciados normativos jusfundamentais, podem ser extraídas duas espécies de normas: os princípios e as regras*”. A distinção entre regras e princípios será analisada em capítulo apropriado.

Desta forma, é razoável constatar um caráter axiológico – porquanto posto em posição de destaque os valores inerentes à condição de ser humano –, dos princípios constitucionais (enquanto normas de direito fundamental).

A acepção axiológica mostra-se de modo mais eloquente quando os princípios constitucionais (enquanto direitos fundamentais) necessitam de regulamentação legislativa superveniente ou de remédio constitucional que garanta o seu cumprimento de maneira a propiciar efetividade jurídica (ou plena eficácia social) a tais direitos. Percebe-se, então, que quanto menos efetividade jurídica mais intensa a natureza axiológica dos direitos fundamentais (quando considerados princípios) posto que mitigada, *a priori*, efetividade jurídica desses preceitos.

Por via reflexa, assume-se que esses princípios quando apresentam plena efetividade jurídica possuem uma natureza deontológica. Isto, no entanto, será objeto do próximo capítulo juntamente com o neoconstitucionalismo.

4 DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Neste capítulo a abordagem tem por foco o neoconstitucionalismo, uma etapa do constitucionalismo que altera o modelo alocado na Era contemporânea.

A partir da análise do neoconstitucionalismo pretende-se traçar um paralelo no sentido de desvelar a natureza deontológica dos princípios (enquanto direitos fundamentais). Desta forma, restará evidenciada a natureza dicotômica (axiológica e deontológica) dos princípios constitucionais.

4.1 Conceito de Neoconstitucionalismo

A partir do século XXI, a doutrina passa a desenvolver uma perspectiva diferenciada para com o constitucionalismo, denominou-se neoconstitucionalismo. Outros ainda atribuem o nome de constitucionalismo pós-moderno, e, até mesmo, pós-positivismo.

O termo neoconstitucionalismo foi usado pela primeira vez pela autora italiana Suzanna Pozzolo, em 1993, durante uma conferência em Buenos Aires. Na oportunidade, a autora usou o termo para “denominar um certo modo antijuspositivista de se aproximar o direito” (POZZOLO, 2006, p.77).

O neoconstitucionalismo é uma expressão que surgiu no final da década de 1990 e é empregada, pioneiramente, pelos jusfilósofos de Genova: Susanna Pozzolo, Paolo Comanducci e Mauro Barberis. Na verdade, para ser ainda mais preciso, o termo teria sido utilizado, pela primeira vez, durante a intervenção de Pozzolo no XVIII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social, realizado em Buenos Aires e La Plata, entre os dias 10 e 15 de agosto de 1997.

Desde então, muitos estudos vêm sendo elaborados para delinear os contornos desse movimento. Destaque-se a publicação da obra Neoconstitucionalismo(s) (2003), organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell, em que renomados juristas internacionais se debruçaram sobre o tema.

Entre os juristas nacionais, como afirma MAIA (2009, p. 153), destacam-se Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos – ambos ligados à Universidade do Estado do Rio de Janeiro – como estudiosos sobre o tema.

Diante desta nova realidade, almeja-se encorpar ao constitucionalismo,

como originariamente concebido (limitação do poder governamental e em alguns casos fixação de garantias de direitos do homem), a pretensão de eficácia da Constituição. Neste sentido, o texto constitucional se desfaz de uma roupagem onde o caráter retórico é nítido e passa a assumir uma postura que visa a realização material dos direitos fundamentais, prestigiando uma eficácia não só jurídica, como também social desses direitos.

Walber de Moura Agra (*apud*, LENZA, 2012, p.62) ao divagar sobre o neoconstitucionalismo afirma o seguinte:

O neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser mencionadas: a) positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e das regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva.

Considerando estas características do neoconstitucionalismo, é razoável dizer que enquanto o constitucionalismo tem por ideologia a limitação do poder político e o conseqüente reconhecimento de direitos básicos do homem, o neoconstitucionalismo adota a ideologia de realização desses direitos fundamentais.

Em assim sendo, é possível elencar alguns pontos característicos do neoconstitucionalismo, conforme leciona LENZA (2012, p.63):

- a) Núcleo do sistema;
- b) Reconhecimento do status de norma jurídica à Constituição posto que apresenta imperatividade e superioridade;
- c) Existência de forte carga valorativa, *v.g.*, direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana;
- d) Eficácia irradiante em relação aos Poderes e também aos particulares;
- e) Busca da concretização dos valores constitucionalizados.

Essa mudança de pensamento o qual tem por objetivo a efetiva realização dos direitos fundamentais será o ponto de partida para discorrermos sobre a acepção deontológica dos princípios constitucionais.

4.2 Acepção Deontológica dos Princípios Constitucionais

Enquanto que no constitucionalismo contemporâneo elucidamos as ideias que levaram a crer numa natureza axiológica dos princípios (considerados direitos fundamentais) aqui, no neoconstitucionalismo, a linha de raciocínio é diversa, ou seja, parte-se do pensamento de que os princípios são ordens de algum tipo, e por isso pertencem ao campo deontológico.

Necessário, então, buscarmos primeiramente o conceito do termo deontologia.

4.2.1 Conceito de Deontologia

Etimologicamente perquirido o conceito de deontologia encontramos duas palavras de origem grega ao dividirmos o vernáculo: *deon*, que quer dizer dever ou obrigação; e *logos*, que tem por significado a palavra ciência.

A palavra deontologia apresenta o seguinte conceito: uma das teorias normativas segundo as quais as escolhas são moralmente necessárias, proibidas ou permitidas.

Portanto inclui-se entre as teorias morais que orientam nossas escolhas sobre o que deve ser feito. O termo foi introduzido em 1834, por Jeremy Bentham, para referir-se ao ramo da ética cujo objeto de estudo são os fundamentos do dever e as normas morais. É conhecida também sob o nome de "*Teoria do Dever*". É um dos dois ramos principais da Ética Normativa, juntamente com a axiologia. Pode-se falar, também, de uma deontologia aplicada, caso em que já não se está diante de uma ética normativa, mas sim descritiva e inclusive prescritiva. Tal é o caso da chamada "deontologia profissional".

De forma mais objetiva entende-se a deontologia como o estudo ou tratado dos deveres ou das regras de natureza ética.

4.2.2 Natureza Deontológica dos Princípios

Aquilo que faz parte da deontologia equivale ao que é obrigatório. Portanto, ao fixar a efetiva realização dos direitos fundamentais como um de seus objetivos (e características), o neoconstitucionalismo suscita a noção de obrigação de cumprimento dos direitos fundamentais (daqueles postos como princípios). Esta obrigação de cumprimento confere a natureza deontológica aos princípios constitucionais.

Tanto assim o é que o legislador brasileiro, a título de exemplo, garantiu o cumprimento dos direitos fundamentais, aqueles que necessitam de regulamentação superveniente, por meio de remédios constitucionais: mandado de injunção para assegurar o exercício de um direito fundamental inviabilizado pela ausência de norma regulamentadora.

Outro exemplo passível de ilustrar o caráter deontológico – no sentido de sua obrigatoriedade em consonância com o ideal de concretização proposto pelo neoconstitucionalismo –, dos direitos fundamentais (princípios) é a norma contida no parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição a qual prescreve aplicação imediata para as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Desta forma, concluímos este terceiro capítulo. No próximo teceremos comentários sobre princípios e regras.

5 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENQUANTO PRINCÍPIOS

5.1 Conceito de Princípios

Os direitos fundamentais são concebidos como verdadeiros princípios por conta da forte carga valorativa que os preenche. Necessário, então, elencarmos o conceito de princípios.

Dworkin (*apud*, LEOPOLDINO, 2010, p.34), traz o conceito de princípio através de um cotejo com a definição de política. Para o autor, política é um tipo de parâmetro que deve ser observado, posto que fixa um objetivo, uma meta a ser alcançada que irá conduzir, em tese, a um aprimoramento de característica política, econômica ou social da comunidade. Por outro canto, entende o princípio como um ponto fixo, um parâmetro, que deve ser seguido, não por propiciar um avanço ou garantia de uma condição social, política ou econômica desejável, a sua observância é um requisito da justiça ou lealdade ou qualquer outra dimensão de moralidade.

Robert Alexy (2011, p.90), busca o conceito de princípios a partir do cotejo destes com as regras jurídicas. Entende o autor que ambos (princípios e regras) são normas. Entretanto os princípios são *“normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”*.

Para o autor germânico, os princípios são mandamentos de otimização. Com essa afirmação, pretende-se caracterizá-los pela possibilidade de ser satisfeitos em graus diversos e *“pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”*.

No tocante às regras, o jurista alemão afirma o seguinte:

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.

Para efeito do nosso estudo adotaremos o conceito de princípios formulado por ALEXY, o qual os designa por mandamentos de otimização.

5.2 Dimensão de Peso

A dimensão de peso dos princípios foi uma ideia sugerida por Robert Alexy (2011, p. 105), em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Referida dimensão de peso terá lugar quando necessário um sopesamento entre princípios, vale dizer, “um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico”.

Os princípios possuem apenas uma dimensão de peso e não determinam as consequências normativas de forma direta, ao contrário das regras. Somente com a aplicação dos princípios nos casos concretos que se torna possível sua concretização, tendo em vista as regras de colisão, ou seja, os conflitos se resolvem mediante a criação de regras de prevalência, através da ponderação dos princípios conflitantes.

Passemos então ao enfrentamento da questão da colisão de princípios, ou seja, a como se deve proceder quando da resolução de uma questão jurídica quando há a presença de dois princípios antagônicos.

5.3 Colisão de Princípios

Quando do enfrentamento de um caso onde existam princípios colidentes (antagônicos), Robert Alexy (2011, p. 93 et seq.) afirma que um deles terá de ceder. Porém, continua o ilustre autor, determinada situação não enseja dizer que o princípio cedente é inválido ou que apresenta uma cláusula de exceção. Ocorre, na verdade, a precedência de um dos princípios em face do outro quando consideradas determinadas condições.

Ao ocorrer a tensão entre dois princípios reconhecidos pelo ordenamento constitucional em vigor, o de menor peso, de acordo com as circunstâncias e condições inerentes ao caso concreto, abdica do seu lugar ao de maior valor, em uma "relação de precedência condicionada". É diferente do que ocorre com os conflitos entre regras, não são estipuladas cláusulas de exceção, pois, senão, estar-se-ia limitando o princípio constitucional para situações futuras, quando poderá preceder frente a outros valores com os quais entre em colisão. Busca-se, pelo princípio da ponderação, decidir, ante as condições do caso, qual valor possui maior

peso, devendo prevalecer na situação.

Existem diversos casos em nossa jurisprudência que ilustram na prática como ocorre a resolução da problemática da colisão de princípios nos tribunais. À guisa de exemplos, faremos a transcrição na íntegra de um famoso caso presente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no qual se utilizou a ponderação entre princípios diz respeito a uma ação declaratória, de rito ordinário, nele uma criança investigava a paternidade de seu suposto pai.

O Juízo da Segunda Vara de Família e Sucessões da Comarca de Porto Alegre determinou a realização de exame de DNA (ácido desoxirribonucléico), com o objetivo de resolver a controvérsia. No entanto, o suposto pai se negou à colheita de sangue, sendo determinada, por essa razão, a execução forçada da ordem judicial, decisão mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Após essa decisão, em razão do suposto pai estar na iminência de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por decisão do Tribunal de Justiça Riograndense, foi impetrado o pedido de "*Habeas Corpus*" ao Supremo Tribunal Federal, onde a questão foi analisada. Por uma maioria de seis votos contra quatro, o Plenário do STF concedeu o *habeas corpus*, após tormentosos debates.

A corrente não prevalente sustentou que o direito ao conhecimento da real paternidade da criança deveria sobrepor-se ao da integridade física do pai, como informa MENDES (2008, p. 287).

A corrente vitoriosa, liderada pelo voto do ministro Marco Aurélio entendeu, porém, que o direito à intangibilidade do corpo humano não deveria ceder, na espécie, para possibilitar a feitura de prova em juízo. Fica claro que, no caso em análise, o que se ponderou não foi o direito da criança em conhecer a identidade paterna versus a intangibilidade do corpo humano, o que se julgou foi a necessidade de forçar um ser humano a dispor da integridade do seu corpo para que se pudesse fazer prova em um processo judicial.

Para alguns a decisão do Supremo não parece ser a mais acertada ao conceder *habeas corpus* para o pai não fazer o exame de forma forçada, alguns entendem que o direito do filho em conhecer sua verdadeira paternidade deveria prevalecer sobre o direito a integridade física, que seria ferida de maneira mínima ao se realizar o exame de sangue.

De acordo com CRISTÓVAM (2010, p.14), nesse caso o STF teve uma decisão equivocada, pois o sacrifício imposto ao suposto pai é ínfimo frente ao direito da criança em conhecer a sua verdadeira origem genética, tal direito seria “própria extensão do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, inscrito no artigo 1º , inciso III da Constituição da República”.

Entretanto, deve-se ficar claro, que o que se ponderou não foi o direito do filho em conhecer a paternidade, e sim a obtenção de uma prova judicial de maneira forçada ao direito do pai de manter a sua integridade física, posto que se poderia obter a prova judicial de diversas outras maneiras.

Portanto, parece acertada a decisão do Supremo em decidir pela não imposição de realização do exame de DNA de maneira forçada nesse caso, em razão da prevalência da integridade física sobre a necessidade de realização de prova judicial.

Patente, então, o uso da ponderação (por meio dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade) quando da resolução das questões que envolvem princípios antagônicos em rota de colisão.

5.4 Legitimidade das Decisões Divergentes

Em razão do modelo com o qual se resolve a colisão de princípios é possível que em um caso concreto determinado princípio apresente uma dimensão de peso mensurada em “x”, enquanto que em outro caso concreto, esse mesmo princípio apareça com uma dimensão de peso “-x” quando posto em colisão com outro princípio. Por óbvio, tal situação fará com que surjam decisões divergentes sobre casos que possam assemelhar-se por tratarem de um mesmo grupo de princípios.

Neste sentido, e em razão do sopesamento dos princípios diante de cada caso concreto, é possível falar em legitimidade das decisões judiciais divergentes. Perceba que essa legitimidade aqui tratada não diz respeito a órgão do Judiciário apto a proferir decisão judicial.

A legitimidade aqui versada corresponde aos anseios de uma técnica interpretativa constitucional voltada à concretização dos direitos fundamentais, uma postura condizente com a nova roupagem do Direito, em particular do

constitucionalismo. Neste diapasão, é onde se figura a nossa ideia de legitimidade das decisões judiciais divergentes.

Uma legitimidade jurídico-social. Jurídica porquanto atenta aos princípios da interpretação constitucional mormente ao da proporcionalidade e o da máxima efetividade. Social porque busca alavancar a dignidade da pessoa humano ao tencionar a concretização dos direitos fundamentais.

6 CONCLUSÃO

Considerando toda a explanação feita até aqui, temos material suficiente para afirmar que a interpretação dos princípios constitucionais (enquanto direitos fundamentais posto que eivados de carga valorativa) – por apresentarem uma natureza deontológica conforme ideologia do neoconstitucionalismo e quando considerados mandamentos de otimização aptos a enfrentar uma colisão de princípios –, serve de arcabouço para fundamentar as decisões proferidas pelo Poder Judiciário sem, contudo favorecer a uma sensação de insegurança jurídica porque legitimadas jurídico-socialmente.

Com isto, finalizamos o presente trabalho de conclusão de curso.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GAARDER, Jostein. **O mundo de Sofia: romance da história da filosofia**. Tradução de Leonardo Pinto Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos Humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Direito econômico**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Método, 2012.

PRIBERAM, Legix. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=hermenêutica>>. Acesso em: 15 de março de 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica**

do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

Anexo A – Declaração Universal dos Direitos Humanos

Adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

Preâmbulo

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum;

Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão;

Considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações;

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla;

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades;

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso;

A Assembléia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Artigo I

Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Artigo II

Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Artigo III

Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo IV

Ninguém será mantido em escravidão ou servidão, a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas.

Artigo V

Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Artigo VI

Toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei.

Artigo VII

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Artigo VIII

Toda pessoa tem direito a receber dos tributos nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Artigo IX

Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Artigo X

Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Artigo XI

1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da

prática, era aplicável ao ato delituoso.

Artigo XII

Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Artigo XIII

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.

2. Toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.

Artigo XIV

1. Toda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países.

2. Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos propósitos e princípios das Nações Unidas.

Artigo XV

1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade.

2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.

Artigo XVI

1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.

2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno

consentimento dos nubentes.

Artigo XVII

1. Toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros.

2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.

Artigo XVIII

Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

Artigo XIX

Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Artigo XX

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de reunião e associação pacíficas.

2. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação.

Artigo XXI

1. Toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.

2. Toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.

3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio

universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.

Artigo XXII

Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Artigo XXIII

1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.

Artigo XXIV

Toda pessoa tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas.

Artigo XXV

1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social.

Artigo XXVI

1. Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

Artigo XXVII

1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios.

2. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

Artigo XVIII

Toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados.

Artigo XXIV

1. Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e

pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.

2. No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos propósitos e princípios das Nações Unidas.

Artigo XXX

Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos.

Anexo B – Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

Os representantes do povo francês, reunidos em Assembléia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral.

Em razão disto, a Assembléia Nacional reconhece e declara, na presença e sob a égide do Ser Supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão:

Art. 1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão.

Art. 3º. O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente.

Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Art. 5º. A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.

Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

Art. 7º. Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.

Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

Art. 10. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

Art. 11. A livre comunicação das idéias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos

previstos na lei.

Art. 12. A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública. Esta força é, pois, instituída para fruição por todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada.

Art. 13. Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades.

Art. 14. Todos os cidadãos têm direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, da necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração.

Art. 15. A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração.

Art. 16. A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

Art. 17. Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização.

Anexo C – Julgado para Corroborar a Aplicabilidade Imediata dos Direitos Fundamentais.

ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO E/OU TRATAMENTO MÉDICO. UNIÃO E ESTADO DE ALAGOAS. LEGITIMIDADE PASSIVA. LITISCONSÓRCIO ENTRE AUTORIDADE IMPETRADA E ENTE PÚBLICO. POSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE 1.º GRAU. DIREITO À SAÚDE. DIREITO FUNDAMENTAL. NATUREZA PRESTACIONAL POSITIVA CONCRETA. NÃO CARACTERIZAÇÃO COMO MERA NORMA PROGRAMÁTICA. LIMITAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS E RESERVA DO POSSÍVEL. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. INSUFICIÊNCIA COMO ÓBICE À CONCRETIZAÇÃO DO REFERIDO DIREITO FUNDAMENTAL. DOENÇA GRAVE. TRATAMENTO MÉDICO RECONHECIDO PELA ANVISA. ESSENCIALIDADE. DIREITO AO FORNECIMENTO. INÉRCIA NA INCLUSÃO NA LISTA DE MEDICAMENTO DOS SUS. IMPOSSIBILIDADE DE CONSTITUIR-SE EM ÓBICE AO DIREITO À SAÚDE.

1. A jurisprudência do STJ encontra-se pacificada no sentido de que as ações relativas à assistência à saúde pelo SUS (fornecimento de medicamentos ou de tratamento médico, inclusive, no exterior) podem ser propostas em face de qualquer dos entes componentes da Federação Brasileira (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), sendo todos legitimados passivos para responderem a elas, individualmente ou em conjunto. 2. São, portanto, tanto a UNIÃO como o Estado de Sergipe legitimados passivos para a causa, não podendo a divisão administrativa de atribuições estabelecida pela legislação decorrente da Lei n.º 8.080/90 restringir essa responsabilidade, servindo ela, apenas, como parâmetro da repartição do ônus financeiro final dessa atuação, o qual, no entanto, deve ser resolvido pelos entes federativos administrativamente ou em ação judicial própria, não podendo ser oposto como óbice à pretensão da população a seus direitos constitucionalmente garantidos como exigíveis deles de forma solidária. 3. No caso presente, é viável o litisconsórcio entre autoridade impetrada estadual e a UNIÃO, sem necessidade de que este se estabeleça com autoridade pública federal específica, bem como é o Juízo Federal de 1.º Grau competente para a causa em função do local de exercício funcional da autoridade coatora estadual, o que não seria alterado por eventual

litisconsórcio com autoridade federal. 4. A saúde está expressamente prevista no art.196, cabeça, da CF, como direito de todos e dever do Estado, garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, bem como através do acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, sendo uma responsabilidade comum da União, dos Estados, do DF e dos Municípios a concretização de tal direito. 5. Enquanto direito essencialmente vinculado à vida e à proteção da integridade físico-psíquica do ser humano, a saúde não pode ser interpretada apenas como um enunciado meramente programático, mas, sim, como um direito fundamental cuja efetivação é dever do Poder Público, pois a sua não concretização consiste em evidente afronta à dignidade da pessoa humana. Ainda que tal direito não estivesse expressamente previsto na CF/88, a sua estreita vinculação com o direito à vida, bem supremo do ser humano, o conduziria à situação de direito fundamental implícito, de modo que a sua efetivação também seria um dever do Estado, vez que a ação deste está vinculada pela imediata aplicabilidade das normas dos direitos fundamentais. 6. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são solidariamente responsáveis pela efetivação do direito à saúde (art.23, inciso II, da CF), o que implica não apenas na elaboração de políticas públicas e em uma consistente programação orçamentária para tal área, como também em uma atuação integrada entre tais entes, que não se encerra com o mero repasse de verbas. O Poder Público não se exime de tal responsabilidade quando investe ou repassa recursos para serem aplicados na área da saúde. Em sendo investida verba pública para tais fins e não havendo a efetivação do direito que se quer garantir, é notório que a política adotada não se coaduna com a realidade a ser enfrentada ou que tal política não foi concretizada como programada, sendo dever de todos os entes federados atentarem para tal fato e atuarem de modo a cumprir com as suas responsabilidades constitucionais. 7. A jurisprudência nacional possui reiteradas decisões no sentido de que o direito à saúde é líquido e certo, bem como de que a saúde é direito público subjetivo, não podendo ser reduzido a mera promessa constitucional vazia, sendo tal direito exigível em Juízo por não ser um mero enunciado programático. Dessa forma, vigora o entendimento de que é dever do Poder Público disponibilizar tratamento médico-hospitalar à população que dele

necessitar, ou seja, oferecer o serviço essencial na esfera médica, o que inclui o fornecimento de medicamentos, sob pena de incidência em grave comportamento inconstitucional, ainda que por omissão, pelo não fornecimento de condições materiais de efetivação de tal direito fundamental. 8. Nesse sentido: STF (AI-AgR n.º 648.971/RS e RE n.º 195.192/RS) e STJ (RMS n.º 11.183/PR). 9. A alegação genérica de limitações orçamentárias vinculadas à reserva do possível, além de não provada concretamente quanto à eventual indisponibilidade de fundos para o atendimento da pretensão inicial, não é suficiente para obstar a concretização do direito constitucional em exame, sobretudo quando notório o fato de que o Poder Público possui verbas de grande vulto destinadas a gastos vinculados a interesses bem menos importantes do que a saúde da população (por exemplo, publicidade, eventos festivos etc), os quais podem e devem ser, se for necessário, redirecionados para a satisfação de direitos essenciais da população. 10. Não se está, ressalte-se, diante de intromissão indevida do Poder Judiciário em esfera de atuação reservada aos demais Poderes, mas, ao contrário, de atuação judicial de natureza prestacional positiva calcada em relevante fundamento constitucional e na omissão ilegal do Poder Público em seu atendimento, sem que este tenha, concretamente, apresentado qualquer fundamento minimamente oponível à sua concretização. 11. No caso presente, a gravidade da condição de saúde da Apelada (portadora de trombofilia geradora de aborto e óbito fetal, encontrando-se, à época, em estado gestacional) e a essencialidade do tratamento medicamentoso por ela necessitado (CLEXANE 40mg), o qual é regulamentado pela ANVISA, servem de base fática suficiente para o direito postulado judicialmente. 12. Ressalte-se, ademais, que o referido tratamento não é de baixo custo (menos de cem reais) e de uso por prazo curto (até trinta dias após o parto), razão pela qual a inércia do Poder Público para sua inclusão na lista de medicamentos do SUS não poder ser óbice à obtenção pela Apelada do tratamento médico adequado à sua situação de risco à saúde. 13. Não provimento da apelação e da remessa oficial. (APELREEX 200985000013488, Desembargador Federal Emiliano Zapata Leitão, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data: 28/01/2010 - Página:79)

Anexo D – Artigo para corroborar com a ideia de dimensão de peso diante da colisão de princípios

Caso Glória Trévi. Direito à intimidade versus direito a honra

Outro caso que tomou enormes proporções pela divulgação na mídia nacional e internacional é o suposto “estupro carcerário” sofrido pela cantora mexicana Gloria Trevi. A cantora estava sendo investigada em seu país por envolvimento em rumoroso escândalo sexual envolvendo abuso de crianças e adolescentes, em razão disso fugiu para o Brasil, sendo presa em seguida. (STF, 2010).

Para surpresa geral, a cantora apareceu grávida quando estava sob custódia da polícia federal brasileira. Segundo a versão da suposta vítima, a gravidez foi decorrente de um estupro praticado por policiais federais responsáveis por sua guarda. Os mesmos policiais negaram enfaticamente sua participação no crime.

O caso em tela colocava em risco a reputação das instituições brasileira, considerando a possibilidade de agentes da Polícia Federal terem cometido tão absurdo atentado, um crime hediondo como o estupro.

Como informa Lane (2004, p. 14), a vítima, na ocasião, não representou os supostos autores criminalmente, não podendo o Estado promover ação penal contra eventuais agressores da extraditanda. Ainda assim, os propensos criminosos poderiam vir a sofrer sanções administrativas.

Conforme informa Marmelstein (2008, p. 398), com o objetivo de esclarecer a questão, os policiais federais requisitaram ao Poder Judiciário brasileiro autorização para a coleta de material genético da placenta da cantora mexicana, no momento do parto, para a realização de exame de DNA com a finalidade de instruir o inquérito policial aberto para apurar das acusações de estupro feitas pela extraditanda.

Tal autorização foi deferida pela Justiça Federal brasileira, entretanto a cantora ingressou com reclamação frente ao STF. A extraditanda era definitivamente contrária à coleta de qualquer material a ser recolhido em seu parto. O supremo foi, em parte, favorável à cantora por entender que a autorização só poderia ser concedida por aquele Tribunal, em razão da extraditanda estar sob custódia,

aguardando o trâmite do seu processo de extradição.

Apesar de haver acolhido a reclamação por usurpação de competência, no mérito, o Supremo deferiu a realização do exame de DNA com a utilização do material biológico da placenta retirada da cantora mexicana, utilizando a técnica da ponderação dos valores constitucionais em colisão.

A extraditanda utilizou precedentes a seu favor, afirmando que a Corte Brasileira considera a realização do exame como uma lesão à intimidade e à intangibilidade corporal, além de ser uma grave afronta à dignidade da pessoa humana.

Como argumentos apresentados a favor da cantora, pode-se afirmar que a “extraditanda goza, enquanto pessoa humana e mãe, do direito exclusivo de autorizar ou não a realização do exame material genético dela e de seu filho”. Considera-se ainda que a apreensão de material à sua revelia é uma extrema invasão na sua intimidade e vida privada, direitos estes protegidos pela Constituição Federal em seus artigo 5º, incisos X e XLIX. Argumentos utilizados pelos advogados da autora na citada reclamação, e reproduzidos por Lane (2004, p. 17).

Em relação aos argumentos contrários a pretensão da autora da reclamação de não se realizar o exame de DNA pode-se citar:

O exame de DNA seria o único meio de esclarecer as circunstâncias da gravidez e com isso apurar as responsabilidades administrativas e penais; considera-se importante que os policiais federais que se encontravam trabalhando e na custódia comprometeram-se espontaneamente a fornecer material genético; a mídia deu contornos nacionais ao caso questionando instituições brasileiras; há o interesse do outro país, México; estão envolvidos 50 policiais e 11 detentos e ex-detentos com o interesse de buscar a verdade real em favor da defesa da honra e dignidade; o direito à intimidade da extraditanda é numérica e substancialmente inferior dos 61 injustiçados e da criança acerca de sua paternidade; não há qualquer procedimento invasivo na coleta da placenta, considerada como “lixo biológico”. (LANE, 2004, p. 17)

A partir da análise dos argumentos, decidiu-se pela realização do exame de DNA para se confirmar ou excluir a paternidade da criança pelos acusados, em consequência apurar a ocorrência do suposto estupro, ao final, realizou-se o exame e concluiu-se pela negativa da paternidade pelos policiais federais que custodiavam a extraditanda, restabelecendo-se a honra desses cidadãos, concluiu-se que o

verdadeiro pai da criança era o namorado da cantora, muito embora a forma como se deu concepção permaneça um mistério, conforme salienta Marmelstein (2008, p. 399). (Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242>. Acesso em: 16 de abril de 2013).