

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Diógenes Pires da Silva

A questão da repristinação no direito brasileiro.
(Estudo do artigo 61, da Lei nº 9.099/95. Um caso de repristinação tácita?)

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2011

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Diógenes Pires da Silva

A questão da repristinação no direito brasileiro.
(Estudo do artigo 61, da Lei nº 9.099/95. Um caso de repristinação tácita?)

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora
da Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo, como exigência parcial para obtenção do
título de MESTRE em Direito área de
concentração Direito Público, sob a orientação
do Prof. Doutor Márcio Pugliesi.

SÃO PAULO
2011

Banca Examinadora:

Dedicatória:

Agradeço, à família.
Aos amigos.

Agradecimentos:

Dedico este trabalho a todos que me ajudaram, aos que torceram, rezaram e fizeram promessas para que o mesmo fosse concluído um dia.

Resumo

O presente tem como objetivo estudar o fenômeno da introdução e vigência das normas junto ao ordenamento jurídico, em especial quanto ao ordenamento pátrio, sendo necessário para tanto o estudo dos três requisitos necessários da norma jurídica, quais sejam, validade, vigência e eficácia.

Sendo que é pela validade formal que segundo as regras da teoria positivista do ordenamento que verificamos os requisitos validadores para a confecção e introdução da norma, melhor dizendo, uma norma para ser introduzida no ordenamento necessário que outra norma, já existente no ordenamento ampare a nova norma dando sustentação de validade, aquela norma previamente existente ela confere poderes (determina competência) à alguém bem como impõe os demais requisitos.

A eficácia está revestida pelo “animus” da sociedade em aceitar a norma, bem como do Estado em fazer a norma ser aplicada, como exemplo do uso do cinto de segurança, por anos a norma existiu no ordenamento brasileiro exigindo o uso do equipamento de segurança nos veículos automotores, nas motos capacete, nos carros cinto de segurança, mas por um lado a sociedade em sua grande maioria não se atentava a existência do cinto de segurança e por outro lado o Estado não fiscalizava o uso dos cintos, era uma conduta de mero costume contraria legis. No entanto, na cidade de São Paulo foi criada uma norma municipal que exigia o uso do cinto de segurança, a primeira vista, ficaria tudo igual, se a sociedade não observava aquela por qual razão iria respeitar esta?

A razão foi uma só, a outra ponta da eficácia, retomando, fazer cumprir, no caso era o município de São Paulo determinou a todos os agentes de trânsito que fiscalizassem, advertissem e autuassem os infratores, conclusão hoje o uso do cinto de segurança na cidade de São Paulo é um hábito, inquestionável.

Por último temos a vigência, que estabelece se a norma que já se encontra no sistema, após preenchido o requisito de validade, aguarda-se então em qual momento a norma será aplicada, em que momento é que ela terá efeitos, ou melhor quando aplicada, e até quando será aplicada, poucas são as normas a termo, com prazo de inicio e de término estabelecido no inicio de sua elaboração. A regra é que as normas possuam requisito de inicio e seu término ocorreria em duas hipóteses com a perda da eficácia e com o advento de nova norma.

Nossos estudos se concentra nesta última hipótese, o que ocorre com a norma quando outra passa a regular matéria idêntica a sua? A regra diz que esta norma encontra-se revogada. Mas, a revogação implica na remoção da norma do ordenamento ou apenas interrompe sua vigência.

Neste momento surge a figura a ser trabalho na presente dissertação, a reprise da norma, que é o fenômeno que ocorre quando a norma que revogou outra anterior é revogada ou perde seus efeitos, aquela outra norma anterior revogada, ressurge ou não no ordenamento? E quais são os efeitos e possibilidades para tanto.

Palavras chaves: ordenamento jurídico, reprise, revogação, vigência.

Abstract

This aims to study the phenomenon of the introduction and enforcement of the rules by the legal system, in particular regarding the planning of country, it is necessary for both the study of the three requirements of the rule of law, namely, validity, performance and effectiveness.

Since that is the formal validity under the rules of the positivist theory of planning which validators verify the requirements for the making and introduction of the standard, rather, a norm to be introduced in order to be another standard that already exists in order to sustain new sustaining standard of validity, previously existing rule that it empowers (determine jurisdiction) to someone and imposes other requirements.

The effectiveness is covered by "animus" of society to accept the norm, and the State in making the standard should be applied as an example of the use of seat belts, the standard has existed for years in the Brazilian requiring the use of safety equipment in vehicles, on motorcycles helmets, seat belts in cars, but one part of society in its majority are not aware of the existence of seat belts and on the other hand the state does not supervise the use of seat belts was a conduit laws against mere custom. However, in São Paulo city was established a standard that required the use of seat belts, at first glance, it would be like if society did not observe that the reason why this would respect?

The reason was one, the other end of effectiveness, returning to enforce in the case was the city of São Paulo decided to all staff that oversees the transit, warned and fined the offenders completed today the use of seat belts in São Paulo is a habit, unquestioned. Finally we have the force, establishing the standard that is already in the system after the requisite validity, then looks up at what time the standard will be applied, at what point is that it will be effective or better when applied and even when they are applied, there are few rules and term date for the beginning and end of established early in its development. The rule is that standards have requirement beginning and its end would occur in two cases with loss of effectiveness and with the advent of the new standard.

Our study focuses on the latter hypothesis, which occurs when someone becomes the norm to regulate matters similar to yours? The rule says that this rule is repealed. But the repeal of the rule implies the removal of town or just stops its operation.

At this time the figure appears to be working in this dissertation is to reinstate, which is the phenomenon that occurs when a provision repealing a previous one is withdrawn or lost their effect, that other old rules repealed, the land rises or not? And what are the effects and opportunities for both.

Keywords: law, reinstate, revocation, enforcement.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	10
A ESTRUTURA DO ORDENAMENTO	28
Modelo escalonado do ordenamento e alocação das normas	28
A norma Hipotética, a Grundnorm e a norma Superior.....	28
A Constituição com sendo a Grundnorm	28
Critérios de alocação (hierárquico, especificidade e temporal)	28
Possibilidade duma representação gráfica do ordenamento	35
O quadrado mágico e o modelo brasileiro.....	43
SISTEMA DE NORMA JURÍDICA.....	43
Conceito	43
Elementos.....	46
Fechado e aberto	46
AS LEIS (validade, vigência e eficácia).....	46
Validade Formal e Material.....	46
Necessidade e interesse como instrumento de eficácia.....	46
CONFLITOS ENTRE LEI (antinomia e lacuna)	46
REVOGAÇÃO EXPRESSA (Leis Complementares 95/98 e 107/2001)	57
Recepção e não recepção de leis.....	58
REPRISTINAÇÃO.....	58
LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL	67
ORDENAMENTO BRASILEIRO, A REPRISTINAÇÃO COMO EXCEÇÃO (EXPRESSA)	75
A QUESTÃO DA COMPETÊNCIA NO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL	97
A Lei 9.099/95, artigo 61	97
A Lei 10.259/01, artigo 2º, parágrafo único	97
A LEI 11.313/06, a norma revogadora da revogadora	97
Ausência do parâmetro para ativação do subsistema (Juizado Especial Criminal)	98
CONCLUSÕES	98
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.....	104

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa compreender a introdução da norma no ordenamento jurídico, mediante a racionalidade jurídica proposta pelo modelo de sistema de normas positivadas (postas) determinando em si seus próprios limites de validade, a competência do processo legislativo determinado pela lei superior e dever de obediência as normas do ordenamento em razão da validade da norma que é conferida.

O Direito na acepção de conjunto de normas de caráter obrigatório, positivadas num ordenamento jurídico, produzidas por atos de vontade visando a organização de determinada sociedade, inibindo a arbitrariedade, está calcado no modelo kelseniano apresentado pela teoria pura na qual é a *Grundnorm* o fundamento de validade de todas as normas do ordenamento, assim no vértice do sistema¹ encontramos a norma fundamental.

Nas lições da professora Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos² “para Kelsen é preciso partir da norma para justificar o poder (se entende o poder jurídico).”

A racionalidade jurídica propõe um sistema³ de normas positivadas (postas) determinando em si seus próprios limites da competência legislativa, ou seja, ninguém possui o poder de legislar se não existir uma norma prévia que dá (*ermächtige*⁴⁵) o poder ao legislador de criar a lei, como também exige que os indivíduos se submetam à estas normas “o

¹ A idéia de sistema está intimamente ligada a unidade e ordenação, como é o caso como exemplo do corpo humano, onde vários órgãos funcionam de forma equilibrada, todos voltados a um único fim, o de fazer o corpo funcionar de forma harmônica, sendo necessário para tal finalidade que os órgãos trabalhem conjuntamente. A definição trazida pelo Dicionário Caldas Aulete, aponta que sistema é o: 1. Conjunto de elementos interdependentes que funciona com uma estrutura organizada: sistema eleitoral/viário. 2. Forma de governo...

² SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite - Poder jurídico e violência simbólica, Cultura Paulista, São Paulo, 1985, pp. 30.

³ O conceito de sistema para Hans Kelsen é entendido como uma ordem normativa; como um sistema de normas que regulariam a conduta dos homens. E, nesse sentido, portanto, ordem, deve ser percebida como um sistema de normas constituídas pelo mesmo fundamento de validade, o que acarretaria, portanto, sua unidade. Assim, mister considerar como elemento imprescindível do sistema, a unidade, que torna possível a ligação entre os elementos componentes de um dado sistema, estabelecendo-se uma conexão entre os mesmos.

⁴ Autorizar, dar o poder

⁵ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite - Poder jurídico e violência simbólica, Cultura Paulista, São Paulo, 1985, pp. 22.

indivíduo se deve conduzir do modo prescrito pela norma.”⁶, deste modo o fundamento de validade de uma norma é encontrado em outra anterior e superior, denominada por Kelsen como *Norma Superior*.

A norma superior possui, então, três comandos: o de dar competência legislativa; o de exigir o cumprimento pelo indivíduo “*dever ser*” e por fim, resultando no fundamento de validade da nova norma.

Apenas uma autoridade competente pode estabelecer normas válidas; e uma tal competência somente se pode apoiar sobre uma norma que confira poder para fixar normas. A esta norma se encontram sujeitos tanto a autoridade dotada de poder legislativo como os indivíduos que devem obediência às normas por ela fixadas.

Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de determinar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, tem de ser pressuposta, visto que não pode serposta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*).⁷

Para Kelsen um sistema de normas é formado quando a *Grundnorm* é o fundamento comum de validade de todas as normas.

Canotilho entende que:

A idéia da lei fundamental como lei suprema limitativa dos poderes soberanos virá a ser particularmente salientada pelos monarcas franceses e reconduzida à velha distinção do século VI entre ‘*lois de royaume*’ e ‘*lois du roi*’. Estas últimas eram feitas pelo rei e, por conseguinte, a ele competia modificá-las ou revogá-las; as primeiras eram leis fundamentais da sociedade, uma espécie de *lex terrae* e de *direito natural* que o rei devia respeitar.⁸

Kelsen⁹ esclarece que a norma primeira é a Constituição, sendo uma norma positivada que se encontra no todo do ordenamento jurídico que dá validade a todo o sistema.

⁶ KELSEN, Hans – Teoria Pura do Direito, Martins Fontes, São Paulo, 1995, pp. 215.

⁷ KELSEN, Hans – Teoria Pura do Direito, Martins Fontes, São Paulo, 1995, pp. 216.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. p. 61/62 *apud* TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito constitucional**. 2. ed., rev., ampl., São Paulo: Saraiva, 2003, p.4.

⁹ Op. cit. pp.

A Constituição é a norma base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito, deste modo deve, ela, sempre prevalecer sobre as normas inferiores, chamadas de infraconstitucionais.

Dessa forma, as normas incompatíveis com a Constituição de um país não podem ter vigência naquele sistema jurídico, já que uma norma só é válida, se tiver buscado seu fundamento de validade em uma norma superior, lembrando que, nada no ordenamento jurídico está hierarquicamente superior a Constituição, a qual ocupa o ápice no modelo escalonado imaginada por Hans Kelsen, em que uma norma para ser válida é necessário que se encontre o fundamento de validade em uma norma superior, e assim em diante, de maneira de que todas as normas cuja validade possa ser levada a uma mesma norma fundamental compõem um sistema de normas, uma ordem normativa.¹⁰

Assim, para esse autor, a ordem jurídica é um sistema de normas, dentro do qual a Constituição é a lei maior, que deve ser respeitada e obedecida pelas demais leis que compõe o sistema, já que há uma graduação, uma hierarquia entre as normas, devendo-se verificar, primeiramente, a lei maior, que é a Constituição, para posteriormente, diante da mesma, verificar a validade das demais normas, encontradas sempre subjacentes à Constituição.

José Afonso da Silva traz importante esclarecimento acerca do tema, ao afirmar que:

Trata-se da teoria gradualista da ordem jurídica, que se compõe de normas escalonadas hierarquicamente: uma norma individualizada vale porque foi criada de conformidade com uma lei; esta lei deriva sua validade da constituição, enquanto tenha sido estabelecida por um órgão competente e na forma prescrita pela própria constituição. [...].

Segundo essa teoria, a ordem jurídica constitui uma unidade na pluralidade, unidade que se exprime na circunstância de poder ser descrita em proposições jurídicas que não se contradizem.¹¹

A Constituição é lei suprema, que paira acima de todo ordenamento jurídico, determinando que todas as situações havidas no mundo jurídico se baseiem nos fundamentos e preceitos trazidos por ela.

¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.apud* FERREIRA, Olavo Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. São Paulo: Método, 2003, p. 21.

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed., 3. tir. , São Paulo: Malheiros, 2004, p. 210.

Pelo exposto, temos que pela sistemática do ordenamento nenhuma lei pode ser introduzida no sistema sem que seja observado o fundamento de validade, determinado pela norma superior, no entanto, uma vez introduzida no ordenamento jurídico, a norma deve então ser aplicada e obedecida, presumindo-se como válida.

Recapitulando, para se criar uma norma é necessário que tenha obedecido os critérios de validade já existentes no ordenamento. Logo se a norma se encontra no ordenamento, temos então esta norma é válida.

Pelo exposto acima, seria correto afirmar que a norma que se encontra no ordenamento é uma norma válida? E que todas as normas do ordenamento devem ser obedecidas simultaneamente e irrestritamente?

Mas, ressaltamos que as normas jurídicas estão escritas por signos que devem expressar o sentido de algo, permitido, proibido ou obrigatório. Como por exemplo, uma norma escrita numa placa exposta na entrada de um parque com o seguinte dizer “é permite o uso de patins e bicicletas”, essa norma não obriga que os freqüentadores façam uso de patins ou bicicleta para ingressarem ao parque como também não proíbe o acesso daqueles que usam esses objetos, mas quando a norma diz “é obrigatório o uso de equipamento de segurança” temos que não existe a faculdade do usuário de usar ou não usar os equipamentos de segurança a norma é a de *fazer*, o usuário é obrigado a cumprir o determinado, no caso usar equipamento de segurança, e em outra placa há o seguinte texto “proibida a entrada de animais” aqui a norma é a de *não fazer*, ou seja, os animais não poderão ingressar no parque. Nesse exemplo cabe aos usuários observarem as normas para que possam adequar suas condutas às regras do parque, e devem os funcionários, também, observarem as placas para fiscalizarem e exigirem o cumprimento as normas, é o funcionário do parque quem deve exigir o cumprimento da norma.

No entanto, estas normas necessitam de leitura, melhor dizendo, os signos contidos nas placas exigem que os usuários e os funcionários do parque saibam lê-los, assim quando usuários pretendem ingressar no parque fazendo uso de skate ou patinete poderão ser barrados pelo funcionário sob a alegação de que a norma somente permite o uso de bicicleta ou patins, e que nem skate e nem patinete estão incluso na permissão da norma, por sua vez, os usuários argumentarão que o skate e o patinete são variações de patins e de bicicletas e que até se assemelham entre si e que a norma não é restrita unicamente aos dois objetos mas sim exemplificativa e deste modo podendo ser ampliado este rol. Poderia o funcionário do parque

realizar a leitura da norma permitindo o ingresso também de usuários de skate e patinete? Esta leitura da norma poderia também beneficiar usuários de motocicletas?

Quanto a imposição da outra placa que determina “é obrigatório o uso de equipamento de segurança” se trata duma norma de conceito muito vago e ambíguo, em especial ao tocante de sua realização, pois equipamento de segurança faz parte de um conjunto de objetos indefinidos, ou melhor definidos em razão de determinada situação ou atividade, como para um marinheiro o colete salva-vidas o é, para um operário existem o capacete e o protetor auricular, para o boxeador existe o protetor bucal, para ciclistas, patinadores e skatistas existem capacetes (diferente do dos operários) joelheiras, cotoveleiras e outros, ou seja, a ordem imposta pela norma “é obrigatório o uso de equipamento de segurança” é uma das normas que não basta em si, exige uma atividade que vai além da simples leitura da placa, exige que haja uma interação entre o leitor e a norma, para que ela tenha sua aplicação, pois, poderia o ciclista ingressar ao parque fazendo uso de protetor bucal ou simplesmente de um protetor auricular, o que tornaria a norma inócuia pois naquele momento aqueles itens não realizam sua finalidade. E ainda, poderia o patinador ingressar somente com as joelheiras sem fazer uso do capacete, alegando que a norma exige o uso de equipamento de segurança e não de equipamentos.

E por fim, temos “proibida a entrada de animais”, no caso mais bizarro poderia então o funcionário do parque impedir a entrada de todos, com a simples alegação, que tanto os cães como os homens são animais...

Serve o exemplo para evidenciar que a norma necessita de uma integração e de um ponto comum entre locutor e receptor, como no exemplo trazido pelo professor Tércio¹² “Se o ouvinte não é dotado da mesma capacidade, o discurso não ocorre: “falar” em português a um chinês e olhar o seu ar de desamparo não é falar”, a norma é a mensagem ou discurso que é elaborada pelo legislador no papel de locutor para seus receptores à sociedade.

Primeiramente os signos são escolhidos pelo legislador com o objetivo de exprimir uma idéia, determinando um comando normativo no sentido de fazer, não fazer ou de facultar, um *dever ser* de determinadas condutas juridicamente aceitáveis ou exigidas na e pela sociedade.

Neste diapasão Tércio Sampaio Ferraz Junior, acrescenta ainda possibilidade de ocorrer dúvidas em razão de outro elemento, qual seja, o decorrente da mescla da linguagem

¹² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo de direito, 2^aed., São Paulo, Atlas, 1994. pag. 260.

cotidiana com o sentido técnico dos vocábulos utilizada pelo legislador para a formulação da norma, nas palavras do professor:

O legislador, nestes termos, usa vocábulos que tira da linguagem cotidiana, mas frequentemente lhes atribui um sentido técnico, apropriado à obtenção da disciplina desejada. Este sentido técnico não é absolutamente independente, mas está ligado de algum modo ao sentido comum, sendo por isso, passível de dúvidas que emergem da tensão entre ambos.¹³

Como visto, as normas para ingressarem ao ordenamento jurídico necessitam serem submetidas ao crivo de validade (formal e material) imposto pelo próprio sistema, no entanto, como acima exemplificado uma norma possui ou pode possuir leitura diferente entre vários receptores, ocorrendo leitura diversa daquela almejada pelo seu locutor o legislador, podendo ainda, o texto normativo exigir uma leitura restritiva, ampliativa ou seletiva, se enquadrando ao contexto conforme o caso, como no exemplo do “equipamento de segurança”.

Para a atividade de leitura exige-se a interpretação que é realizada em três níveis gramatical, semântica e hermenêutica, Celso Bastos¹⁴ ensina que “interpretar é atribuir um sentido ou um significado a signos ou a símbolos, dentro de determinados parâmetros”. Imperioso ressaltar a nota de rodapé número um (1) contida na obra do professor Celso Bastos “O emprego do verbo “atribuir” é significativo neste contexto. Por meio dele se denota a característica integrativa da atividade interpretativa.”

A partir do instante que a lei se encontra no ordenamento, não se pode presumir a sua simples aplicação, pois como visto, o texto exige uma integração com seu interprete, contida por parâmetros definidos, ou seja, a interpretação tem que manter a norma válida (material e formal), para tanto, necessário se faz que a interpretação percorra o ordenamento jurídico, com o fim de estabelecer uma determinar a coerência da norma interpretada com o sistema que a contém.

Todas as normas infraconstitucionais devem se submeter às regras estabelecidas na Constituição, sob pena de deixar de pertencer ao ordenamento jurídico, já que a Constituição, além de ditar normas, estabelece os limites de incidência das normas, repelindo aquelas que não coadunam com o sistema, selecionando e mantendo a interpretação que favoreça a unidade e respeite a supremacia constitucional decorrentes da hierarquização do ordenamento. Para a professora Maria Helena Diniz, “a supremacia da Constituição se justificaria para manter a estabilidade social, bem como a imutabilidade relativa de seus preceitos.”¹⁵

¹³ FERRAZ JUNIOR. 1994, p. 255.

¹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e interpretação constitucional, 2^a ed. ver. exempl., São Paulo, Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de direito Constitucional, 1999, p. 17.

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p.15.

Assim, o ordenamento jurídico é posto frente um sistema de normas, basiladas na Constituição de seu país, para melhor compreensão do sistema jurídico, mister se faz excursionar pelos limites apresentados pelas demais ciências, visando impedir entendimentos errôneos do mesmo; como o pensamento matemático de organização, conjunto e totalidade, por exemplo, os quais levam à percepção de um sistema, bem como de seu próprio funcionamento.

A idéia de sistema está intimamente ligada a unidade, ordenação, harmonia e equilíbrio, pois são estes elementos que possuem presença constante nos diversos tipos de sistemas, num sistema se exige que seus elementos formem uma unidade ordenada e harmônica, como no caso do sistema solar¹⁶, com a interação entre os planetas e o Sol, forçando .

Este vínculo necessário entre os elementos compositores do sistema é encontrado, indelegavelmente, em qualquer outro sistema, vejamos o caso do corpo humano, onde vários órgãos funcionam de forma equilibrada, todos voltados a um único fim, o de fazer o corpo funcionar de forma harmônica e equilibrada, sendo necessário para tal finalidade que os órgãos trabalhem conjuntamente.

A definição trazida pelo Dicionário Caldas Aulete, aponta que sistema é o:

1. Conjunto de elementos interdependentes que funciona com uma estrutura organizada: *sistema eleitoral/viário*. 2. Forma de governo, de organização social (*sistema político*). 3. *Fig. Pop.* Conjunto de práticas com certa unidade; MÉTODO: *sistema de trabalho*. 4. Teoria que busca organizar dados e conhecimento num todo: *sistema evolutivo de Darwin*. 5. Conjunto natural constituído de partes e elementos interdependentes: *sistema solar/ montanhoso*. 6. *Anat.* Conjunto de órgãos que funcionam com um propósito comum (*sistema digestório*). 7. Qualquer forma específica de classificação ou esquematização (*sistema métrico*). 8. Aparelho de certa complexidade: *sistema de som*. 9. Inf. Conjunto formado pelo computador, periféricos e programas projetados para funcionar juntos.¹⁷ (grifo do autor).

¹⁶ Isoladamente cada planeta, as estrelas, asteróides, planetas anões, satélites são corpos independentes, mas no momento que são estudados em razão das forças que exercem uns aos outros, dos seus movimentos no espaço passam a formar uma unidade determinada de Sistema Solar, a ordem que ocupam no espaço permitindo dizer que cada espaço é ocupado em razão de suas massas e pelas forças de atração que cada corpo exerce sobre o outro bem como os outros corpos são atraídos por estes, considerando as forças de retração forçando que haja ordenação, harmonia e equilíbrio no sistema, de tal modo que se fosse retirado um corpo do conjunto se descaracterizaria todo o sistema. Como exemplo mais drástico, exige-se que se retire uma estrela do sistema, no caso o Sol num primeiro momento podemos falar que o sistema será prejudicado pela falta de luz e calor, prejudicando a vida no planeta Terra, mas supondo que os habitantes do Planeta Terra (nós os homo-sapiens) supra estas faltas com produção artificial de calor e luz para todos os seres vivos do planeta, mesmo possivelmente o sistema entra colapso, pela falta de ordem, com a ausência do Sol não haverá razão para os movimentos de translação dos planetas, como também pela ausência de atração dos corpos pela estrela Sol não será mantida a diametralmente entre os corpos, que possivelmente acarretaria na colisão entre os corpos e por fim alcançaria um trágico fim com o fim do sistema, como no exemplo, no qual infinitas partículas estão vinculadasumas as outras e poderíamos hipoteticamente remover alternativamente um a um e especular sobre as influências que uns exercem e são exercidos sobre os outros

¹⁷ GEIGER, Paulo (editor responsável). *Minidicionário contemporâneo da língua portuguesa Caldas Aulete*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004, p. 735.

Sendo correto afirmar que sistema é um conjunto composto por elementos que funcionam de maneira ordenada e harmônica, sendo o equilíbrio o objetivo comum que os une.

Pelo exposto, quatro são as características marcantes na identificação de um sistema, que são: a unidade, a ordenação, o equilíbrio e a harmonia. Em que pese, Claus-Wilhelm Canaris¹⁸ tratar apenas como fundamental os dois primeiros.

Para Canaris, no que tange a ordenação, tem-se a pretensão de com ela demonstrar um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, ou seja, fundado na realidade e com referência à unidade, pode averiguar-se que esse fator modifica o que resulta já da ordenação, por não permitir uma “dispersão numa multidão de singularidades” (no sentido de que valores que analisados isoladamente tem um significado diferente, mas quando reunidos, muda-se o panorama, sendo que, dessa forma, a ordenação seria responsável pela junção de particularidades – por vezes aparentemente desconexas – em algo unificado).

Paulo de Barros Carvalho¹⁹ traz que Luiz Alberto Warat, entende que um sistema é formado por vários elementos, ou várias partes, atrelados por um escopo comum:

[...] sistema aparece como o objeto formado de porções que se vinculam debaixo de um princípio unitário ou como a composição de partes orientadas por um vetor comum. Onde houver um conjunto de elementos relacionados entre si e aglutinados perante uma referência determinada, teremos a noção fundamental de sistema.²⁰

O conceito trazido por Hans Kelsen²¹, prestigia como elemento principal a unidade, para o qual o direito é entendido como uma ordem normativa; como um sistema de normas que regulariam a conduta dos homens. E, nesse sentido, portanto, ordem, deve ser percebida como um sistema de normas constituídas pelo mesmo fundamento de validade, o que acarretaria, portanto, sua unidade. Assim, para o autor o elemento imprescindível do sistema é a unidade, que torna possível a ligação entre os elementos componentes de um dado sistema, estabelecendo-se uma conexão entre os mesmos.

¹⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Introdução e trad. de A. Menezes Cordeiro, 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s.d., p. 12-13.

¹⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário**: Fundamentos Jurídicos da incidência. 2. ed., rev., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 39.

²⁰ Retirado da obra: CARVALHO, 1999, p. 39, conforme nota WARAT, Luiz Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. p. 65.

²¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. trad. João Batista Machado, 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 33.

Norberto Bobbio²², entende que sistema é um conjunto de entes que possuem uma ordem, sendo que, ainda, aponta três significados de sistema jurídico: o primeiro estaria mais próximo do significado de sistema dedutivo, no sentido de que é considerado sistema quando todas as normas jurídicas, daquele ordenamento, derivam-se de alguns princípios gerais – os princípios gerais do Direito; quanto ao segundo significado é encontrado na Ciência do Direito moderno, o qual nasceu da pandectista alemã, vindo de Savigny – “Sistema do Direito romano atual”, sendo que muitos juristas entendem que tal passagem ocorreu quando da mudança da Jurisprudência exegética para a Jurisprudência sistemática, sendo que a expressão Jurisprudência sistemática refere-se ao campo das ciências empíricas e naturais. O procedimento desta forma de sistema é a classificação e não a dedução; e, finalmente, no tocante ao terceiro e último (que, para Norberto Bobbio é o mais interessante), tem-se que o sentido de sistema está interligado ao pensamento de que um ordenamento jurídico constitui um sistema, em face de que não podem coexistir nele normas incompatíveis, tem-se, neste, a idéia de sistema equivalendo-se à validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas, não admitindo tal fato. Assim (neste último significado apresentado), pode-se mencionar que nem todas as normas que forem produzidas pelas fontes autorizadas considerar-se-iam validadas, no entanto, sendo somente aquelas compatíveis com as outras.

Paulo de Barros Carvalho²³, ressalta que, *sistema jurídico* é uma expressão ambígua, podendo levar à falácia do equívoco, dependendo do contexto, já que serviria tanto para designar o domínio da Ciência do Direito quanto para o direito positivo, instalando-se certa instabilidade semântica, o que, para esse autor, prejudicaria a fluência da comunicação, de tal forma que, “mesmo incorrendo o erro lógico mencionado, a compreensão do texto ficará comprometida, perdendo seu rigor.”

Mais adiante, Claus-Wilhelm Canaris assevera que o sistema jurídico tem como objetivo a tentativa de se obter a Justiça, destacando, ainda que a idéia de sistema jurídico justifica-se justamente a partir desse valor, bem como na sua efetivação, que, para referido autor, é um dos mais elevados valores do Direito. Além disso:

[...] que outro valor supremo, a *segurança jurídica* aponta na mesma direção. Também ela pressiona, em todas as suas manifestações – seja como determinabilidade e previsibilidade do Direito, como estabilidade e continuidade da legislação e da jurisprudência ou simplesmente como praticabilidade da aplicação do Direito – para a formação de um sistema, pois todos esses postulados podem ser

²² BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. trad.: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 10 ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1999 (reimprensa: 2006), p. 71/81.

²³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: Fundamentos Jurídicos da incidência. 2. ed., rev., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 39.

muito melhor prosseguidos através de um Direito adequadamente ordenado, dominado por poucos e alcançáveis princípios, portanto um Direito ordenado em sistema, do que por uma multiplicidade inabarcável de normas singulares desconexas e em demasiado fácil contradição uma com as outras. Assim, o pensamento sistemático radia, de facto, imediatamente, na idéia de Direito (como o conjunto dos valores jurídicos mais elevados).²⁴ (grifo do autor).

Ludwig Von Bertalanffy²⁵, aponta de forma primorosa as metas principais, sendo:

Há uma tendência geral à integração geral nas várias ciências, naturais e sociais. Referida integração parece girar em torno de uma teoria geral dos sistemas. Mencionada teoria poderia ser um importante recurso para se buscar uma teoria exata, nos campos não físicos da ciência. Ao elaborar princípios unificadores que correm verticalmente pelo universo das ciências, esta teoria nos leva à meta da unidade da ciência. Isto pode conduzir a uma integração, que faz muita falta na instrução científica.

Por ser o sistema um nexo, com fins de ser uma reunião de coisas, ou ainda, um conjunto de elementos, nas palavras de Maria Helena Diniz²⁶, percebe-se que o sistema não é uma realidade nem uma coisa objetiva, sendo, na visão da referida autora, o aparelho teórico pelo qual se pode observar a própria realidade, e, portanto, que se pode.

Assim temos que sistema tem a função de ordenar elementos, reunindo-os de forma organizada, visando sempre um fim comum. E, esse objetivo a ser buscado é aquele referido por Claus-Wilhelm Canaris, o qual entende que o papel do conceito de sistema é “o de traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica.”²⁷ Sendo que, dessa forma, assume relevante papel, já que o sistema tem, nas palavras de Canaris, a função de concretizar os valores tidos como importantes. Dessa forma, sistema teria como função primordial a efetivação dos valores escolhidos e determinados por determinada sociedade ou formando sua ordem jurídica, no caso do sistema jurídico.

. Hans Kelsen²⁸, utilizando-se do critério da natureza do fundamento de validade apresenta dois tipos diferentes de sistema de normas, sendo eles: 1) estático e 2) dinâmico;

²⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito.** Introdução e trad. de A. Menezes Cordeiro, 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 22-23.

²⁵ BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoría general de los sistemas:** Fundamentos, dessarrollo, aplicaciones. trad. Juan Almela, México: Fondo de Cultura Económica, s.d., p. 38. (traducción propia). (1) Hay una tendencia general hacia la integración en las varias ciencias, naturales y sociales.(2) Tal integración parece girar en torno a una teoría general de los sistemas.(3) Tal teoría pudiera ser un recurso importante para buscar una teoría exacta en los campos no físicos de la ciencia.(4) Al elaborar principios unificadores que corren ‘verticalmente’ por el universo de las ciencias, esta teoría nos cerca a la meta de la unidad de la ciencia.(5) Esto puede conducir a una integración, que hace mucha falta, en la instrucción científica. (grifo do autor).

²⁶ DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no Direito.** 7. ed., adaptada ao novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1.2002), São Paulo: Saraiva, 2002, p. 25

²⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito.** Introdução e trad. de A. Menezes Cordeiro, 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 23.

²⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito.** trad. João Batista Machado, 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 219.

sendo que o sistema estático seria aquele sistema de normas no qual tanto o conteúdo quanto o fundamento de validade são percebidos e extraídos de uma norma pressuposta, que é a norma fundamental. O dinâmico, de outra maneira, caracteriza-se pelo fato da norma fundamental pressuposta ter por conteúdo a instituição de um fato produtor de normas; a atribuição de poder a uma autoridade legisladora, pressupondo-se que se faz necessária a existência de uma regra que determine como devam ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento, o qual se encontra fundado sobre esta norma fundamental. Significa dizer que a norma fundamental irá, na realidade, delegar poderes a uma autoridade legisladora, a qual terá como papel a fixação de uma regra que servirá para a criação das demais normas do sistema.

Ao tratar da análise de sistema feita por Hans Kelsen, Norberto Bobbio²⁹ também utiliza o mesmo critério de classificação, entendendo que sistema estático é “aquele no qual as normas estão relacionadas umas às outras como as proposições de um sistema dedutivo”, e, isto se daria, exatamente pelo fato de que se “derivam uma das outras partindo de uma ou mais normas originárias de caráter geral, que têm a mesma função dos postulados ou axiomas num sistema científico”. E, já o sistema dinâmico, é aquele “no qual as normas que o compõe derivam uma das outras através de sucessivas delegações de poder, isto é, não através do conteúdo, mas através da *autoridade* que as colocou.” Dessa forma, uma autoridade inferior irá derivar de uma autoridade superior, até se chegar à autoridade suprema, a qual não terá nenhuma outra acima de si.

Paulo de Barros Carvalho³⁰, também divide em dois grupos, classificando o sistema em reais e proposicionais. Os reais, também chamados de empírico, é composto por objetos do mundo físico e social. Por sua vez, os proporcionais são formados por proposições, pressupondo, assim, linguagem.

Ludwig von Bertanffy³¹, classifica o sistema em fechado e aberto, o critério adotado pelo autor é o da interação do sistema com o meio, os tidos como fechados não permitem trocas com o exterior e interior. O sistema aberto, diferentemente do sistema fechado, é aquele que pode trocar energia e massa com o exterior.

²⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 10 ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1999 (reimpressão: 2006), p. 72.

³⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: Fundamentos Jurídicos da incidência. 2. ed., rev., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 41.

³¹ BERTALANFFY. Ludwig von. **Teoría general de los sistemas**.

Para Paulo Nalin³², aidéia do sistema fechado é verificado com seu método lógico-dedutivo, ou jus-naturalista, sendo limitado nele mesmo, sem que outras experiências possam renovar suas bases. No sistema fechado não há uma troca entre o sistema e o meio em que ele se encontra, no seio da sociedade, o que acaba por levá-lo à sua própria destruição. Continua Nalin³³, fazendo oposição ao modelo fechado, ao afirmar que o fechado de sistema não é o ideal, já que o sistema jurídico não pode e, nem deve ser colocado fora do contexto de valores materiais e históricos, sendo que de nada servem as construções abstratas do pensamento, meramente. Além disso, uma proposta sistemática de cunho fechado em seus próprios enunciados já demonstrou que é imprópria para a resolução dos casos práticos, já que deixa de observar o que está ocorrendo ao seu redor, evitando, portanto, o crescimento e desenvolvimento do próprio sistema.

O sistema aberto, diferentemente do sistema fechado, é aquele que pode trocar energia e massa com o exterior, ou seja, este tipo de sistema está em constante interação com o exterior, permitindo a entrada de elementos de fora, não se bastando, portanto, em si mesmo. Verifica-se nesta espécie, que há sempre uma renovação do sistema, já que há uma permanente entrada e saída.

Sendo aberto, é permitido ao sistema que busque elementos no exterior, com o fito de manter-se sempre atualizado, já que em sendo aberto há uma troca entre o ordenamento jurídico e a sociedade, visando à renovação e atualização do sistema, para melhor oxigenação e manutenção do próprio sistema.

Contudo, encontramos sistemas que, por sua natureza e definição não são sistemas fechados. Todo organismo vivo é, antes de qualquer coisa, um sistema aberto. Mantém-se em contínua incorporação e eliminação de matéria, constituindo e demolindo componentes, sem alcançar, enquanto durar a vida, um estado de equilíbrio químico e termodinâmico, senão mantendo-se em estado chamado uniforme (*steady*) que difere daquele. Tal é a essência mesma desse fenômeno fundamental da vida chamado metabolismo, os processos químicos dentro das células vivas.³⁴

³² NALIN, Paulo. **Do contrato:** Conceito pós-moderno – Em busca de sua formulação na perspectiva Civil-Constitucional. Pensamento Jurídico – Vol. II, Curitiba: Juruá, 2001, p. 57.

³³ NALIN, Paulo. **Do contrato:** Conceito pós-moderno – Em busca de sua formulação na perspectiva Civil-Constitucional. Pensamento Jurídico – Vol. II, Curitiba: Juruá, 2001, p. 59.

³⁴ BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoría general de los sistemas:** Fundamentos, dessarollo, aplicaciones. trad. Juan Almela, México: Fondo de Cultura Económica, s.d., p. 39. (traducciónnossa). Sin embargo, encontramos sistemas que, por su misma naturaleza y definición, no son sistemas cerrados. Todo organismo viviente es ante todo un sistema abierto. Se mantiene en continua incorporación y eliminación de materia, constituyendo y demoliendo componentes, sin alcançar, mientras la vida dure, un estado de equilibrio químico y termodinâmico, sino manteniéndose en un estado llamado uniforme (*steady*) que difiere de aquél. Tal es la esencia misma de ese

Na visão de Paulo Nalin, importante demonstrar que nos dias atuais não há lugar para um sistema jurídico fechado.

No sistema teleológico, adversamente ao lógico-axiomático (fechado = não funcionalizado), há o reconhecimento de sua imperfeição, pois uma vez formada sua unidade interna por meio de princípios gerais, podem estes se mostrar contraditórios, o que seria inadmissível entre os axiomas.

A leitura atual do sistema jurídico não poderia ser outra que não sob uma perspectiva aberta, sem rigor absoluto, logo, relativa. O próprio homem, atualmente, se mostra fragmentado (relativo) em seus vários “eus”, desconexo entre o seu pensar e o seu sentir, prova maior da superação do absoluto (fechado).³⁵ (grifo do autor).

Canotilho³⁶, afirma, com relação ao sistema jurídico português, se tratar de “um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica.

No entanto, tais afirmações confrontam a idéia de completude do sistema, questão abordada por Hans Kelsen, o dogma da completude, já que com o modelo aberto verifica-se a falácia da completude, em face de que o sistema jurídico está (e deve estar) sempre em construção, sempre sendo influenciado pelo meio externo, assim o sistema jurídico seria afetado de forma mais específica, pela sociedade.

E ainda, ao se realizar a interpretação do comando normativo num sistema jurídico aberto, o resultado seria passível de influências não jurídicas “metajurídicas”, terminando por levar o intérprete à conclusão de incompletude do ordenamento jurídico e em desacordo ou incompatível com o sistema.

Não se pode negar o caráter essencial do ordenamento que está vinculado a aceitação pela sociedade, neste ponto o sistema aberto seria o melhor modelo para o sistema jurídico, já que essa espécie permite a interação com o ambiente externo, fazendo uma renovação por meio da conexão entre o sistema e o meio externo, no caso a sociedade. No entanto, o sistema jurídico, com o modelo de sistema aberto, poderia sofrer ingerências da sociedade e ainda, a questão se agrava na medida em que este pode perder sua identidade como sistema jurídico, ao ser absorvido pelos comandos da sociedade, (deixando de ser jurídico), principalmente se o sistema jurídico não tiver mecanismos próprios de defesa será ao longo tempo absorvido pela sociedade, fazendo um caminho de retrocesso ao ponto de se negar a ordem jurídica em favor

fenómeno fundamental de la vida llamado metabolismo, los procesos químicos dentro de las células vivas. (grifo do autor).

³⁵ NALIN, Paulo. **Do contrato:** Conceito pós-moderno – Em busca de sua formulação na perspectiva Civil-Constitucional. Pensamento Jurídico – Vol. II, Curitiba: Juruá, 2001, p.55-56.

³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional, 5^a ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1991.

de binômios não tratados pelo jurídico com moral e imoral, certo e errado, bom e ruim com prevalência dos costumes e das questões morais e ou religiosas.

Por outro lado, um sistema jurídico que não se alimenta acaba perecendo, pois necessita buscar cognição; conhecimento ao seu redor, para estar constantemente atualizado e capacitado para reger as relações sociais.

Assim, o sistema, enquanto aberto, não se esgota em si mesmo, ou ainda, nos seus elementos componentes, mas, de outra forma, como dito por Paulo Nalin:

[...] na força jurisprudencial, depreendendo-se dele, sobretudo, uma finalidade evidenciada pela funcionalização dos institutos jurídicos. Ora, no sistema fechado mostra-se desnecessária qualquer aplicação funcional dos institutos jurídicos componentes, pois ele não se encontra comprometido com valores tais como a idéia de Direito e a justiça social, mas sim com o simples funcionamento do próprio sistema. [...] A dinamicidade do movimento social implica a dos seus próprios valores, pois que a sociedade exige do sistema jurídico uma plasticidade a qual, no mínimo, deve se adaptar aos ventos da sua dinâmica.³⁷

Além disso, para Claus Wilhelm Canaris:

A abertura como incompletude do conhecimento científico acresce assim a abertura como modifabilidade da própria ordem jurídica. Ambas as formas de abertura são essencialmente próprias do sistema jurídico e nada seria mais errado do que utilizar a abertura do sistema como objecção contra o significado da formação do sistema na Ciência do Direito ou, até, caracterizar um sistema aberto como uma contradição em si. A abertura do sistema científico resulta, aliás, dos condicionamentos básicos do trabalho científico que sempre e apenas pode produzir projectos provisórios, enquanto, no âmbito questionado, ainda for possível um progresso, e, portanto, o trabalho científico fizer sentido; o sistema jurídico partilha, aliás, esta abertura com os sistemas de todas as outras disciplinas.³⁸

Como acima apontado Paulo Nalin, a própria sociedade exige que o sistema seja aberto, porquanto que referido modelo permite a dinamicidade do sistema e sua efetiva integração com a sociedade, em face de que se encontra comprometido com os valores e com a própria justiça social.

A Constituição é a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito, assim, prevalecendo sobre todas as normas inferiores.

De tal sorte que, as normas incompatíveis com a Constituição não possuem validade no sistema jurídico, já que uma norma só é válida, se tiver seu fundamento de validade calcado na norma superior e por decorrência na própria Constituição

³⁷ NALIN, Paulo. **Do contrato**: Conceito pós-moderno – Em busca de sua formulação na perspectiva Civil-Constitucional. Pensamento Jurídico – Vol. II, Curitiba: Juruá, 2001, p. 67.

³⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. Introdução e trad. de A. Menezes Cordeiro, 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 109-110.

Nada no ordenamento jurídico é superior a Constituição, a qual ocupa o ápice da do modelo escalonado imaginada por Hans Kelsen, em que uma norma para ser válida é necessário que se encontre o fundamento de validade em uma norma superior, e assim em diante, de maneira de que todas as normas cuja validade possa ser levada a uma mesma norma fundamental compõem um sistema de normas, uma ordem normativa.³⁹

Assim, para esse autor, a ordem jurídica é um sistema de normas, dentro do qual a Constituição Federal é a lei maior, que deve ser respeitada e obedecida pelas demais leis que compõe o sistema, já que há uma graduação, uma hierarquia entre as normas, devendo-se verificar, primeiramente, a lei maior, que é a Constituição Federal, para posteriormente, diante da mesma, verificar a validade das demais normas, encontradas sempre subjacentes à Constituição Federal. E, dessa forma, deve ser feita a aplicação da norma, no caso concreto.

José Afonso da Silva traz importante esclarecimento acerca do tema, ao afirmar que:

Trata-se da teoria gradualista da ordem jurídica, que se compõe de normas escalonadas hierarquicamente: uma norma individualizada vale porque foi criada de conformidade com uma lei; esta lei deriva sua validade da constituição, enquanto tenha sido estabelecida por um órgão competente e na forma prescrita pela própria constituição. [...].

Segundo essa teoria, a ordem jurídica constituiu uma unidade na pluralidade, unidade que se exprime na circunstância de poder ser descrita em proposições jurídicas que não se contradizem.⁴⁰

Deste modo, o elemento norteador do sistema é a Constituição, tendo sempre que haver conformidade com os caminhos estabelecidos nela, sob pena de se ficar desnorteado, ou melhor, sem Constituição, de modo a remover toda validade do sistema jurídico.

Depreende-se, dessa forma, que as normas que não se encontram enquadradas no que determina a Constituição, são normas inválidas, não podendo ter vigência no ordenamento jurídico, pois todas as normas devem se adequar aos parâmetros estabelecidos pela Constituição.

A norma deve ser compatibilizada com o texto constitucional, não só no momento de sua elaboração, mas também durante o processo sua aplicação, por meio da interpretação.

Caso contrário, em havendo desarmonia integrativa no sistema em decorrência de uma interpretação incompatível com o conteúdo unívoco do ordenamento, deverá o interprete

³⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.apud* FERREIRA, Olavo Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. São Paulo: Método, 2003, p. 21.

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed., 3. tir. , São Paulo: Malheiros, 2004, p. 210.

repelir essa interpretação, reformulando outro que prestigie em primeiro lugar a supremacia da Constituição e em seguida a unidade do sistema.

Desta maneira, não há de existir como válida uma interpretação que imponha uma leitura tendo como ponto de partida a norma infraconstitucional, exigindo que a norma constitucional tenha seu alcance restrito em favor da norma inferior.

Outro ponto relevante é a necessidade de não se mutilar o sistema em razão de interpretações privilegiadas, de modo a ignorar o conjunto sistêmico a fim de fazer prevalecer uma interpretação personalíssima, criando uma falácia.

Pelo exposto, não há de se invocar a existência de conflito entre uma norma inferior e a Constituição, pois na iminência de ocorrer tal situação a interpretação da norma inferior deverá compatibilizar-se com a Constituição, em não sendo possível aproveitar a norma infraconstitucional, esta será considerada inconstitucional e, via de consequência, abolida do sistema jurídico. Nesse sentido, entende-se que não pode ter vigência a norma que contraria frontalmente a Constituição.

Todas as normas infraconstitucionais devem ser submetidas às regras estabelecidas na Constituição, sob pena de deixar de pertencer ao ordenamento jurídico, já que a Constituição, além de ditar normas, estabelece os limites da criação de novas normas e da interpretação das existentes. Para Maria Helena Diniz, “a supremacia da Constituição se justificaria para manter a estabilidade social, bem como a imutabilidade relativa de seus preceitos.”⁴¹

Além disso, a manutenção da própria unidade e, organização do sistema jurídico se dá com a hierarquia da Constituição, como é lembrado por Paulo Nalin:

O princípio da hierarquia constitucional mantém a unidade do sistema jurídico, em seus mais diversos (micro) ordenamentos, servindo a Constituição e leis constitucionais (v.g. disposições transitórias, emendas etc.) de fonte ordenadora e reguladora de inúmeras normas infraconstitucionais, mantendo, em torno de si, a unidade do sistema como um todo.⁴² (grifo do autor).

Maria Garcia, na obra “Desobediência civil” aponta que a Constituição deve pertencer a um sistema aberto, onde se permite a ligação entre a sociedade, havendo-se, portanto, uma troca de fluidos, o que possibilita uma constante e, sadia, alteração e modificação, para adequação com a sociedade e com o momento histórico vivido pela mesma.

A idéia da Constituição como um *sistema interno*, ou seja, como uma conexão de princípios imanentes (expressos ou implícitos, revelados ou não em normas constitucionais), constitutivos de uma certa ordem e unidade – a ordem

⁴¹ DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p.15.

⁴² NALIN, Paulo. **Do contrato**: Conceito pós-moderno – Em busca de sua formulação na perspectiva Civil-Constitucional. Pensamento Jurídico – Vol. II, Curitiba: Juruá, 2001, p.42.

constitucional surge em Canotilho como uma ‘ordem aberta às alterações e mudanças temporalmente adequadas’.⁴³ (grifo do autor).

Continua a referida autora, citando José Afonso da Silva, afirma, categoricamente, que: “Conjunto ou organização dos elementos essenciais do Estado, a Constituição é vista por José Afonso da Silva como um *sistema* de normas jurídicas, a lei fundamental do Estado.”⁴⁴ (grifo do autor).

Portanto, a Constituição faz parte de um sistema, figurando no ápice do mesmo, já que todas as demais normas devem respeitar a Constituição, para que possam continuar a pertencer ao sistema jurídico. O modelo ideal de sistema é o aberto, em face de permitir a interação entre a ordem jurídica e a sociedade que irá receber as normas do sistema, propiciando a troca de energias e a renovação constante do sistema.

Paulo Nalin na obra escrita anteriormente ao advento do novo Código Civil (de 2002), mas após a Constituição de 1988, trata exatamente do tema da constitucionalização, discorrendo que o Código Civil não pode ser visto como uma legislação que esteja acima da Constituição:

[...] contendo a Carta (sic) uma verdadeira “força geradora” do Direito Privado, destinada tanto ao legislador como ao juiz e para os demais órgãos do Estado. O Código Civil não pode ser mais visto como uma categoria superior da “Carta” Constitucional, como normalmente acontecia nos diplomas oitocentistas, sempre fundados sobre o instituto da propriedade e dos bens pertencentes aos particulares. Atualmente, aquele antigo desenho não mais prevalece, perante uma Constituição normativa que põe, no centro de seu ordenamento, a pessoa humana, consagrando a ela um valor preeminente. É com base nesta relocação das figuras legais que se busca reconstruir a idéia do contrato, sempre centrada na figura da pessoa humana (sujeito contratante) e na sua proteção constitucional.⁴⁵ (grifo do autor).

Para que a norma seja e mantenha sua validade é necessário que sua elaboração tenha obedecido os critérios impostos pelo próprio sistema, de conformidade com o modelo proposto por Kelsen, no qual exige que a norma encontre seu teor de validade na norma superior.

Sendo a norma superior a que atribui a competência para a criação de legislar e o dever de obediência a nova norma.

A norma nova, não pode contrapor a hierarquia do sistema, ou seja, da norma deve obediência as normas superiores na hierarquia.

⁴³ GARCIA, Maria. **Desobediência civil**: Direito fundamental. 2. ed., rev., atual., ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 109.

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.37-38, *apud* GARCIA, Maria. **Desobediência civil**: Direito fundamental. 2. ed., rev., atual., ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 109.

⁴⁵ NALIN, Paulo. **Do contrato**: Conceito pós-moderno – Em busca de sua formulação na perspectiva Civil-Constitucional. Pensamento Jurídico – Vol. II, Curitiba: Juruá, 2001, p.46-47.

A hierarquia do sistema jurídico encontra a Constituição como sendo a norma de maior relevância, não existindo outra superior a Constituição.

O legislador como responsável competente pela criação da norma, deve elaborar o texto da norma selecionando signos e símbolos da linguagem cotidiana, almejando a clareza e imediato entendimento da norma, devendo portanto, evitar textos vagos e ambíguos.

A interpretação da norma pode ser feita por qualquer pessoa, no entanto, é o Poder Judiciário quem exerce a interpretação de maior relevância.

Interpretação é atribuir sentido a norma, seu exercício está limitado por parâmetros determinados imposto pelo texto e pelo sistema, dentre eles a supremacia constitucional, a unidade do sistema e sua harmonização e o da efetividade.

Ao determinar a interpretação como um todo de modo único, exige-se que se compreenda a estrutura sistêmica do ordenamento jurídico.

Novas questões surgem com a interpretação da norma, quando sua leitura impõe interpretações que invalidam o conteúdo sistêmico da norma, com a possibilidade de se retirar sua validade.

Assim ocorreria a manutenção da validade da norma durante o processo de interpretação, partindo de uma norma posta no sistema, com presunção de validade formal e material, devendo deste modo o interprete escolher dentre as interpretações possíveis a única que coaduna com o sistema, de tal sorte, ao exigir da interpretação o respeito aos ditames estabelecidos somente uma única interpretação sistêmica é possível, que é aquela que der maior efetividade e que observou a supremacia da Constituição.

Assim, permitindo concluir que somente uma interpretação é válida e as demais devem ser repelidas do sistema, sob pena de se criar outro sistema ou de se negar o sistema vigente.

Por fim, teríamos que a validação das normas ocorre em caráter dúplice durante o processo legislativo e durante sua interpretação.

A ESTRUTURA DO ORDENAMENTO

Modelo escalonado do ordenamento e alocação das normas

Anorma Hipotética, a Grundnorm e a norma Superior

A Constituição com sendo a Grundnorm

Critérios de alocação (hierárquico, especificidade e temporal)

Merecem destaque, da mesma forma, o Estatuto do Idoso e o Código de Defesa do Consumidor, os quais também demonstram o avanço na legislação nacional, adequando-se, portanto, aos Tratados Internacionais, dos quais o Brasil é signatário, já que privilegia a proteção dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana; resguardando, em decorrência, a dignidade da pessoa humana.

Conclui-se, portanto, que, pelo menos no papel, o Brasil já deu inúmeros avanços, tendo em vista que, consoante os exemplos de legislação acima apontados, recepcionou e, incorporou de alguma forma, praticamente todos os tratados em que é Estado-membro. Todavia, apesar das normas já estarem previstas, muitas delas não saíram totalmente do papel, continuando os abusos contra os direitos humanos, como é o caso do crime de tortura, de racismo (os quais se verificam diuturnamente nos noticiários), além da existência, ainda nos dias atuais, de trabalho escravo e infantil, dentre outras violações contra os Direitos Humanos.

Sobre isso, bem lembra Maria Lourdes da Cunha:

O Brasil, tristemente, também vem se configurando como um dos grandes violadores dos direitos e da dignidade do ser humano. A prostituição e a exploração do trabalho infantil, a falta de segurança, a carência de educação, a dificuldade de acesso ao Judiciário, a corrupção, a indignidade da saúde pública e a fome, além dos conflitos no campo, parecem-nos exemplos sistêmicos. Não obstante todas essas mazelas, não vislumbramos enfrentamentos políticos sérios direcionados à superação desses problemas.⁴⁶

4.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

⁴⁶ CUNHA, Maria Lourdes da. **Uma reflexão sobre os Direitos da pessoa humana.** in DELGADO, Ana Paula; CUNHA, Maria Lourdes da. **Estudos de Direitos Humanos:** Ensaios interdisciplinares. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 8.

A Constituição da República do Brasil, em seu Art. 1º traz a dignidade da pessoa humana, como fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, ao dispor:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana;⁴⁷

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, ao comentarem o referido Art. 1º, no tocante à dignidade da pessoa humana, apontam que este princípio é fundamento axiológico do próprio Direito, sendo primordial a proteção do ser humano, o qual é sujeito e, nunca objeto de Direito. Trazem, como embasamento para a análise, trechos de outros autores, como do Papa João Paulo II; tendo apontado que:

Os valores fundamentais encartados na estrutura político-jurídica da Carta Magna, refletem-se em princípios gerais de direito quando informam seus elementos e privilegiam a realidade fundamental do fenômeno jurídico que é a consideração primordial e fundamental de que o homem é sujeito de direito e, nunca, objeto de direito. Esse reconhecimento principiológico se alicerça em valor fundamental para o exercício de qualquer elaboração jurídica; está no cerne daquilo que a Ciência do Direito experimentou de mais especial; está naquilo que o conhecimento jus-filosófico buscou com mais entusiasmo e vitalidade: é a mais importante consideração jus-filosófica do conhecimento científico do Direito. É o fundamento axiológico do Direito; é a razão de ser da proteção fundamental da pessoa e, por conseguinte, da humanidade do ser e da *responsabilidade que cada homem tem pelo outro* (João Paulo II, *Evangelium Vitae*, Edições Paulinas, 1995, p. 22). Por isso se diz que a justiça como valor é o núcleo central da axiologia jurídica (Antonio Hernandes Gil, *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, Obras Completas, v. I, Madrid, Escalpa Calpe, 1987, p. 44) e a marca desse valor fundamental de justiça o homem, princípio de razão de todo o Direito.⁴⁸ (grifo do autor)

Ressaltam, ainda, referidos autores que o princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio fundamental do Direito, sendo o mais importante; o primeiro. Esse princípio é a razão de ser do próprio Direito, sendo que se bastaria para organizar de forma estruturada todo o ordenamento jurídico. Além disso, ao se comprometer com a dignidade da pessoa humana, o Estado brasileiro se compromete também, com a vida e com a liberdade de todo ser.

⁴⁷ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

⁴⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional:** De acordo com as recentes Emendas Constitucionais. atual. até 10.04.2006, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 118.

Para Ingo Wolfgang Sarlet:

Embora entendamos que a discussão em torno da qualificação da dignidade da pessoa como princípio ou direito fundamental não deva se hipostasiada, já que não se trata de conceitos antitéticos e reciprocamente excludentes (notadamente pelo fato de as próprias normas de direitos fundamentais terem cunho eminentemente – embora não exclusivamente – principiológico), compartilhamos do entendimento de que, muito embora os direitos fundamentais encontrem seu fundamento, ao menos em regra, na dignidade da pessoa humana e tendo em conta que [...] do próprio princípio da dignidade da pessoa (isoladamente considerado) podem e até mesmo devem ser deduzidos direitos fundamentais autônomos, não especificados (e, portanto, também pode admitir que – nesse sentido – se trata de uma norma de direito fundamental), não há como reconhecer que existe um direito fundamental à dignidade, ainda que vez por outra se encontre alguma referência neste sentido.⁴⁹

Paulo Nalin, ao discorrer acerca da temática: “A leitura do Direito Civil à luz da Constituição”, na obra: “Contratos”, assevera que existe a tendência de se condicionar a efetividade dos efeitos patrimoniais dos atos jurídicos, de forma atrelada à efetiva realização de valores superiores do ordenamento, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, já que referido valor jurídico, entre outros, encontra-se no ápice da própria estrutura legal.⁵⁰

Na mesma obra, Paulo Nalin cita Maria Celina B. M. Tepedino, a qual afirma categoricamente que os objetivos de construção de uma sociedade, justa e solidária, bem como o da erradicação da pobreza, dentro da Constituição Federal, assentaram os valores essenciais no topo do sistema jurídico nacional, devendo todos os ramos do Direito se enquadrar ao princípio da dignidade, por se encontrar a pessoa humana no ápice do ordenamento. O autor arremata entendendo que a justiça só pode ser considerada social quando o sistema é informado com valores, estando a dignidade da pessoa humana no topo dos mesmos.

Isso se justifica porque os direitos humanos se desdobram na sua conceituação e magnitude, como se verifica com os direitos individuais, sociais, coletivos e difusos; e, primordialmente, se universalizam, porque “sua natureza e projeção transcendem fronteiras geográficas e sistemas de governo, ideologias e teorias econômicas. Situam-se acima de tudo.”⁵¹

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 70-71.

⁵⁰ NALIN, Paulo. **Do contrato**: Conceito pós-moderno – Em busca de sua formulação na perspectiva Civil-Constitucional. Pensamento Jurídico – Vol. II, Curitiba: Juruá, 2001, p.35.

⁵¹ GARCIA, Maria. **Limites da ciência**: a dignidade da pessoa humana – a ética da responsabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 140.

E, os direitos fundamentais têm por finalidade a proteção da dignidade da pessoa humana, como bem elucida a lição de Luiz Aberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior,

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. [...] Isso significa que todos os direitos que recebem o adjetivo de fundamental possuem características comuns entre si, tornando-se assim, uma classe de direitos.

⁵²

O princípio da dignidade da pessoa humana, não se apresenta somente como fundamento da República Federativa do Brasil, mas, também, como algo absoluto e, portanto, intransponível.

A dignidade da pessoa humana – ponto comum também a todos os outros direitos fundamentais – constitui-se em um limite intransponível, linde que o legislador não pode ultrapassar. [...] O ôntico, o que se realiza a partir não só do conhecimento, mas também da garantia de um conjunto de bens ou valores imprescindíveis, essenciais mesmo, ao indivíduo e à comunidade da qual faz parte, denominados direitos sociais.

⁵³

Isso tudo se dá, em virtude da dignidade da pessoa humana ser um metaprincípio, como dito alhures, tendo sido escolhido como vértice do ordenamento jurídico vigente, servindo, portanto, de balizamento para as decisões judiciais, as quais devem, no momento da interpretação, servir de parâmetro para as decisões.

[...] é um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana se desconsiderado em *nenhum* ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas.

⁵⁴ (grifo do autor).

Portanto, a Constituição da República Federativa do Brasil adota a dignidade da pessoa humana como um metaprincípio, sendo que, desse modo todos os demais princípios se submetem a ela, assim como todo o ordenamento jurídico brasileiro deve levar em conta essa opção. Com isso, o Estado brasileiro se sustenta em um vetor, o qual serve de baluarte para a consolidação do Estado Democrático e Social de Direito, já que ao se efetivar a dignidade da

⁵² ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito constitucional**. 4. ed., rev., atual., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 79-80.

⁵³ BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 113.

⁵⁴ NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002 ,p. 50-51.

pessoa humana se estará resguardando e efetivando todos os demais princípios que dela decorrem.

Assim, é papel do Estado, como um todo, orientar-se de modo a preservar a dignidade do indivíduo, assim como, a dar condições para que a dignidade possa ser efetivada. A dignidade encontra-se emoldurada pelo senso de justiça, devendo, portanto, ser sempre adotada pelo operador do direito.

José Afonso da Silvapondera que a dignidade da pessoa humana encontra-se arraigada no seio da sociedade, sendo que, portanto, não se trata de uma criação constitucional. A Constituição busca os valores da sociedade e os eleva ao patamar constitucional, tornando-os – aqui neste caso o princípio da dignidade da pessoa humana – valores que servirão de vetor para a mesma sociedade e para o Estado, como um todo, ou seja, valores absolutos que não permitem a flexibilização dos mesmos.

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

[...] Em conclusão, a dignidade pessoa humana constitui um valor que atrai a realidade dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões, e, como, a democracia é o único regime político capaz de propiciar a efetividade desses direitos, o que significa dignificar o homem, é ela que se revela como o seu valor supremo, o valor que a dimensiona e a humaniza.⁵⁵ (grifo do autor).

A constitucionalização da dignidade da pessoa humana e a elevação deste princípio a fundamento da própria República, impedem a degradação do homem, na hipótese de sua conversão em mero objeto do Estado, sendo que referido princípio trouxe consequências importantes: o reconhecimento da igualdade entre os homens; a consagração da autonomia dos indivíduos; a observância e proteção de seus direitos inalienáveis e a necessidade de ação para garantia de condições mínimas de vida, a fim de que essa vida possa ser vivida de forma plena, “evitando-se abusos e lesões aos direitos, que, caso venham a ocorrer, deverão ser sanados através da intervenção do Estado.”⁵⁶

⁵⁵ SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da Democracia**, in, Revista de Direito Administrativo, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.212, abr/jun. 1998, p. 91.

⁵⁶ COELHO, Lilian Dias. **O processo como instrumento de efetividade do princípio da dignidade humana: acesso à justiça e duração razoável do processo.** in DELGADO, Ana Paula; CUNHA, Maria Lourdes da. **Estudos de Direitos humanos:** Ensaios interdisciplinares. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 65.

4.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO LIMITADOR DA ORDEM ECONÔMICA

Por todo o exposto no decorrer do presente trabalho, percebe-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é um metaprincípio, um meio que serve como vetor, como parâmetro a ser seguido por todos os preceitos, constitucionais e infraconstitucionais. Assim, a dignidade da pessoa humana limita todas as normas, já que nenhuma delas pode ser contrária à dignidade da pessoa humana, já que esta é um valor que dá sustentáculo à própria República Federativa do Brasil, bem como ao Estado Democrático de Direito. Desta forma, com maior razão, o princípio da dignidade da pessoa humana é limitador da Ordem Econômica, já que impede que a Economia e, o próprio mercado, funcionem, quando, de forma direta ou indireta, violem esse princípio. Desse modo, é correto afirmar que a Constituição Federal abriga a Ordem Econômica, desde que esta não agrida a dignidade da pessoa humana, pois se afrontar a prevalência será sempre da última, por ser um princípio que norteia todo o sistema jurídico brasileiro.

Nas palavras de Paulo Nalin:

Há de se perseguir um mais amplo favorecimento da pessoa humana nas relações jurídicas e, especificamente, nas contratuais; conforme reafirmado nesta tese, a vontade contratual deixou de ser o núcleo do contrato, cedendo espaço a outros valores jurídicos, institutos fundados na Carta. O paradigma da autonomia da vontade, em detrimento da tutela da pessoa na sua dimensão contratante, talvez até possa encontrar legitimidade no espaço do Código Civil, pois do homem em si não se ocupa, mas sempre estará em descompasso com a Constituição.⁵⁷

Como se denota de todo o assentado, o princípio da dignidade da pessoa humana é um metaprincípio, a regular todo o ordenamento constitucional, sendo que, portanto, todas as normas ali disciplinadas, bem como, todas as normas infraconstitucionais, devem ter como vetor, o princípio da dignidade da pessoa humana.

⁵⁷ NALIN, Paulo. **Do Contrato**: Conceito pós-moderno – Em busca de sua formulação na perspectiva Civil-Constitucional. Pensamento Jurídico – Vol. II, Curitiba: Juruá, 2001, p.91.

Aliás, como bem expõe Rizzato Nunes:

Está mais do que na hora de o operador do Direito passar a gerir sua atuação social pautado no princípio fundamental estampado no Texto Constitucional. Aliás, é um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em *nenhum* ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas.

[...]

Assim, caminhando para a conclusão, é necessário repetir: a dignidade humana é um valor preenchido *a priori*, isto é, todo ser humano tem dignidade só pelo fato de ser pessoa.⁵⁸ (grifo do autor).

Desse modo, o princípio da dignidade da pessoa humana está a funcionar como limitador da Ordem Econômica, posto que como bem dispõe o Art. 170 (que foi objeto de estudo no capítulo anterior), esta é livre, desde que resguarde os preceitos encontrados no referido dispositivo, dentre os quais se destaca o princípio da dignidade da pessoa humana que, se for cumprido, por si só, consegue alcançar a efetividade dos demais.

As anotações de Flávia Piovesan merecem ser apresentadas, já que trazem que a dignidade da pessoa humana é um imperativo da justiça social, sendo que ressalta que o legislador constituinte de 1988 elegeu o referido princípio como um valor essencial e imprescindível.

Infere-se desses dispositivos quanto acentuada é a preocupação da Constituição em assegurar os valores da dignidade e do bem-estar da pessoa humana, como um imperativo da justiça social. [...] pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como um valor essencial que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular.⁵⁹

A Constituição de 1988 garante a efetividade da dignidade da pessoa humana, mas, além disso:

⁵⁸ NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** São Paulo: Saraiva, 2002, p. 50/52.

⁵⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 59.

[...] se é o respeito pela dignidade humana a condição para a concepção jurídica dos direitos humanos, se se trata de garantir esse respeito de modo que se ultrapasse o campo do que é efetivamente protegido, cumpre admitir, como corolário, a existência de um sistema de Direito como um poder de coação.⁶⁰

De outro modo, figura a dignidade da pessoa humana no centro de todo o ordenamento jurídico brasileiro, devendo as normas se embasar no referido princípio, não se admitindo interpretação que vá de encontro a este valor constitucional e, antes de tudo, valor social, posto que emanado do seio da própria sociedade.

Depreende-se, assim, que o princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio norteador no direito constitucional brasileiro, sendo que a Constituição Federal garante que todos são iguais perante a lei, independentemente de credo, raça, sexo, idade etc., sendo que, ainda, todos têm direito ao trabalho, educação, saúde, lazer, segurança, moradia e, principalmente, a possibilidade e, a garantia de uma vida digna, primando, assim, pela dignidade da pessoa humana.

Importante que se diga, todavia, que não basta a previsão legal, da dignidade da pessoa humana, é imprescindível a efetividade da norma constitucional, sendo que faz-se necessário anotar que a Constituição “não deve ser aquela norma utilizada apenas em momentos patológicos, quando há flagrante inconstitucionalidade, não; ela tem que se incorporar ao dia-a-dia e ser utilizada habitualmente.”⁶¹. É necessário que se dê efetividade e, para tanto, as normas brasileiras, em especial a Constituição Federal, vêm se adaptando à nova realidade, a da celeridade processual, posto não haver nada mais indigno do que impedir o indivíduo de receber uma tutela justa e efetiva, de forma célere.

Possibilidade duma representação gráfica do ordenamento

Depreende-se, assim, que o princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio norteador no direito constitucional brasileiro, sendo que a Constituição Federal garante que todos são iguais perante a lei, independentemente de credo, raça, sexo, idade etc., sendo que, ainda, todos têm direito ao trabalho, educação, saúde, lazer, segurança, moradia e, principalmente, a possibilidade e, a garantia de uma vida digna, primando, assim, pela dignidade da pessoa humana.

⁶⁰ PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 400.

⁶¹ VIANNA, Luís Gustavo. **Direito fundamental à educação**: instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana.in SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**: Ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 125.

Importante que se diga, todavia, que não basta a previsão legal, da dignidade da pessoa humana, é imprescindível a efetividade da norma constitucional, sendo que faz-se necessário anotar que a Constituição “não deve ser aquela norma utilizada apenas em momentos patológicos, quando há flagrante inconstitucionalidade, não; ela tem que se incorporar ao dia-a-dia e ser utilizada habitualmente.”⁶². É necessário que se dê efetividade e, para tanto, as normas brasileiras, em especial a Constituição Federal, vêm se adaptando à nova realidade, a da celeridade processual, posto não haver nada mais indigno do que impedir o indivíduo de receber uma tutela justa e efetiva, de forma célere.

Embásado no entendimento acima trazido, a dignidade da pessoa humana passa a ser simultaneamente o limite e a obrigação dos Estados. Sendo que, como limite à dignidade é algo que pertence a cada um e que não pode ser transferido, eis que deixaria de existir, e logo não haveria mais limite a ser respeitado. E como obrigação traz-se a idéia exatamente de que ao Estado somente é permitido ir até onde não se desrespeite a dignidade da pessoa humana. Em face disso, o Estado se obriga a direcionar as suas ações, seja para preservar a dignidade da pessoa humana, seja para criar meios que possibilitem o exercício da mesma.

Complementando o tema, Rizzato Nunes traz importante lição:

[...] acontece que nenhum indivíduo é isolado. Ele nasce, cresce e vive no meio social. E aí, nesse contexto, sua dignidade ganha – ou como veremos, tem o direito de ganhar – um acréscimo de dignidade. Ele nasce com integridade física e psíquica, mas chega um momento de seu desenvolvimento que seu pensamento tem de ser respeitado, suas ações e seu comportamento – isto é, sua liberdade -, sua imagem, sua intimidade, sua consciência – religiosa, científica, espiritual – etc., tudo compõe sua dignidade.⁶³.

Depreende-se, portanto, que somente haverá a observância da dignidade da pessoa humana, se forem asseguradas condições mínimas para uma existência digna, de forma que a intimidade e a identidade do indivíduo não sejam objeto de ingerências indevidas, bem como haja a garantia da igualdade, indistintamente para todos. Isso porque a igualdade e a dignidade devem andar lado a lado, embasando os direitos humanos.

⁶² VIANNA, Luís Gustavo. **Direito fundamental à educação:** instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade:** Ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 125.

⁶³ NUNES, Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** São Paulo: Saraiva, 2002, p.49.

Conclui-se, pois, que a dignidade da pessoa humana é limitador não só da Ordem Econômica, mas, também, de toda a ordem jurídica, por ser este princípio o orientador de todo o sistema jurídico brasileiro, sendo que, para a sua concretização, necessário se faz a efetividade do princípio, que se dará, em especial, na possibilidade de se conseguir uma prestação jurisdicional célere e justa.

Como dito por Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição díplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade. Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças. Como tarefa, da previsão constitucional (explícita ou implícita) da dignidade da pessoa humana, dela decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção.⁶⁴

Portanto, como limite, deve a dignidade da pessoa humana ser sempre respeitada e, aplicada, por todos, do Estado à própria sociedade, funcionando como balizador e elemento concretizador do Estado Democrático de Direito. E, com maior razão é limite da Ordem Econômica, visando-se adequar o mercado de forma que funcione sempre levando-se em consideração a dignidade da pessoa humana, devendo balizar suas ações com o intuito de fazer prevalecer esse princípio constitucional, para que o ser humano não seja deixado de lado; para que não seja considerado como mero objeto, no afã desenfreado da obtenção de lucros, sabidamente existente no sistema capitalista.

E o Estado Democrático e Social de Direito, modelo atual existente no Brasil (ainda que de forma rudimentar, já que não plenamente aplicado e consolidado), não pode permitir que as garantias constitucionais, em especial, as que tratam dos fundamentais, sejam desrespeitadas pelo mercado econômico. Assim, garante-se, pela mesma Constituição, a Ordem Econômica, dando-lhe embasamento para se sustentar, mas, de outro lado, a limita,

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana:** construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. in SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade:** Ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 30 e 32.

para que esta seja funcionalizada, para que prevaleçam os direitos do homem, em especial, aquele que é o esteio de todo o ordenamento jurídico: a dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Por todo o analisado e exposto, no presente trabalho, conclui-se, primeiramente, que, no mundo atual, predomina-se, como modelo, o Estado Democrático de Direito, o qual, prima pelo social, sem deixar de lado o Capitalismo, representado pelo mercado econômico e, no Estado brasileiro, o panorama não é diferente.

Tem-se, portanto, não um Estado totalmente liberal (tudo permitindo em nome da livre iniciativa) e, tampouco, um Estado totalmente socialista, que suprime a iniciativa particular. É,

de outro modo, o Estado que visa o bem-estar social, objetivando, portanto, a plenitude da dignidade da pessoa humana.

O modelo atual, no Brasil, é intervencionista, mas a intervenção se dá de modo pontual, apenas realizando-se para a concretização dos objetivos traçados pela Constituição Federal, não sendo de forma indiscriminada, como no modelo socialista. Há duas modalidades de intervenção na atividade econômica; a direta e a indireta. A primeira encontra-se prevista no Art. 173 da Constituição, onde prevê que o Estado agirá de forma direta, dentro do campo econômico, por intermédio de empresa pública, sociedade de economia mista ou subsidiária.

Na segunda forma de intervenção, o Estado irá atuar como agente normativo e regulador da atividade econômica, como se verifica do disposto no Art. 174 da Constituição. Aqui, o Estado atua de forma a exigir que o mercado cumpra com o que está disposto nas normas constitucionais e infraconstitucionais, acerca da matéria. Nesta hipótese, o Estado não visa lucro, mas, sim, o efetivo cumprimento das normas, objetivando o bem comum; a justiça social e a dignidade da pessoa humana, de forma primordial. Nesta modalidade, o Estado, pode exercer a função de fiscalizador, agente regulador e, também, fomentador. Tudo isso (a intervenção estatal na Economia) se dá, em virtude, primeiramente, da constitucionalização da Ordem Econômica que passa a ter “status” constitucional.

É claro que, a presença do direito econômico em uma Constituição brasileira não é privilégio, somente da atual Constituição Federal, promulgada em 1988, já que desde a Constituição da República de 1934 o mesmo se faz presente, de forma constitucionalizada e explícita, já que desde a época do Brasil-Colônia já existia a preocupação de se tratar de algumas questões econômicas, ou até mesmo de alguma espécie (ainda que de forma tímida) de intervenção estatal, na área econômica, inserida dentro da Lei Máxima do país. Verifica-se pela simples leitura dos Textos Constitucionais, que o Capitalismo se transforma na medida em que assume novo caráter, mais social, já que a intervenção do Estado vem assumindo novos papéis, aumentando os já existentes, na medida em que se averigua a evolução constitucional brasileira.

Apesar da existência do movimento constitucionalista, este ganhou forças no pós guerra (após a primeira Grande Guerra), já que foi nesse período que o constitucionalismo assume nova feição, desvinculando-se do liberalismo, onde o Estado passa a intervir na atividade econômica. As Constituições passaram, então, a marcar o advento do constitucionalismo social, sendo que tem-se, assim, a consagração dos direitos sociais, de forma expressa, nos Textos Constitucionais, tendo o constitucionalismo se enquadrado em novos moldes, os quais foram mantidos, como se verifica na Constituição da República Federativa do Brasil.

A Constituição da República de 1988 traz o direito econômico, em título próprio, procurando primar, sempre, pelo social, estabelecendo, portanto, regras e limites à Ordem Econômica, com fins de resguardar o ser humano, e, em especial a sua dignidade, dando-lhe, para tanto, oportunidade de uma vida digna, trabalho, justiça social, defesa do consumidor, do meio ambiente (protegendo as gerações presentes e futuras), redução das desigualdades regionais e sociais e, limitando o direito à propriedade, exigindo que a mesma cumpra sua função social, como preceituam os artigos referentes à ordem econômica, em especial, o Art. 170.

A Constituição traz a previsão de intervenção estatal, a qual se justifica em face da necessidade da garantia dos princípios e valores esculpidos no Texto Constitucional, sendo que a existência digna e a justiça social são os objetivos primordiais dessa ordem, justificando, assim, a intervenção do Estado no domínio econômico.

Conclui-se que a intervenção na Economia, para garantia do social, é reflexo do aprimoramento do próprio Estado, como dito acima, já que, anteriormente era Liberal, passando-se, para Estado do Bem-Estar-Social, com interesse, assim, na intervenção na atividade econômica, visando garantir a manutenção dos direitos e garantias previstos no Texto Constitucional. Tem-se um Estado que, ao mesmo tempo garante a livre iniciativa e a livre concorrência (elevando-as a categoria constitucional), possibilitando, assim que ocorra o desenvolvimento e enriquecimento do setor privado, com consequente fortalecimento do capitalismo, mas, que, limita essa mesma livre iniciativa e livre concorrência, com fins de garantir o social, em face de que o mercado deverá se balizar pelos princípios disciplinados pela Constituição da República, destacando-se aquele que é um metaprincípio, posto que norteador de todo o ordenamento jurídico brasileiro; a dignidade da pessoa humana.

O reflexo desse Estado, que deixa de ser mínimo, ou seja, que pouco intervém na economia, passando a regulador, intervindo quando necessário, resulta em uma Constituição que permite a obtenção de lucro, desde que não haja violação dos princípios garantidos pela referida Lei Maior, já que o Estado intervêm, somente quando for necessário, no sentido de que permite a livre concorrência e a livre iniciativa, desde que não infrinja os preceitos regidos pela Constituição, especialmente, o princípio da dignidade da pessoa humana.

O Art. 170 da Constituição da República ainda estabelece os princípios gerais da Ordem Econômica, trazendo garantias para a mesma, como a liberdade de iniciativa do setor privado, mas disciplinando, também, limites a serem seguidos, tendo em vista alguns valores, tidos como absolutos, na própria Constituição, como o são, por exemplo, a dignidade da pessoa humana e o primado do trabalho, na garantia de uma subsistência do cidadão (garantindo-lhe emprego), de forma digna (garantia de um mínimo para a sua sobrevivência digna – como se encontra em vários artigos da Constituição Federal – como a garantia de saúde, habitação, lazer, educação etc.).

O interesse coletivo, pelos valores constitucionais, está acima do interesse privado, passando a prevalecer (quando há conflito entre as normas), como disciplinado pela Constituição da República de 1988, os princípios que norteiam a pessoa humana, sendo estes, o primado do trabalho, a dignidade da pessoa humana, a preservação e conservação do ambiente, o direito do consumidor, dentre outros. Assim, a Constituição, apesar de resguardar, também os interesses privados, como, por exemplo, o interesse das empresas de iniciativa privada, não permite que estes prejudiquem os demais princípios constitucionais, servindo os mesmos de barreira aos primeiros, na medida em que a iniciativa privada tem o direito à livre iniciativa e à livre concorrência, não podendo, todavia, colidir, por exemplo, com o direito ambiental, direito do consumidor etc., devendo, ainda, utilizar a propriedade privada de forma a cumprir o seu papel social.

É papel do Estado, como um todo, orientar-se de modo a preservar a dignidade do indivíduo, assim como, a dar condições para que a dignidade possa ser efetivada. A dignidade encontra-se emoldurada pelo senso de justiça, devendo, portanto, ser sempre adotada pelo operador do direito. A Constituição busca os valores da sociedade e os eleva a nível constitucional, tornando-os – aqui neste caso o princípio da dignidade da pessoa humana –

valores que servirão de vetor para a mesma sociedade e para o Estado, como um todo, ou seja, valores absolutos que não permitem a flexibilização dos mesmos.

A constitucionalização da dignidade da pessoa humana e a elevação deste princípio a fundamento da própria República, impede a degradação do homem, na hipótese de sua conversão em mero objeto do Estado, sendo que referido princípio trouxe consequências importantes: o reconhecimento da igualdade entre os homens; a consagração da autonomia dos indivíduos; a observância e proteção de seus direitos inalienáveis e a necessidade de ação para garantia de condições mínimas de vida, a fim de que essa vida possa ser vivida de forma plena.

Por todo o exposto no decorrer do presente trabalho, percebe-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é um metaprincípio, um valor que serve como vetor, como parâmetro a ser seguido por todos os preceitos, constitucionais e infraconstitucionais. Assim, a dignidade da pessoa humana limita todas as normas, já que nenhuma delas pode ser contrária à dignidade, já que esta é um valor que dá sustentáculo à própria República Federativa do Brasil, bem como ao Estado Democrático de Direito. Dessa forma, com maior razão, o princípio da dignidade da pessoa humana é limitador da Ordem Econômica, já que impede que a economia e, o próprio mercado, funcionem, quando (de forma direta ou indireta) violem esse princípio. Desse modo, é correto afirmar que a Constituição Federal abriga a Ordem Econômica, desde que esta não afronte a dignidade da pessoa humana, pois se o fizer a prevalência será sempre da última, por ser um princípio que norteia todo o sistema jurídico brasileiro.

Como se denota de todo o assentado, o princípio da dignidade da pessoa humana é um metaprincípio, a regular todo o ordenamento constitucional, sendo, portanto, todas as normas ali disciplinadas, bem como, todas as normas infraconstitucionais devem ter como vetor, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Desse modo, o princípio da dignidade da pessoa humana está a funcionar como limitador da Ordem Econômica, posto que como bem dispõe o Art. 170, esta é livre, desde que resguarde os preceitos encontrados no referido dispositivo, dentre os quais se destaca o princípio da dignidade da pessoa humana que, se for cumprido, por si só, consegue alcançar a efetividade dos demais.

A dignidade da pessoa humana é um valor essencial, eleito pela Constituição Federal de 1988, informando toda a ordem jurídica, servindo de critério e parâmetro, que deve orientar não só a interpretação, como todo o sistema constitucional, para que se mantenha a unidade de todo o sistema. É um valor supremo, concebido como referência constitucional, que unifica todos os direitos fundamentais, decorrendo desse fato, a finalidade da Ordem Econômica de assegurar a todos uma existência digna.

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana passa a ser simultaneamente o limite e obrigação dos Estados. Sendo que, como limite à dignidade é algo que pertence a cada um e que não pode ser transferido. E como obrigação traz-se a idéia exatamente de que ao Estado somente é permitido ir até onde não se desrespeite a dignidade da pessoa humana. Em face disso, o Estado se obriga a direcionar as suas ações, seja para preservar a dignidade da pessoa humana, seja para criar meios que possibilitem o exercício da mesma.

O quadrado mágico e o modelo brasileiro

SISTEMA DE NORMA JURÍDICA

Conceito

No primeiro capítulo do presente trabalho foi feito um breve estudo acerca da evolução do Estado, passando por alguns modelos estatais, para chegar ao Estado Democrático Social de Direito (modelo que o Brasil, apesar de adotar, ainda não o utiliza de forma plena). Percebe-se que o tipo de modelo estatal caracteriza-se, principalmente, pela intensidade com que o Estado atua no campo econômico, pois no modelo liberal, por exemplo, o Estado pouco, ou nada, intervém na Economia; diferentemente do Estado Social, que muito intervém na Economia. E, é por intermédio da intervenção que se verifica de que forma o Estado atua na seara econômica, demonstrando, portanto, a imprescindibilidade da análise do referido instituto.

É sempre importante traçar elementos históricos dos institutos jurídicos e, não poderia ser diferente com a intervenção estatal. Desde tempos imemoriais, o Estado (ainda que não da forma conhecida atualmente) já intervinha de alguma forma, na Economia. E, foi assim, no Egito – onde tanto a produção agrícola como a industrial – se mantinham sob o controle

estatal; na Grécia antiga e em Roma, que, com seu caráter militar e, portanto, conquistador intervinha, principalmente, nos Estados dominados, visando à obtenção de riqueza, para o patrocínio de novas expedições militares.

O modelo de Estado que surgiu com a Revolução Francesa e, que perdurou e preponderou por todo o século XIX, foi o Estado liberal, o qual operava de maneira dissociada entre a Economia e a Política, impondo, assim, o afastamento do Estado do domínio econômico, deixando este praticamente livre para agir da forma que melhor lhe conviesse, até porque o Estado era apenas uma “mão invisível” atuando sobre o econômico.

Com a evolução do Estado liberal, para o Estado do bem-estar-social (também chamado de *welfare state*), como assentado em capítulo anterior, tem-se a necessidade de uma intervenção do Estado na ordem econômica, já que a Economia deixa de ser livre (com mínima interferência estatal), para ser regulada pelo Estado, a fim de que as relações sociais possam se tornar mais equilibradas e, até mesmo, igualitárias, garantindo-se, assim, a plenitude do social.

A Igreja Católica teve grande influência na modificação do modelo estatal, ao trazer noções de justiça social e bem comum, entre outras, noções estas que pretendia que fossem aplicadas nos Estados, de forma plena. A Encíclica Papal *Rerum Novarum* (Papa Leão XIII, em 1891) é um exemplo disso, já que conclama, aos governantes, que protejam a sociedade e, para tanto, necessário se faz que exista um concurso de ordem geral, consistindo em regulação das leis, instituições e da própria Economia, estabelecendo não ser justo que o indivíduo, ou a até mesmo a família, sejam absorvidos pelo Estado, mas é justo, pelo contrário, que ambos tenham faculdade de proceder com liberdade, desde que não atentem contra o bem geral e não prejudiquem ninguém. Propõe uma nova reconstrução econômico-social, voltada para a justiça.

O Papa Pio XI, na Encíclica *Quadragesimo Anno* (1931), da mesma forma, condena o vício do Liberalismo, em face de que tal modelo levou à deformação do próprio Estado. Mais uma vez se verifica a afirmação de necessidade de implementação do intervencionismo estatal, para que o equilíbrio e a justiça possam prevalecer, em face do capitalismo demasiado, que acarreta, somente, injustiças e desigualdades sociais, que resultam em uma indignidade humana, a qual não pode ser permitida.

O Papa João XXIII, na Encíclica *Mater et Magistra* (1961), também prega a necessidade de interferência do Estado nas relações sociais e econômicas, para a garantia do bem comum, tendo asseverado que o Estado não pode manter-se afastado do mundo econômico, já que a razão de ser deste é a realização do bem comum. Deve, portanto:

[...] intervir com o fim de promover a produção duma abundância suficiente de bens materiais, cujo uso é necessário para o exercício da virtude, e também para proteger os direitos de todos os cidadãos, sobretudo dos mais fracos, como são os operários, as mulheres e as crianças. [...] Mas é preciso insistir sempre no princípio de que a presença do Estado no campo econômico, por mais ampla e penetrante que seja, não pode ter como meta reduzir cada vez mais a esfera da liberdade na iniciativa pessoal dos cidadãos; mas deve, pelo contrário, garantir a essa esfera a maior amplidão possível, protegendo, efetivamente, em favor de todos e cada um, os direitos essenciais da pessoa humana.⁶⁵

Na mesma esteira, André Ramos Tavares lembra que as Constituições ditas sociais trazem a necessidade de um modelo estatal intervencionista, em oposição ao modelo liberal, em que o Estado pouco ou nada fazia, com relação à interferência nas relações privadas e, na própria ordem econômica:

As constituições sociais correspondem a um momento posterior na evolução do constitucionalismo. Passa-se a consagrar a necessidade de que o Estado atue positivamente, corrigindo as desigualdades sociais e proporcionando, assim, efetivamente, a igualdade de todos. É o chamado Estado do Bem Comum. Parte-se do pressuposto de que a liberdade só pode florescer com o vigor sublimado quando se dê igualdade real (e não apenas formal) entre os cidadãos. É bastante comum, nesse tipo de Constituição, traçar expressamente os grandes objetivos que hão de nortear a atuação governamental, impondo-os (ao menos a longo prazo). Não por outro motivo tais Constituições são denominadas, com CANOTILHO, ‘dirigentes’.⁶⁶ (grifo do autor).

Veja-se que o intervencionismo é implantado, de forma efetiva, no Estado do bem-estar-social, com as Constituições Sociais, com maior determinação após o advento do movimento constitucionalista, quando já se encontrava consolidada a idéia de Estado de

⁶⁵ PAPA João XXIII. *Rerum Novarum*, apud VENANCIO FILHO, Alberto. A intervenção do Estado no domínio econômico: O Direito público econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968, p. 18.

⁶⁶ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito constitucional*. 2. ed., rev., ampl., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 71.

Direito, estando o Poder Público limitado por uma ordem jurídica e, pronto para estabelecer limites à atividade privada.

O intervencionismo, modernamente conhecido, tem como marco zero, a legislação americana (antitruste, de 1890). Todavia, o divisor de águas ocorreu em outro momento. Após a Revolução de 1917, na Rússia (com o levante do proletariado, que não suportou o Liberalismo exacerbado que provocava uma disparidade excessiva entre as classes detentoras de riqueza e os que pouco ou nada detinham) e, posteriormente com a crise econômica dos anos 20 e 30, que culminou com o “crack” da Bolsa de Nova York, ocasionando a quebra de milhares de bancos, o que resultou em uma elevação, inimaginável (para a época) no número de desempregados, além da desvalorização da moeda norte americana, o modelo econômico liberal, da forma que estava posto, não tinha mais como se sustentar.

Para tentar restabelecer o mercado, bem como, para dar dignidade à população de seu País (já que em face do ocorrido, muitos ficaram sem a mínima condição de sobrevivência e, portanto de dignidade), o Presidente dos Estados Unidos da América do Norte, Franklin Delano Roosevelt, adotou inúmeras medidas intervencionistas, visando a recuperação econômica e, consequentemente, objetivando o restabelecimento das condições dignas dos

Elementos

Fechado e aberto

AS LEIS (validade, vigência e eficácia)

Validade Formal e Material

Necessidade e interesse como instrumento de eficácia

CONFLITOS ENTRE LEI (antinomia e lacuna)

O primeiro Estatuto Constitucional brasileiro foi outorgado no período Imperial, sendo que referida Carta política instituía um novo poder, o Poder Moderador. Esse poder moderador era conhecido como a chave da organização política do País, já que permitia o regular funcionamento da Carta Imperial. Além disso, o Poder Moderador representava, também, papel relevante do ponto de vista econômico, já que possibilitava, em decorrência da estabilidade que propiciou ao regime, o desenvolvimento adequado da vida econômica durante o século XIX.

No tocante à Carta Imperial de 1824, Erivaldo Moreira Barbosa traça, inicialmente, algumas considerações acerca do momento histórico que a antecederam, para, posteriormente, destacar o caráter liberal da referida Carta Magna:

[...] em 1823, com a universalização das idéias liberais, surgem no País movimentos em prol da Constituição escrita. Assentava-se, assim, a primeira Assembléia Constituinte, com o fito de produzir um Texto Mater genuinamente brasileiro. Este movimento teve duração efêmera, haja vista o Imperador ter dissolvido a Assembléia por não concordar com seus requisitos formais e materiais. [...] Observemos que, tanto o Projeto Constitucional, como a Carta Imperial, dão mais ênfase ao Direito de Propriedade de forma absoluta: usar, gozar e dispor do bem jurídico ao seu livre-arbítrio, sem nenhuma restrição por parte do Estado. Ora, essa é a tônica do liberalismo econômico, isto é, o Estado não deve imiscuir-se em atividades econômicas.⁶⁷

A Carta de 1824 previa o direito de propriedade em toda sua plenitude, não se preocupando em regrar as demais instituições econômicas, a exemplo de outras Constituições daquele século. Veja-se que a ênfase, aqui, é a garantia da propriedade plena (resguardando-se a liberdade sem limites), e não a regulação da Economia, em face do caráter liberal, impregnado no referido Texto Constitucional, que refletia o modelo econômico vivido à época.

Apesar de liberal, a Carta Imperial já aportava dispositivos intervencionistas, como bem destaca Alberto Venancio Filho:

Do ponto de vista da intervenção do Estado no domínio econômico, o panorama do Império revela sempre a ênfase nos problemas das tarifas alfandegárias, que eram, na verdade, os que tinham influência no incipiente sistema econômico da época, e os quais, em tôdas (sic) as situações históricas, têm sempre a primazia como primeira atividade onde o Estado intervém no domínio econômico.⁶⁸

Ou seja, não obstante seu aspecto visivelmente liberal, a Carta Política de 1824 não deixa de se preocupar, ainda que de forma acanhada, com a intervenção na Economia, com fins de resguardar, naquele momento, o problema das tarifas alfandegárias.

⁶⁷ BARBOSA, Erivaldo Moreira. **Direito constitucional**: uma abordagem histórico-crítica. São Paulo: Madras, 2003, p. 70/72.

⁶⁸ VENANCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no domínio econômico**: O Direito público econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968, p. 25.

Em seguida, com a primeira Constituição da República brasileira, de 1891, o Estado brasileiro ainda não se liberta de sua vocação liberal, mesmo porque não haveria como fazê-lo, já que o modelo econômico vigente, à época, era o liberal. Aqui também a propriedade individual é vista como um princípio absoluto, o qual não deve sofrer limitações por parte do Estado.

Mais uma vez encontram-se no Texto Constitucional as diretrizes liberais, verificando-se, portanto, aqui, a figura de um Estado mínimo, que não intervinha nas relações sociais, permitindo que o mercado se auto regulasse.

Já preliminarmente percebe-se a ideologia liberal do nosso Texto Maior, enquanto se reporta a um regime livre. O significado dessa liberdade nada mais é do que não se permitir a intervenção do Estado nas atividades econômicas. Lembre-se, pois, que a tônica liberal que perpassou toda a Carta Master anterior também traça as diretrizes da Constituição em tela.⁶⁹

O Texto Constitucional, de 1891, garantia, da mesma forma que a Carta de 1824, a plenitude do direito de propriedade, demonstrando sua bandeira liberal, como se verifica pelo teor do Art. 72, § 17: “O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.”⁷⁰

O regime político, traçado na Constituição, mantém a posição do Estado como ente ausente das atividades econômicas. No início da República, o café mantinha-se como a grande âncora da economia nacional e, por isso, para propiciar a sua defesa, deixa o Estado de ser totalmente ausente da Economia, aparecendo as medidas intervencionistas, visando manter o café em posição de evidência no cenário e nos mercados internacionais.

A Constituição de 1934 é um marco no tocante à ordem econômica, em face de ser a primeira Constituição brasileira a tratar, de forma explícita dela e, também social, já que trata, em seu Capítulo IV, “Da Ordem Econômica e Social”. Já, no preâmbulo, esta Constituição se diferencia do Texto anterior, já que introduziu a expressão ‘bem-estar-social e econômico’, como uma das primordiais diretrizes que deveriam ser respeitadas.

⁶⁹ BARBOSA, Eraldo Moreira. **Direito constitucional:** uma abordagem histórico-crítica. São Paulo: Madras, 2003, p. 74-75.

⁷⁰ BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1891.

No Brasil, o constitucionalismo econômico foi implantado, de forma efetiva, a partir de 1934, apesar das Constituições anteriores à de 1934 (como anteriormente explanado), trataram de algumas questões econômicas ou, ainda, relacionadas à intervenção do Estado no domínio econômico.

Esta Constituição foi a primeira a consagrar princípios e normas sobre a ordem econômica, tendo criado um título específico, “Da Ordem Econômica e Social”.

O preâmbulo, da Lei Maior de 1934, estabelecia que:

Nós, os Representantes do Povo Brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL.⁷¹

Com esta Constituição inaugura-se, no Brasil, o Estado do bem-estar-social, voltado para o bem estar do indivíduo, pregando a justiça social. Infelizmente, esta Constituição teve curta duração, em decorrência do golpe sofrido, no País, que resultou, posteriormente, na Carta de 1937.

Erivaldo Moreira Barbosa apresenta elementos que influenciaram esta Lei Máxima, sendo estes tanto elementos internos (como a polarização em disputa por parte da oligarquia rural e a burguesia industrial, ainda embrionária influenciaram a ideologia retratada na Constituição); quanto os externos (como é o caso, por exemplo, da crítica socialista aos Textos Constitucionais abstratos, da crítica da Igreja Católica à não-respeitabilidade aos direitos sociais e, ainda, a primeira grande guerra).

Importante, ainda, destacar outros aspectos históricos que antecederam a promulgação da Constituição de 1934, trazendo-se, especialmente, as Constituições que influenciaram, não só a Constituição brasileira, da época, como as Constituições de outros países, de uma forma em geral. Tratam-se das Constituições, Mexicana, de 1917 e, Alemã (Constituição de Weimar), de 1919, que primeiramente previram de forma expressa, a intervenção do Estado no domínio econômico.

⁷¹ BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1934.

A respeito da Constituição do México, de 1917, pode-se dizer que “a ordem econômica adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-las sistematicamente, o que teve início com a Constituição mexicana de 1917”⁷², Constituição esta que seguiu as diretrizes trazidas pela Revolução Mexicana. A referida Constituição trazia uma intervenção estatal bastante ampla; impondo à propriedade privada modalidades que são trazidos pelo interesse público. Foi abolido, aqui, o caráter absoluto da propriedade privada, ligando-se o seu uso ao interesse coletivo.

Após a primeira grande guerra, a Alemanha se encontrava em situação de miséria, levando-se à necessidade de se considerar o regramento econômico como norma de ordem Constitucional. O Estado alemão passou a ter um papel mais visível dentro do cenário social, ocupando-se, portanto, da justiça voltada para o social. Foi nesse momento que eclodiu a Constituição de 1919, a qual, posteriormente, serviu de modelo a várias Constituições ao redor do mundo, inclusive a brasileira, de 1934.

Importante destacar que:

A República de Weimar inaugurou uma fase inédita de estruturação constitucional do Estado alemão, com papel mais ativo no desenvolvimento social, na construção de uma sociedade com justiça social pela efetivação dos Direitos Sociais formalizados na Constituição de Weimar, de 11 de agosto de 1919 – o *Sozialstaat* ou Estado Social de Direito. A ordem econômica e social criada pela nascente República alemã serviu de modelo para alguns Estados no período imediatamente posterior à Primeira Guerra Mundial. No Brasil, por exemplo, intenso foi o debate sobre as conquistas sociais e constitucionais de Weimar, tendo a Carta Magna de 1934 sofrido forte influência do recém-criado modelo social alemão [...] Esta Constituição brasileira praticamente assimilou os idealizados avanços da nova ordem social alemã, mas apenas em seu aspecto jurídico-formal. Padeceu, contudo, por não contextualizar muitos dos seus ideais à realidade material brasileira.⁷³ (grifo do autor).

Além disso, a crise da bolsa de Nova York, ocorrida em 1929 (que acarretou o desmoronamento do setor cafeeiro e, conseqüentemente, dos mecanismos de sua defesa), que resultou na agonia do sistema político da República Velha, a expressão no Brasil, crescendo, portanto, o anseio por novos métodos de organização política e social.

⁷² SILVA, Américo Luís Martins. **A ordem constitucional econômica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p. 6.

⁷³ GUEDES, Marco Aurelio. **Estado e ordem econômica e social: A experiência constitucional da República de Weimar e a Constituição brasileira de 1934**, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 2.

A Constituição de 1934 trata da justiça social e da necessidade de se possibilitar, a todos, uma existência digna, sendo que a ordem econômica deve seguir essas determinações. Percebe-se que o Liberalismo acaba por perder sua força, em face, primordialmente, da intervenção do Estado na ordem econômica. Como exemplo, pode-se citar os Arts. 115 e 121, da referida Constituição Federal, os quais dispõem:

Art. 115. A ordem econômica deve ser organizada conforme os **princípios da justiça** e as necessidades da vida nacional, de modo que **possibilite a todos existência digna**. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

Parágrafo único. Os poderes públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões do país.

[...]

Art. 121. A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as **condições de trabalho**, na cidade e nos campos, tendo em vista a **proteção social do trabalhador** e os interesses econômicos do país.⁷⁴ (grifo nosso).

Ainda é mantido o caráter liberal, como se verifica pela análise da referida Constituição, já que continua preservando o direito à propriedade, todavia, com limitações impostas, voltadas para o social. A Lei Máxima de 1934 já estabelecia a dignidade da pessoa humana como finalidade a ser alcançada, já que, consoante estabelecido nos artigos acima transcritos, determina que a ordem econômica deve ser ordenada segundo os princípios da justiça e em conformidade com as necessidades nacionais, de forma a permitir a todos uma existência digna, em toda sua plenitude, promovendo para tanto, entre outras coisas, melhores condições de trabalho, visando a proteção social do trabalho e os interesses econômicos brasileiros.

A Constituição de 1934 teve uma vigência muito curta, em face do golpe de governo, sofrido pelo País, golpe este que teve a frente Getúlio Vargas. A Carta Constitucional de 1937 era centralizadora, sendo que o Poder Executivo reunia não apenas as suas funções usuais, como, também, a maioria das funções desempenhadas por outros órgãos.

A Carta de 1937 guardava apenas o aspecto de um Estado Democrático de Direito, mas, a realidade era totalmente diferente, já que na mesma não foram agasalhados, por exemplo, os princípios da legalidade, da irretroatividade da lei, entre outros. De outro modo, tem-se o surgimento de outros preceitos (os quais não encontravam guarida na CF de 1934), como a pena de morte para os crimes políticos e para os homicídios cometidos por motivo

⁷⁴ BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1934.

fútil e com extremos de perversidade. O direito de manifestação de pensamento foi limitado pela censura prévia da imprensa, teatro, cinema e radiodifusão, tendo a autoridade competente a possibilidade de proibir a circulação, a difusão ou a representação.

Esta Carta foi chamada de “Constituição polaca”, em virtude de ter sido inúmeras vezes comparada com a Constituição polonesa de 1935. Foi repudiada por todos os segmentos políticos, que a consideravam fascista. Era exageradamente nacionalista, tendo ampliado o leque de possibilidades de intervenção do Estado na Economia. Aliás, pela primeira vez a expressão “intervenção do Estado no domínio econômico” aparece em uma Lei Magna, como se verifica pelo Art. 135, o qual dispunha:

Art. 135 – Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A **intervenção do Estado no domínio econômico** só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores de produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado.

A **intervenção no domínio econômico** poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma de controle, do estímulo ou da gestão direta.⁷⁵ (grifo nosso).

Além disso, cabe aqui mencionar que a Carta de 1937, no campo econômico, foi elaborada com base na busca de um Estado que pudesse suprir a atividade privada, visando sustentar o próprio sistema econômico que se verifica incipiente, já que as indústrias brasileiras da época não possuíam capitais e técnicas suficientes para solucionar as questões econômicas encontradas naquele período.

Em 1º de fevereiro de 1946 foi inaugurada uma nova Assembléia Constituinte, para elaboração de uma nova Lei Máxima, em face de que a era Getúlio Vargas havia se encerrado, com a deposição do mesmo, por intermédio de um golpe militar, que o retirou do poder, sendo substituído pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal. Na data de 19 de setembro de 1946 foi promulgada a Constituição, a qual trazia um texto muito menos repressor que o anterior.

Acerca do momento histórico em que se encontra o Brasil e, o mundo, bem como da evolução política e econômica, Washington Peluso Albino de Souza assim se manifesta:

⁷⁵ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1937.

Após a experiência das duas Grandes Guerras, conclui-se que a política econômica exigiu do estado a participação em um novo tipo de relação jurídica, diferente daquela que se caracterizava nos demais ramos do Direito. De simples mantenedor da ordem e da justiça, ocupado em administrar-se, exerce funções diretas na vida econômica nacional. E, se a história oferecia o exemplo do Mercantilismo, entre outros, que lhe dava as bases desta nova situação, as conquistas tecnológicas atuais, somadas ao crescimento do poderio econômico privado, configuravam um quadro bastante diverso daquele.⁷⁶

A Constituição de 1946 contemplava a ordem econômica e social, no Título V, pautando referida ordem, nos ditames da justiça social, ou seja, verifica-se a ocorrência embrionária da tentativa de conciliação entre a livre iniciativa, com os valores sociais, como a valorização do trabalho humana, a própria justiça social e a dignidade da pessoa humana.

Além disso, a Constituição de 1946 optou por manter os preceitos contidos na Constituição de 1934, no tocante aos valores sociais trazidos da Constituição alemã de 1919, a Constituição de Weimar, sendo que, todavia, o fez de forma a adaptar os preceitos “importados” da Constituição alemã, para a realidade nacional, ajustando-os de forma a melhor desempenhar seu papel no cenário brasileiro.

O Art. 145 do Texto Constitucional de 1946 estabelecia que:

A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.
Parágrafo único. A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social.⁷⁷

Verifica-se que o citado artigo demonstra que, já no Texto Constitucional de 1946 havia a preocupação com a dignidade da pessoa humana (como também se constata na CF de 1934), vislumbrando-se tal fato na obrigatoriedade de que a ordem econômica deveria ser organizada, em conformidade com os preceitos da justiça social, compatibilizando a liberdade (livre iniciativa, portanto), com a valorização do trabalho humano, o qual estaria regulado em virtude de propiciar uma existência digna, pautada na própria dignidade da pessoa humana.

⁷⁶ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Direito econômico**. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 282.

⁷⁷ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1946.

Os anos 60 marcaram de forma profunda o cenário político nacional, portanto, faz-se necessário, trazer à baila, um retrospecto histórico, do momento da imposição da Carta de 1967, bem como do que a antecedeu.

Ainda estava em vigor a Carta Mater de 1946, quando, em 2.9.1961, a Emenda Constitucional nº 4 instituiu o sistema de governo parlamentar, com o propósito de restringir os poderes do Presidente da República. Entretanto, esta mudança não foi bem acolhida pela população, sendo posteriormente revogada em 23.1.1963, por meio da Emenda Constitucional nº 6, retornando a tradicional forma de governo presidencialista.

Os militares, já ansiosos para deflagrar o golpe de Estado, aproveitaram-se dos acontecimentos políticos que vinham acontecendo no país e forjaram uma instabilidade política, com o intuito de tomarem o poder via força bruta. Assim procedendo, em 31 de março de 1964 as Forças Armadas destituíram João Goulart da Presidência da República e iniciaram uma vertiginosa escalada ditatorial.

As forças armadas passaram a editar uma série de Atos Institucionais – todos inconstitucionais – restringindo os direitos políticos e aumentando formas de repressão. Os Atos Institucionais, muitos deste dos próprios punhos dos generais, eram implementados sem obedecer aos mínimos princípios constitucionais e jurídicos.⁷⁸

Para Américo Luís Martins da Silva, o Texto de 1967, prevê a intervenção do Estado no domínio econômico, de modo a se opor à iniciativa privada, o que, pode significar um retrocesso, nos termos da nova configuração da Democracia, em especial com o parâmetro deixado pela Constituição anterior, de 1946.⁷⁹

Já, a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, apesar de considerada como uma nova Carta manteve a idéia de unidade, apesar das modificações na forma de governo e de Estado, pelos quais estava passando o país.

Tal como vinha ocorrendo desde 1934, o legislador da Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969, fez inserir em seu texto um título sob a denominação “Da ordem econômica e social, relativo ao modo pelo qual o Estado deveria intervir na economia e à posição do indivíduo em diversas dimensões sociais de relevo, inclusive no que diz respeito às relações entre o capital e o trabalho. [...] dá real importância a livre empresa e a limitada intervenção do Estado na economia privada, bem como declara que a ordem econômica deve ter por finalidade fundamental a realização do desenvolvimento nacional e a justiça social,

⁷⁸ BARBOSA, Erivaldo Moreira. **Direito Constitucional:** uma abordagem histórico-crítica. São Paulo: Madras, 2003, p. 91.

⁷⁹ SILVA, Américo Luís Martins. **A ordem constitucional econômica.** 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 40.

observando-se os seguintes princípios constitucionais: liberdade de iniciativa, valorização do trabalho como condição da dignidade humana, função social da propriedade, harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção, repressão ao abuso do poder econômico, expansão das oportunidades de emprego produtivo.⁸⁰

Assim, percebe-se que os traços da ordem econômica e financeira retratados na Constituição da República de 1988 já apareciam na Emenda Constitucional nº 1, de 1969, dando-se prevalência, ali também, pelo menos formalmente, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

É claro que, em face da ditadura militar, que vinha ocorrendo nesse período, os princípios esculpidos naquela Carta Magna não foram efetivamente aplicados, mas, naquele momento os princípios, tanto do desenvolvimento nacional, quanto da justiça social deixaram de ser meramente informadores, para ser finalidade precípua da própria ordem econômica e social. Além disso, “a Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969, adotou o *princípio da subsidiariedade* em relação a autorização da intervenção estatal na economia, ou seja, admitiu ela que a intervenção estatal deveria ser efetuado de modo subsidiário.”⁸¹ (grifo do autor).

As Constituições aqui retratadas demonstram a evolução da ordem econômica no Brasil, sendo que todas elas contribuíram para a promulgação da Constituição de 1988, já que auxiliaram na construção da atual ordem econômica, nos moldes hoje retratados.

3.2 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em outubro de 1988, trouxe, em seu Título VII, “Da Ordem Econômica e Financeira”, estabelecendo o norte a ser seguido, em relação aos princípios básicos do direito econômico, pois como bem elucida o doutrinador Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “a democracia não pode desenvolver-se a

⁸⁰ Idem, p. 41.

⁸¹ SILVA, Américo Luís Martins. **A ordem constitucional econômica**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.42.

menos que a organização econômica lhe seja propícia”⁸² e, a Democracia, encontra-se como valor absoluto dentro da referida Constituição, valor este que tem que ser observado de forma plena por todos, Estado e indivíduos.

É importante, para que ocorra a plenitude da Democracia em um Estado, que haja uma organização econômica, devidamente regulamentada, que possa dar efetividade às garantias fundamentais do ser humano, garantias estas reconhecidas pela própria Constituição. E, com tal visão, o Poder Constituinte de 1988, mais uma vez, incorporou a ordem econômica como preceito a ser regido pela Lei Maior, introduzindo-a em capítulo próprio.

O pensamento de Champaud, citado por João Bosco Leopoldino da Fonseca expressa a importância do Direito econômico, corroborando assim com o merecido destaque dado pela Constituição.

Se o Estado desempenha um papel primordial na constituição e na vida das grandes unidades de produção e distribuição de massa, o Direito Econômico é essencialmente composto de regras que regem as relações do Estado e de suas unidades. Ele aparece então como um *Direito Público*. Se sua criação e sua animação é, no essencial, deixada à iniciativa privada, o Direito Econômico é quase exclusivamente formado de regras que regem relações entre particulares. Apresenta-se então com *um Direito Privado*.

[...]

Na realidade, mais que uma disciplina, o *Direito Econômico é uma ordem jurídica* decorrente das normas e das necessidades de uma civilização ainda em via de formação.⁸³ (grifo do autor).

Todavia, a presença do Direito econômico em uma Constituição brasileira não é privilégio da Constituição de 1988, já que desde a Constituição da República de 1934, como retratado anteriormente, o mesmo se faz presente, de forma constitucionalizada, sendo que “o que se extrai da leitura despida de senso crítico, dos textos constitucionais, é a indicação de que o capitalismo se transforma na medida em que assume novo caráter, *social*.⁸⁴ (grifo do autor). Além disso, desde a época do Brasil-Colônia já existia a preocupação de se tratar de algumas questões econômicas, ou até mesmo de alguma espécie (ainda que de forma tímida)

⁸² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 339.

⁸³ CHAMPAUD, Claude. **Contribuition à ladéfinitionduDroitéconomique**: II Diritto dell'economia – rivistadi doutrina e digiurisprudenza, Milano, vol. 13, nº 2, 1967, p. 141/154, *apud*, FONSECA, João Bosco da. **Direito econômico**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 13-14.

⁸⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 56-57.

de intervenção estatal, na área econômica, dentro da Lei Maior, como se verifica no item anterior.

Mas, foi a partir do término da 1ª Grande Guerra, num fenômeno mundial, que o constitucionalismo assumiu uma feição diferenciada, perdendo a vinculação com o liberalismo. As Constituições passaram, então, a marcar o advento do constitucionalismo social, não focalizando apenas o indivíduo em abstrato, mas também, como parte integrante da sociedade. Houve a consagração dos direitos sociais, via declarações expressas, nos Textos Constitucionais, tendo o constitucionalismo se enquadrado em novos moldes, dos quais não mais se dissociou.⁸⁵

A Constituição da República de 1988, seguindo a tendência do mundo, hoje globalizado, trouxe o Direito econômico, em seu bojo, procurando primar pelo social, estabelecendo regras e limites à ordem econômica, com fins de resguardar o ser humano, dando-lhe oportunidade de uma vida digna, primando pelo trabalho, justiça social, defesa do consumidor, do meio ambiente (protegendo as gerações presentes e futuras), redução das desigualdades regionais e sociais e, limitando o direito à propriedade, exigindo que a mesma cumpra sua função social, como preceitua o Art. 170:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I- soberania nacional;
- II- propriedade privada;
- III- função social da propriedade;
- IV- livre concorrência;
- V- defesa do consumidor;
- VI- defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
- VII- redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII- busca do pleno emprego;
- IX- tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede e administração no País;

REVOGAÇÃO EXPRESSA (Leis Complementares 95/98 e 107/2001)

Qual o efeito da revogação?

Afeta a lei ou seu conteúdo?

Exemplo da sentença de procedência em ação direta de inconstitucionalidade, (caso do salário mínimo).

⁸⁵SILVA, Américo Luís Martins. **A ordem constitucional econômica**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 6.

Recepção e não recepção de leis

REPRISTINAÇÃO

Conceito

Expressa e tácita

Em outra oportunidade, o mesmo autor trata das finalidades da ordem econômica, tendo constatado que a existência digna e a justiça social são os objetivos primordiais dessa ordem, a serem atingidos por intermédio da implementação dos ditames constitucionais, justificando, assim, a intervenção do Estado no domínio econômico.

Esta intervenção na Economia, para garantia do social, é reflexo do aprimoramento do Estado que, de Liberal (com pouca ou nenhuma intervenção na Economia) evoluiu, transformando-se em Estado do bem-estar-social (intervindo na Economia para a garantia de manutenção dos direitos trazidos pela Constituição). E, esse Estado garante a livre iniciativa e a livre concorrência (permitindo o desenvolvimento e enriquecimento do setor privado e, fortalecimento do Capitalismo), mas o faz desde que a iniciativa privada siga os princípios determinados pela Constituição Federal (o Estado intervindo, portanto, no privado, para garantia da coletividade, do social). Princípios estes estabelecidos no corpo da Constituição da República de 1988, merecendo destaque os outrora citados e encontrados no Art. 170, com o objetivo de que o indivíduo possa ter garantida a observância dos direitos que lhe foram concedidos pela própria Constituição.

Interessante lição acerca do tema traz Américo Luiz Martins da Silva ao expor que:

Vale lembrar que os *Estados sócios-liberais*, como o nosso, quanto reconheçam e assegurem a propriedade privada e a livre empresa, condicionam o uso dessa mesma propriedade e o exercício das atividades econômicas voltadas ao *bem-estar social*. Portanto, há limites para uso e gozo dos bens e riquezas particulares e, quando o interesse público o exige, intervém na propriedade privada e na ordem econômica, através de atos de império tendentes a satisfazer as exigências coletivas e a reprimir a conduta anti-social da iniciativa particular.

Como vimos, modernamente, o ‘Estado de Direito’ aprimorou-se no ‘Estado do Bem-Estar’, em busca de melhoria das condições sociais da comunidade. Não é o ‘Estado Liberal’, que se omite ante a conduta individual, nem o ‘Estado Socialista’, que suprime a iniciativa particular. É o *Estado orientador e planejador da conduta individual* no sentido do *bem-estar social*. (grifo do autor).⁸⁶

⁸⁶ SILVA, Américo Luís Martins. **A ordem constitucional econômica**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 55.

O reflexo desse Estado, que deixa de ser mínimo (que pouco, ou nada, intervém na Economia) e passa a ser regulador (intervindo quando necessário), resulta em uma Constituição que permite a obtenção de lucro (modelo de uma sociedade capitalista), desde que não haja violação dos princípios garantidos pela referida Lei Maior, já que o Estado intervêm, somente quando for necessário, no sentido de que permite a livre concorrência e a livre iniciativa, desde que não infrinja os preceitos regidos pela Constituição.

Para que se verifique a ocorrência deste fenômeno, a norma constitucional deve ser interpretada de forma sistemática (como exposto anteriormente), ou seja, deve-se verificar todo o texto normativo da Constituição, para aplicação efetiva da norma, sob pena de se cometer abusos contra a Constituição Federal, motivo pelo qual não se pode afirmar que a garantia da livre iniciativa é plena, posto que a mesma deve obedecer todos os preceitos determinados pela Lei Maior, no sentido de que há sim garantia da ordem econômica; há sim, garantia da livre iniciativa, desde de que estas não interfiram nas demais garantias expressas, desde que não infrinjam a dignidade da pessoa humana e tudo aquilo que dela decorre, como o direito à vida, o primado do trabalho, o ambiente, o direito do consumidor etc.

Contribuição importante traz Eros Roberto Grau ao afirmar que:

Em síntese: a interpretação do direito tem caráter constitutivo – não pois meramente declaratório – e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e dos fatos atinentes a um determinado caso, de normas jurídicas a serem ponderadas para a solução desse caso, mediante a definição de uma norma de decisão. Interpretar/aplicar é dar concreção [= concretizar] ao direito. Neste sentido, a interpretação/aplicação opera a inserção do direito na realidade; opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção na vida.⁸⁷

Diante disso, tem-se que, apesar da ordem econômica ter sido privilegiada dentro da Constituição da República, não significa que a mesma reina absoluta, já que a interpretação e aplicação efetiva da norma, emanada do ordenamento jurídico brasileiro, dentro da realidade, devem obedecer a certos requisitos, como outrora mencionado.

⁸⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988.** 9. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 147.

O Art. 170 da Constituição da República ainda estabelece os princípios gerais da ordem econômica, trazendo garantias para a mesma, como a liberdade de iniciativa do setor privado, mas disciplinando, também, limites a serem seguidos, tendo em vista alguns valores, tidos como absolutos, na própria Constituição, como o é a dignidade da pessoa humana. Deve, também, a ordem econômica se balizar por outros princípios constitucionais, como, o primado do trabalho, na garantia de uma subsistência do cidadão (garantindo-lhe emprego), de forma digna (garantia de um mínimo para a sua sobrevivência digna – como se encontra em vários artigos da Constituição Federal – como a garantia de saúde, habitação, lazer, educação etc.).

Rizzato Nunes, em sua obra “Curso de direito do consumidor”, bem esclarece estas limitações, ao escrever que:

Ora, a Constituição Federal garante a livre iniciativa? Sim. Estabelece garantia à propriedade privada? Sim. Significa isso que, sendo proprietário, qualquer um pode ir ao mercado de consumo praticar a ‘iniciativa privada’ sem nenhuma preocupação de ordem ética no sentido de responsabilidade social? Pode qualquer um dispor de seus bens de forma destrutiva para si e para os demais partícipes do mercado? A resposta a essas duas questões é não.

Os demais princípios e normas colocam limites – aliás, bastante claros – à exploração do mercado.⁸⁸

Desta maneira, percebe-se que a Constituição limita, objetivando o bem comum, a iniciativa privada, restringindo dessa forma o próprio regime capitalista, na tentativa de dar melhores condições de vida a todos os indivíduos, garantindo-lhes uma existência digna.

O interesse coletivo, pelos valores constitucionais, está acima do interesse privado, passando a prevalecer (quando há conflito entre as normas), como disciplinado pela Constituição da República de 1988, os princípios que norteiam a pessoa humana (e sua dignidade), sendo estes, o primado do trabalho, na dignidade, a preservação e conservação do ambiente, o direito do consumidor, dentre outros. Assim, a Constituição, apesar de resguardar, também os interesses privados, como, por exemplo, o interesse das empresas de iniciativa privada, não permite que estes prejudiquem os demais princípios constitucionais, servindo os mesmos de barreira aos primeiros, na medida em que a iniciativa privada tem o direito à livre iniciativa e à livre concorrência, não podendo, todavia, colidir, por exemplo, e, especialmente, com a dignidade da pessoa humana e, da mesma forma, não podendo infringir o direito

⁸⁸ NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 55.

ambiental, direito do consumidor etc., devendo, ainda, utilizar a propriedade privada de forma a cumprir o seu papel social.

A Constituição da República, apesar de resguardar a livre iniciativa, portanto (assegurando, assim, a manutenção do Capitalismo, no sentido que permite que as empresas possam obter lucro em seus negócios), impõe limites, estes trazidos na própria Constituição, os quais asseguram que a empresa pode trabalhar livremente, desde que não prejudique a dignidade da pessoa humana, o primado do trabalho, o ambiente, o direito do consumidor, entre outros. Portanto, tais limitações funcionam como parâmetros à livre iniciativa, não permitindo que esta prejudique princípios e valores estabelecidos na ordem jurídica brasileira, em especial, na Constituição da República de 1988.

3.2.1 Os objetivos e fundamentos formadores da ordem econômica na Constituição da República de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece, nos Arts. 3º e 4º os objetivos fundamentais da ordem constitucional, sendo eles:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I- construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.⁸⁹

Veja-se que a República brasileira objetiva a construção de uma sociedade livre, justa, solidária e igualitária, pois com a igualdade conseguirá obter a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais, além de conseguir a promoção do bem para todos. E, ao alcançar esses pontos conseguirá obter uma dignidade plena para todos os indivíduos.

Pela leitura do Art. 170, verifica-se, também, como fundamento e objetivo da República, a própria ordem econômica, em especial, os princípios limitadores da ordem econômica, dispostos no referido artigo.

⁸⁹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

Para Celso Ribeiro Bastos:

Uma observação genérica sobre a disciplinação jurídica da ordem econômica no Texto Constitucional aponta para os seguintes fatos. Em primeiro lugar, há uma definição muito clara dos princípios fundamentais que a regem, quais sejam liberdade de iniciativa, propriedade privada, regime de mercado etc. Existe, portanto, uma intenção bastante nítida, de limitar a presença econômica do Estado. Há uma clara definição pelo sistema capitalista, do ponto de vista principiológico. [...] Afigura-se, portanto, alentador o quadro oferecido pela Constituição de 1988, no que diz respeito aos princípios adotados na seara econômica.⁹⁰

Destarte, imperativo analisar o Art. 170 da Constituição Federal de 1988, que traz, no seu interior, os objetivos e fundamentos formadores da ordem econômica.

3.2.2 A intervenção na ordem econômica: análise do Art. 170 da Constituição da República

A Constituição brasileira, em seu Art. 170, estabelece os fundamentos da ordem econômica, assim como os princípios gerais da atividade econômica, princípios estes que servem de limites fixados, pelo legislador constitucional à livre iniciativa e, portanto, ao próprio mercado, com fins de que o mercado se desenvolva, levando em conta os ditames estabelecidos pela Lei Máxima, em especial, os da dignidade da pessoa humana e da justiça social.

Passa-se a analisar todo o Art. 170 da Constituição, verificando-se os fundamentos e princípios que norteiam referido artigo, servindo de parâmetro limitador para toda a ordem econômica e financeira.

3.2.2.1 A dignidade da pessoa humana como fundamento inspirador da ordem econômica constitucional

⁹⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito econômico**. São Paulo: Celso Bastos, 2004, p. 112-113.

A Constituição da República do Brasil trouxe, como valor fundante, o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo, portanto, princípio regulador da própria ordem econômica (aliás, de toda a ordem jurídica). Assim, a ordem econômica apresenta-se como livre – em decorrência da livre iniciativa, assegurada, também, pelo Art. 170 -, devendo, todavia, ter como paradigma, como norte a ser seguido, a dignidade da pessoa humana, o que levará à obediência e, portanto, à observância, dos demais princípios ali estabelecidos.

João Bosco Leopoldino da Fonseca enfoca a norma jurídico-econômica e o princípio da dignidade da pessoa humana, apontando que a direção dada por uma política econômica não deve perder o foco de que o Direito é uma criação do homem, não sendo, todavia, uma criação livre, arbitrária; havendo, sempre (ou devendo existir) a necessidade de uma mútua influência entre o dado econômico e o ideal vislumbrado pelo Direito. Além disso, o Texto Constitucional, ao colocar a dignidade da pessoa humana como fundamento, consoante consta no Art. 1º, III, da Constituição, não significa que fez constar algo eminentemente abstrato, mas, sim, a algo concreto, até porque, “não existe política econômica alheia às exigências de respeito e de concretização da dignidade humana. Os direitos sociais devem figurar de forma primacial neste quadro de exigências.”⁹¹

Além disso, “o fim último da atividade econômica é a satisfação das necessidades da coletividade”⁹² e, ao elevar a dignidade da pessoa humana à título de fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, a Constituição a está colocando como uma das mais importantes (se não a mais) necessidades a serem supridas, não só pela ordem econômica, mas por todo o sistema jurídico brasileiro.

A finalidade precípua da ordem econômica constitucional é assegurar à todos uma existência digna e, para isso, necessário se faz que a vida econômica seja organizada em consonância com os princípios da justiça. Portanto, a dignidade da pessoa humana pode e, deve, ser considerada como fundamento inspirador de toda a ordem econômica.

A dignidade da pessoa humana será analisada, de forma mais detida, no capítulo subsequente.

⁹¹ FONSECA, João Bosco Leopoldinoda.**Direito econômico**. 5. ed., rev., atual., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 69.

⁹² BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito econômico**. São Paulo: Celso Bastos, 2004, p. 127.

3.2.2.2 A valorização do trabalho humano

Erivaldo Moreira Barbosa aponta que o trabalho na Antigüidade não era considerado digno, sendo desempenhado pelos menos favorecidos, já que os nobres não deveriam se envolver em atividades consideradas tão baixas. Somente no período Medieval esse conceito sofreu modificações, em face do Cristianismo, passando a ser vislumbrado como “um vetor contributivo da dignidade.”⁹³

Desde a Constituição de 1934 se verifica, de forma mais efetiva, o interesse pelo social, trazendo referida Constituição, princípios fundamentais relativos ao Direito do trabalho.

A Carta Constitucional de 1967, alterada pela Emenda nº 1, de 1969, em seu Art. 160, II, já previa a valorização do trabalho humano como condição da dignidade humana, já incorporando, neste momento, um valor social ao trabalho humano.

Celso Ribeiro Bastos entende que “o Texto Constitucional refere-se à valorização do trabalho humano no sentido também material que a expressão possui. É dizer, o trabalho deve fazer jus a uma contrapartida monetária que o torne materialmente digno.”⁹⁴ Além disso, referido autor aponta que o trabalho deve receber a dignificação da sociedade, por servir de instrumento de concretização da própria dignidade, pois não há como obter dignidade plena se não há condições mínimas de subsistência. E, a valorização do trabalho passa justamente por isso, pois ao dar melhores condições e oportunidades de trabalho ao indivíduo, fornece subsídios para que o mesmo atinja a dignidade, que lhe é assegurada, em toda a sua plenitude, pela Constituição Federal.

3.2.2.3 A livre iniciativa

A livre iniciativa, símbolo máximo do liberalismo (liberdade acima de tudo) deixa de ser ampla e irrestrita, como outrora, para ser elemento balizado por outros princípios

⁹³ BARBOSA, Erivaldo Moreira. **Direito constitucional:** uma abordagem histórico-crítica. São Paulo: Madras, 2003, p. 205.

⁹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito econômico.** São Paulo: Celso Bastos, 2004, p. 113.

constitucionais, já que é permitida a livre iniciativa, desde que observados os demais fundamentos e princípios dispostos na Constituição Federal, em especial, os do Art. 170 da Lei Máxima.

Desde a Carta Imperial de 1824, que o constitucionalismo brasileiro adota o princípio da livre iniciativa, o fazendo, é claro, de forma diferenciada em cada um dos Textos, até porque houve uma mudança, no decorrer da História, do modelo econômico, refletindo-se, assim, no próprio modelo estatal.

A liberdade de iniciativa, na concepção liberal:

[...] é uma expressão ou manifestação no campo econômico da doutrina favorável à liberdade. O liberalismo vem a ser um conjunto de ideais, ou concepções, com uma visão mais ampla, abrangendo o homem e os fundamentos da sociedade, tendo por objetivo o pleno desfrute da igualdade e das liberdades individuais frente ao Estado. A liberdade de iniciativa consagra-se tão-somente a liberdade de lançar-se à atividade econômica sem encontrar peias ou restrições do Estado, que, por sua vez, constitui uma das expressões fundamentais da liberdade humana.⁹⁵

No modelo estatal dos dias de hoje não se admite a liberdade de iniciativa de forma plena, em face dos preceitos constitucionais. Até mesmo o Direito contratual, exemplo maior da liberdade de iniciativa (refletida na liberdade de contratar), sofre alterações, para se ajustar ao momento atual, onde a liberdade de iniciativa só pode persistir se estiver delimitada pelos demais preceitos constitucionais.

O contrato, sob aquele enfoque, âmbito maior do ranço clássico do patrimonialismo, e seu princípio nuclear (liberdade contratual) não saem ilesos, pois o princípio da liberdade e da livre iniciativa jamais podem ser colocados à margem da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, visto que a liberdade é encarada enquanto princípio fundamental da ordem econômica, perseguidora do desenvolvimento da personalidade humana.⁹⁶

A Constituição de 1988 só possibilita a livre iniciativa enquanto funcionalizada pela justiça social e, também, e especialmente, pela dignidade da pessoa humana, sendo que, portanto, a livre iniciativa somente será permitida se observados os limites impostos pelo Texto Constitucional.

⁹⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito econômico**. São Paulo: Celso Bastos, 2004, p. 115.

⁹⁶ NALIN, Paulo. **Do contrato**: Conceito pós-moderno – Em busca de sua formulação na perspectiva Civil-Constitucional. Pensamento Jurídico – Vol. II, Curitiba: Juruá, 2001, p.87.

A realidade atual não mais se coaduna com a possibilidade de existência de uma livre iniciativa sem freios, sem limites que a segurem. Assim, a regra é que está assegurada a livre iniciativa, mas desde que esta não infrinja os limites estabelecidos pela Constituição Federal, neste caso, os princípios ali assegurados.

Celso Ribeiro Bastos lembra que “A nossa Constituição trata da livre iniciativa logo no seu art. 1º., inc. IV [...]. Ela é, portanto, um dos fins da nossa estrutura política, em outras palavras, um dos fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito.”⁹⁷, mas, nem por isso deixa de estar vinculada à obediência aos demais preceitos constitucionais (em especial, ao princípio da dignidade da pessoa humana, do qual termina por decorrer os demais princípios).

Os contornos impostos à livre iniciativa se justificam em face da necessidade imperiosa de se garantir a realização da justiça social e do bem-estar coletivo, visando atingir a plenitude da dignidade da pessoa humana.

3.2.2.4 A Justiça social

De grande importância o tema da justiça social, todavia, não é algo novo, já que, conforme demonstra a História, essa preocupação sempre foi uma constante, como bem salienta Erivaldo Moreira Barbosa:

A justiça social também vem nesse direcionamento secular, tendo em vista que, na Idade Média, já começara sua germinação. Entretanto, a justiça social só veio a ser veículo de crítica quando apontou a exploração sofrida pelo trabalhador, por meio do capitalismo liberal. Neste caminhar, as críticas pronunciadas pelo socialismo e ⁹⁸ pela Igreja Católica começaram a ganhar força no cenário internacional.

A justiça social acaba por reforçar a idéia da própria dignidade da pessoa humana, já que se obterá a plenitude da dignidade, quando houver a efetividade da justiça social, já que esta consiste “na possibilidade de todos contarem com o mínimo para satisfazerem às suas necessidades fundamentais, tanto físicas quanto espirituais, morais e artísticas.”⁹⁹

⁹⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito econômico**. São Paulo: Celso Bastos, 2004, p. 121.

⁹⁸ BARBOSA, Erivaldo Moreira. **Direito constitucional**: uma abordagem histórico-crítica. São Paulo: Madras, 2003, p. 205.

⁹⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito econômico**. São Paulo: Celso Bastos, 2004, p. 128-129.

João Bosco Leopoldino da Fonseca, na obra “Direito econômico” traz o pensamento do Papa Leão XIII, na Encíclica *Rerum Novarum* acerca da justiça social e da própria Economia:

O Papa Leão XXIII publicou sua famosa Encíclica *Rerum Novarum* sobre a ‘questão operária’ e sobre a ‘economia social’. Leão XXIII situa a solução dos graves problemas sociais dentro dos parâmetros de uma justiça social. Lembra que o Estado pode melhorar a sorte das classes operárias, removendo a tempo as causas de que se prevê que hão de nascer os conflitos, editando leis sobre a jornada de trabalho, sobre a salubridade, sobre salário justo.¹⁰⁰ (grifo do autor).

LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL

Outro princípio abarcado pela ordem econômica é o da busca pelo pleno emprego. Todavia, a efetividade do inciso VIII, do Art. 170 da Constituição Federal, é bastante preocupante, já que o desemprego é um dos grandes males que assola um país continental, como é o Brasil:

O inciso VIII refere-se ao ‘pleno emprego’, que fora insculpido no art. 170, mas, na concretude dos acontecimentos, vem sendo considerado quase como uma utopia. Afirmamos isto por causa da crescente onda de desemprego que vem assolando nosso País, em parte por questões relacionadas à automação capitalista via robótica e informatização; em parte, por fatores impostos pela nova ordem mundial e, em grande parte, por medidas internas de uma política econômica inconsistente, que, ao invés de priorizar as reais necessidades da sociedade, beneficia exclusivamente o grande capital privatista.¹⁰¹ (grifo do autor).

Da mesma forma, Celso Ribeiro Bastos, aponta que a redação atual do Texto Constitucional é deveras utópica e, praticamente inatingível, diferentemente da Constituição anterior, que tratava do princípio da expansão das oportunidades de emprego produtivo. Além disso, trata-se de política de médio a longo prazo e, não efetivamente, para ser realizada a curto prazo.¹⁰²

É claro que é importante lembrar, como o faz Lafayete Josué Petter, que existe, no Texto Constitucional, a previsão de um direito ao desenvolvimento, sendo a pessoa humana o sujeito central desse direito, sendo, que, por esse motivo, não se poderá tomá-la como simples

¹⁰⁰ FONSECA, João Bosco Leopoldinoda. **Direito econômico**. 5. ed., rev., atual., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 68.

¹⁰¹ BARBOSA, Erivaldo Moreira. **Direito constitucional**: uma abordagem histórico-crítica. São Paulo: Madras, 2003, p. 206.

¹⁰² BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito econômico**. São Paulo: Celso Bastos, 2004, p. 162.

fator de produção. Pelo contrário, haverá a necessidade de se propiciar que o ser humano possa aferir frutos que possibilitem sua existência digna, que é a finalidade da própria ordem econômica e financeira, sendo responsabilidade do Estado a efetiva concretização do desenvolvimento.¹⁰³

3.2.2.13 O tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte

O Art. 170 dispõe que haverá tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País, visando, portanto, a igualdade estabelecida na própria Constituição (é claro que uma igualdade efetiva – material, portanto -, e não apenas uma igualdade formal), tratando de forma igualitária os iguais e diferentemente os desiguais, na medida de suas diferenças, visando, ao final, atingir a igualdade plena.

Para Lafayete Josué Petter, referido princípio se justifica, em decorrência da leitura de todo o Texto Constitucional, bem como dos valores e preceitos ali insculpidos, trazidos do seio da própria sociedade, bem como do ideal de igualdade e justiça.

A economia (sic) deixada a agir tão-somente segundo as livres forças do mercado, tende a situações monopolísticas e oligopolísticas: empresas de grande vulto controlam parcela significativa do mercado, impondo aos concorrentes a dura realidade através do poder econômico que representam. São naturais, então, as dificuldades de criação e desenvolvimento a que pequenas e micro ficam expostas. Neste sentido, a adoção de um tratamento favorecido pode fomentar a sobrevivência dos pequenos, provocando maior presença de agentes econômicos na economia, o que invariavelmente se traduz em benefícios a consumidores e ao próprio mercado em face do estímulo da concorrência.¹⁰⁴

É claro que esse tratamento favorecido não deve ir além do necessário, para que não haja uma desvirtuação do pretendido, acabando por desigualar, sobrepondo as empresas de pequeno porte às demais empresas.

Em outras palavras, o favorecimento que a Constituição autoriza não pode ir além do equilíbrio determinado pelo princípio da igualdade, o que significa dizer que deverá ser

¹⁰³ PETTER, Lafayete Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica:** o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 256-257.

¹⁰⁴ PETTER, Lafayete Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica:** o significado e o alcance do Art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 266.

respeitada a justa medida, indo tão-somente ao ponto necessário para compensar as fraquezas e as inferioridades que as microempresas e as médio porte possam apresentar.¹⁰⁵

Veja-se que a Constituição Federal mais uma vez pretende obter a igualdade material, não se contentando com a formal, exigindo, para tanto, a observância efetiva de seus princípios e fundamentos.

Atingindo a dignidade da pessoa humana, poder-se-á conseguir a efetividade dos demais princípios e valores constitucionais, em face de ser um meta-princípio; o ápice; o vetor constitucional, fazendo com que todos os demais princípios decorram do mesmo.

4. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO LIMITADOR DA ORDEM ECONÔMICA

A Economia é a mola que faz avançar todo o mecanismo social, sendo, portanto, regulada pelo Direito e, por ele balizada. Como externado anteriormente, as normas são preceitos; regras de conduta social, sendo estabelecidas com o propósito de conduzir e regular a própria pessoa humana, em suas incontáveis relações.

E, o ser humano, em suas diversas facetas se relaciona de várias formas, em face de sua natureza eminentemente social, a qual está habituada a viver em sociedade e com ela interagir. Assim, o homem, enquanto gênero liga-se com o mercado econômico de inúmeras maneiras, como consumidor; fornecedor; trabalhador etc. É imperioso, por conseguinte, a proteção do ser humano e de sua dignidade na seara econômica, como também o é, também, nos demais campos sociais.

4.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

¹⁰⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito econômico**. São Paulo: Celso Bastos, 2004, p. 166.

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se assentado em vários artigos, no decorrer de todo Texto Constitucional, demonstrando que o Poder Constituinte, voltado para os valores trazidos do seio da sociedade, já que afinal, o legislador representa o povo, por meio do sufrágio universal, interagindo com essa sociedade, contribui para a constante manutenção do sistema jurídico, aberto e sempre pronto para receber os valores sociais, transformando-os em regras e princípios.

A dignidade da pessoa humana é verificada, primordialmente, a partir de uma necessidade extremada de vislumbrar-se garantida a estabilidade social e a confiabilidade, portanto, nas instituições públicas. Revela-se, dessa forma, como um segmento que orienta na interpretação e efetiva aplicação dos demais direitos e garantias fundamentais.

O tratamento digno do ser humano deixa de ser mero dogma, para tornar-se uma imperiosa regra de observação prática, exigindo-se que o Estado adapte seu aparato à prestação jurisdicional adequada e satisfatória.

4.1.1 Retrospectiva histórica

A Bíblia, no livro de Gênesis, inicia o seu relato evidenciando, na criação do mundo, o surgimento do homem, criado por Deus à sua imagem e semelhança, constituindo, portanto, o apogeu de toda a criação. Verifica-se a importância histórica do ser humano, em face de que naquele momento já se mostra superior às demais criaturas, possuindo, portanto, um valor supremo e único. A Bíblia é um livro Sagrado seguido e, respeitado, por bilhões de pessoas ao redor do mundo, sendo, ainda, um paradigma utilizado pelas maiores religiões, o que demonstra que o homem, por possuir um pouco de Divino, tem sua dignidade assentada desde a sua criação, por sua estreita ligação com o Criador, com o qual firmou uma aliança.

André Ramos Tavares aponta que é no período axial (compreendido entre os séculos VII e II a.C.) que alguns dos maiores pensadores desenvolveram suas idéias; seus pensamentos, destacando-se entre eles: Zaratustra, na Pérsia, Buda, na Índia, Confúcio, na China, Pitágoras, na Grécia e Déutero-Isaías, em Israel. Como embasamento dessa afirmação, transcreve Fábio Konder Comparato, que afirma ser justamente nesse período que o ser humano passa a ser considerado, pela primeira vez, em toda a História, como ser dotado de

liberdade e razão, ressaltando-se a igualdade entre os homens. São lançados, nesse momento, os fundamentos para a apreensão da pessoa humana, bem como para a afirmação da existência de direitos ditos universais, em face de serem a ela inerentes.

Pedro Calmon também faz um retrospecto histórico, lembrando que os atenienses (na época da Grécia antiga – de Platão), apesar de ignorarem o indivíduo, dando total poder à Assembléia do Povo; reservavam certa distinção para os experientes, anciãos dignos e respeitados. Não foi diferente em Roma, onde, apesar de ainda não perfilar a humanidade, reconhecia a “romanidade”, que seria uma espécie de situação de privilégio (onde havia uma separação entre os indivíduos do clã – o indivíduo superior); que não deixava de ser uma forma de humanização.

O Cristianismo, por seu turno, substitui o termo romanidade pelo conceito de humanidade, sendo que, contudo, desprezou a liberdade individual em si - em decorrência de seu pouco valor -, em face da alma, esta sim que é de Deus. O Cristianismo aperfeiçoou teologicamente o “sentido humanista da convivência na sociedade em que a hierarquia e a virtude se ajustavam para organizar o Estado.”¹⁰⁶

Até porque, Jesus Cristo pregava, entre os seus ensinamentos, que os homens deveriam seguir, em especial, dois mandamentos, “Amar a Deus sobre todas as coisas” e “Amar ao próximo como a ti mesmo”, ou seja, coloca, primeiramente, Deus acima de todas as coisas, devendo, sempre, prevalecer a lei divina e, em seguida, coloca o indivíduo em uma categoria acima do próprio Estado, já que o indivíduo foi criado à imagem e semelhança de Deus, merecendo, portanto, atenção especial. Assim, o indivíduo deve ser respeitado e valorizado, em face de sua ligação com o divino. Verifica-se aqui, claramente, a valorização do homem, enquanto ser detentor de direitos; detentor de dignidade.

É somente com o Cristianismo, portanto, que o conceito de pessoa, enquanto categoria espiritual, ou seja, que possui valor em si mesma, como ser de fins absolutos e, conseqüentemente, possuidor de direitos subjetivos ou fundamentais, possuindo, assim, dignidade, é ressaltado, como primórdio do que hoje se conhece; já que os povos antigos não possuíam o conceito de pessoa, como é concebido atualmente.¹⁰⁷

¹⁰⁶ CALMON, Pedro. **Curso de teoria geral do Estado**. 5. ed., rev., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 257-258.

¹⁰⁷ SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 19.

Fernando Ferreira dos Santos destaca que com a proclamação do conceito de pessoa e do valor desta, pelo Cristianismo, acarretou-se a afirmação dos direitos específicos de cada homem, dissociando a figura do homem do próprio Estado:

A proclamação do valor distinto da pessoa humana terá como consequência lógica a afirmação de direitos específicos de cada homem, o reconhecimento de que, na vida social, ele, homem, não se confunde com a vida do Estado, além de provocar um ‘deslocamento do Direito do plano do Estado para o plano do indivíduo, em busca do necessário equilíbrio entre a liberdade e a autoridade.’¹⁰⁸ (grifo do autor).

Assim, tem-se que inicialmente a idéia do indivíduo como valor teve origem no pensamento clássico e na própria ideologia cristã, o que foi sustentado durante toda a Idade Média. É claro que o conceito de dignidade e o próprio conceito de ser humano foi se alterando no decorrer dos séculos, até se obter a concepção atual.

Sobre o tema, Vicente Greco Filho discorre acerca das escolas cristãs, do período medieval, que contribuíram para a construção e divulgação da dignidade humana, citando, inicialmente, a Patrística, como a primeira grande escola, que teve, na pessoa de Santo Agostinho, o seu maior expoente e, que concebia o Estado terreno como forma profundamente imperfeito, podendo ser consagrado, unicamente, por ser a passagem para o Estado divino, a *Civitas Dei*. O direito natural era de outra forma, a “manifestação pura da vontade de Deus à qual os direitos terrenos deveriam submeter-se.” Já, a segunda escola, foi a Escolástica, que, com São Tomás de Aquino, afasta a visão pessimista da realidade humana, buscando, no indivíduo, “a natureza associativa e a potencialidade da constituição de um Estado justo e aceitável.”¹⁰⁹

Para São Tomás de Aquino, a dignidade humana guarda enorme relação com sua concepção de pessoa, sendo que esta nada mais é do que uma qualidade inerente a todo e qualquer ser humano e o elemento que difere o ser humano das demais criaturas é a racionalidade, já que pela racionalidade o ser humano é livre e responsável pelos seus atos¹¹⁰, podendo, portanto, fazer suas escolhas. É claro que nesta fase, o homem era

¹⁰⁸ SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 20.

¹⁰⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 17. ed., atual., São Paulo: Saraiva, 2003, p.19-20.

¹¹⁰ MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: Princípio constitucional fundamental**, 1. ed., 4. tir., Curitiba: Juruá, 2006, p. 24.

visto tão somente em função do divino; de Deus, por ter sido, como dito outrora, criado à Sua imagem e semelhança.

Concomitantemente à doutrina cristã, outros movimentos auxiliaram na construção e desenvolvimento dos direitos individuais (processo esse que foi lento e árduo), decorrendo em um processo evolutivo da própria dignidade da pessoa humana. Destaca-se a Magna Carta e as Constituições de Frederico II de Svevia. Importante, todavia, ressaltar que à época da assinatura da Magna Carta, em 1215, por João Sem Terra, a idéia de liberdade era muito diferente da que é concebida atualmente, já que liberdade então era sinônimo de privilégios. Os barões buscavam privilégios, quando obrigaram o rei a assinar a Magna Carta e não a igualdade entre todos os seres, o que resultaria na dignidade plena de todos. O rei, em face de inúmeras derrotas militares encontrava-se enfraquecido, levando-o a necessidade de apoio de seus súditos, apoio este traduzido, principalmente, em favores pecuniários e militares, sendo que, portanto, houve uma comercialização, já que o soberano concedeu direitos em troca de reforço no poder real.

É claro que, “a idéia de direitos individuais, portanto, ainda não se formara no sentido que se tem hoje, de direito iguais para todos e que contra todos podem ser contrapostos, por via de um poder estatal autônomo, o Judiciário.”¹¹¹ Destaca-se, entretanto, que a Magna Carta é de grande relevância histórica, já que fixa, pela primeira vez princípios mais gerais, como legalidade, além de outros direitos, os quais deveriam ser respeitados pelo soberano, limitando, portanto o poder deste.

Também, na Europa, por volta do século XIII, a maior influência foi da percepção de Estado e organização jurídica de Frederico II da Svevia. Referido soberano, partiu da Sicília, tendo se projetado para a Itália, impondo, leis que deveriam ser respeitadas por todos, independentemente da classe social a que pertenciam, ou seja, se possuíam privilégios ou não. Tudo isso foi imposto por intermédio das chamadas Constituições de Melfi, as quais consagravam, entre outros, princípios que demonstram a tentativa de se alcançar a igualdade entre os membros das mais diversas classes sociais, já que independente de ser nobre ou plebeu, as regras eram as mesmas.

¹¹¹ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 17. ed., atual., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 21.

1)a justiça só poderia ser administrada por tribunais constituídos por magistrados escolhidos pelo rei, não se admitindo tribunais especiais para nobreza e outros para cidadãos comuns; 2) a cidade não poderia eleger magistrados que não tinham sido aceitos pelo soberano, e os crimes, especialmente os de sangue, deveriam ser punidos com a morte, fosse culpado nobre ou plebeu.¹¹²

No período renascentista, por volta de 1486, Pico della Mirandola, em obra revolucionária, intitulada, “Discurso sobre a dignidade do homem”, discorre acerca da dignidade, tendo como pressuposto sua indispensável e, fundamental, possibilidade de escolha. Aqui, o homem é tido como centro do universo (dotado de liberdade), sendo necessário, por conseguinte, ter sua dignidade reconhecida. Consoante o pensamento deste autor, “a temática da dignidade envolve três níveis de inteligibilidade: a razão, a *liberdade humana* e o ser.”¹¹³ (grifo do autor).

Em momento posterior, já na fase do jusnaturalismo, dos séculos XVII e XVIII, procurou-se determinar o conceito de dignidade da pessoa humana, tendo como ponto de partida a visão liberal do Estado (calcado em uma liberdade plena), tendo o ser humano como um fim em si mesmo, logo, como ponto de partida e de chegada, demonstrando uma visão individualista, tese esta que tem Immanuel Kant como um dos maiores expoentes.

ORDENAMENTO BRASILEIRO, A REPRISTINAÇÃO COMO EXCEÇÃO (EXPRESSA)

Para os filósofos jusnaturalistas, todos os homens têm direitos inatos, sendo estes direitos imprescritíveis, irrenunciáveis e, o exercício desses direitos só encontra barreira naquilo que assegura os direitos dos demais indivíduos da sociedade; o direito do indivíduo termina onde começa o direito do outro.

Na obra de Kant se vislumbra a dignidade como valor intrínseco do ser humano, sendo que cada um deve respeitar a si e ao outro como fim e não como meio, já que o homem, por ser racional, é capaz de ser responsável por seus atos, devendo ser responsável pelos mesmos. A dignidade é, assim, um valor interno absoluto.

¹¹² GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 17. ed., atual., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 23.

¹¹³ ZISMAN, Célia Rosenthal. **O princípio da dignidade da pessoa humana: estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 52.

Além da Magna Carta, acima apontada, outros instrumentos demonstraram-se de grande valia para a construção das Constituições modernas, por terem contribuído, de forma contundente, para a evolução e aprimoramento das liberdades públicas, como a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1689), já que a primeira, a Magna Carta, inaugurou a proteção da liberdade pessoal e a segurança da pessoa e de seus bens (assegurando o direito de propriedade), sendo o devido processo legal a garantia de tais direitos fundamentais. Já com o *due process of law*, houve o estabelecimento de regras disciplinadoras para a privação da liberdade e da própria propriedade.¹¹⁴ É claro que os Estatutos apontados não são, apesar da grande contribuição, declarações de direito no sentido moderno, conceitos estes que só irão surgir com a Revolução Francesa e a Americana, ambas ocorridas no século XVIII.

É claro que o processo de aquisição de direitos individuais não foi tarefa fácil, pelo contrário, foi lento e doloroso, já que por muito tempo o Estado, principalmente na figura do soberano, possuía poderes ilimitados, não tendo interesse em dividir esse poder com seus súditos. Isso se confirma pelo fato de que o surgimento desses direitos se deu somente quando os reis da Idade Medieval começaram a firmar pactos (a exemplo da Magna Carta, já mencionada), com o intuito de fortalecimento do próprio poder real.

Pelo acima exposto, verifica-se que a origem do conceito de pessoa como sujeito com valor em si mesmo, logo, dotado de dignidade, passou por três concepções, a saber: o individualismo, o transpersonalismo e o personalismo.

Caracteriza-se o individualismo por ter como cerne da questão o próprio indivíduo, que pensando em si mesmo e cuidando de seus interesses, como consequência, protege e realiza indiretamente os interesses de toda a coletividade.

Em seguida, a fase do transpersonalismo caracterizou-se pelo inverso, haja vista que nela se instituiu a necessidade da realização do bem coletivo, para que estejam seguros os interesses individuais, logo, a dignidade da pessoa humana se verifica no

¹¹⁴ ZISMAN, Célia Rosenthal. **O princípio da dignidade da pessoa humana:** estudos de Direito Constitucional. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p.57.

coletivo, não mais tendo o indivíduo como cerne do referido princípio. Como exemplo, tem-se as concepções socialistas ou coletivistas, principalmente a realizada por Marx.¹¹⁵

E, finalmente, a terceira corrente (a qual permeia o Texto Constitucional brasileiro), denomina-se personalismo, a qual defende a existência da harmonia espontânea entre indivíduo e sociedade, tendo como finalidade a compatibilização dos interesses individuais e coletivos, para que não haja predomínio de nenhum dos interesses, mas o equilíbrio entre os mesmos.

Também é importante ressaltar as dimensões dos Direitos Humanos, os quais retratam a evolução e consagração dos referidos direitos, no decorrer da História. Como bem lembra Norberto Bobbio, os direitos do homem, do ponto de vista teórico, são direitos históricos, ou, de outra forma, nascidos em certas circunstâncias, marcados por lutas, contra poderes dominantes, em prol das liberdades, obtidos gradualmente. Surgindo, esses direitos da necessidade da própria sociedade, no decorrer da História, já que o aumento de poder do homem sobre o homem acaba por criar ameaças à liberdade do indivíduo, sendo que referidas ameaças são enfrentadas com demandas de limitações de poder, exigindo-se que o Poder intervenha de modo protetor.¹¹⁶

Os primeiros direitos a surgir, sendo, portanto, os da primeira dimensão, foram os direitos individuais e políticos, surgidos conjuntamente com o Estado liberal, o qual, com a Revolução Francesa, pretendiam, em oposição à monarquia absolutista, a manutenção de um Estado mínimo, que não interviesse nas relações sociais (em total oposição ao modelo estatal anterior).

André Ramos Tavares aponta que nessa primeira relação de direitos, encontra-se, entre outros, a proteção contra a privação arbitrária da liberdade, a inviolabilidade do domicílio, a liberdade e o segredo de correspondência. Além, é claro, das liberdades da ordem econômica (como, por exemplo, a liberdade de iniciativa; a liberdade de atividade econômica; a liberdade de eleição da profissão; a livre disposição sobre a propriedade, entre outras). Quanto às liberdades políticas, tem-se aquelas relacionadas à participação do indivíduo no processo político (como a liberdade de associação; de

¹¹⁵ SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** São Paulo: Celso Bastos, 1999, p.30.

¹¹⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Trad.: Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

reunião; de formação de partidos; direito ao voto; direito de controlar os atos estatais etc.).¹¹⁷

Já, os direitos de segunda dimensão, são os direitos sociais, os quais objetivam conceder meios para a efetivação dos direitos individuais. Tem-se, neste momento, portanto, o Estado, não mais liberal, mas social (intervindo nas relações sociais, para garantir a concretização dos direitos para todos os indivíduos). Nesta dimensão encontram-se, também, os direitos econômicos, voltados, da mesma forma, para a garantia de efetivação dos direitos sociais. Tem-se, por exemplo, o direito ao trabalho, o direito ao salário mínimo, direito ao repouso semanal remunerado, acesso ao ensino etc.

O Estado passa do isolamento e não-intervenção a uma situação diametralmente oposta. O que essa categoria de novos direitos tem em mira é, analisando-se mais detidamente, a realização do próprio princípio da igualdade. De nada vale assegurarem-se as clássicas liberdades se o indivíduo não dispõe das condições materiais necessárias a seu aproveitamento. Nesse sentido, e só nesse sentido, é que se afirma que tal categoria de direitos se presta como meio para propiciar o desfrute e o exercício pleno de todos os direitos e liberdades. Respeitados os direitos sociais, a democracia acaba fixando os mais sólidos pilares.¹¹⁸

A terceira dimensão, por sua vez, são os direitos coletivos ou difusos, encontrando-se nessa categoria, os direitos do consumidor e ambiental. André Ramos Tavares, faz menção, ainda, à quarta dimensão de direitos, na qual estariam os direitos das minorias, cuja proteção acabaria por se tornar como um termômetro, do nível democrático de um país.

Norberto Bobbio, na obra “A era dos direitos”, fazendo um retrospecto de todas as dimensões de direito, até chegar à atual, aponta que, à primeira dimensão corresponde os direitos de liberdade (ou não-agir do Estado); já, na segunda, têm-se os direitos sociais (ou ação positiva do Estado); os de terceira dimensão que são, para o autor, uma categoria ainda “excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata.” Dentre os direitos de terceira dimensão, os mais importantes são aqueles que tratam do direito de viver num ambiente ecologicamente equilibrado. Atualmente, se apresentam novas exigências, as quais não

¹¹⁷ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed., rev., ampl., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 370/371.

¹¹⁸ Idem, p. 370-371.

se enquadram nas anteriores, havendo a necessidade, portanto, de uma quarta dimensão de direitos, relacionados “aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo.”¹¹⁹

Importante lembrar, mais uma vez, a Encíclica Papal *Rerum Novarum*, onde se prega a necessidade de interferência do Estado nas relações sociais e econômicas, para a garantia do bem comum, além dos direitos essenciais à pessoa humana, em face de que o Estado não pode manter-se ausente do mundo econômico, devendo intervir quando necessário, para que se possa resguardar o direito de todos; os direitos essenciais da pessoa humana.

A dignidade se transforma em bandeira trabalhista em meados do século XIX, quando, com a Revolução Industrial, o mercado oprime cada vez mais o trabalhador (a classe operária), em face da necessidade preemente de uma produção acelerada, que possa satisfazer a obtenção cada vez mais desenfreada de lucro. Ferdinand Lassalle impõe a necessidade de uma melhoria nas condições de trabalho dos operários, para que se possa atribuir-lhe uma vida digna.

Autores como Proudhon e John Rawls, entendem que a idéia de dignidade humana está intimamente ligada à concepção de justiça, entendendo que são conceitos que se fundem e se complementam. Habermas acrescenta à justiça, a necessidade imperiosa da ética, para que se obtenha a dignidade, encontrando-se esta vinculada a uma acepção rigorosamente moral e jurídica.

Outro ponto a se destacar, dentro desta acepção histórica do instituto em análise, é a Constituição de Weimar, de 1919, que traz, em seu Texto, o reconhecimento da necessidade de se ordenar o mundo econômico, para que se possa efetivar a garantia de existência digna a todos os homens. Em seu Art. 151, disciplina a matéria, dispondo que: “A vida econômica deve ser organizada em conformidade com os princípios da justiça e com vista a garantir a todos uma existência digna do homem. Nestes limites, a liberdade econômica do indivíduo deve ser respeitada.”

¹¹⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad.: Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.6.

Após as Grandes Guerras, em especial a 2^a Guerra Mundial, houve um rompimento com os Direitos Humanos, em face das barbáries cometidas nas guerras, com o extermínio de milhões, de forma desumana e indigna. O pós-guerra veio para retomar com esses direitos, tendo como exemplo mais marcante a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que já no Art. 1º proclama: “*todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direito. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.*”¹²⁰ (grifo nosso). Veja-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, desde 1948 já proclama que todos os homens nascem livres (vedada, portanto, a escravização), atém de iguais, tanto em dignidade quanto em Direito. Ora, a qualidade de igualdade entre os homens deve ser verificada com relação à dignidade e aos direitos, já que as pessoas são diferentes (diferença de cor, credo, sexo, religião etc.), mas devem ser iguais em dignidade e em Direito. Assim, desde 1948 já existe legislação internacional resguardando, e ressaltando, a dignidade da pessoa humana.

No Brasil, como dito no Capítulo que a este antecedeu a dignidade da pessoa humana somente ganhou “status” constitucional com o Texto de 1988, apesar de já se encontrar implícita em Constituições anteriores, como é o caso da Constituição de 1934, que se espelhou nas Constituições mexicana, de 1917 e, alemã, de 1919.

4.1.2 Conceito

Depara-se com uma grande dificuldade, no momento da conceituação do instituto em estudo, em face do mesmo pertencer a uma categoria axiológica aberta, podendo se ajustar em cada momento histórico, por estar em constante ação de construção e desenvolvimento. Como auxílio na elaboração do que ora se propõe que é apresentar um conceito de dignidade da pessoa humana, traz-se à colação o entendimento de renomados autores.

Immanuel Kant entende ser a dignidade da pessoa humana um categórico assumindo valor não-relativo na cultura dos povos. Para Kant, a humanidade deve ser vista como um fim e nunca como um meio, ressaltando assim o princípio da dignidade

¹²⁰ Declaração Universal dos Direitos Humanos.

da pessoa humana, por ser o homem a medida de todas as coisas. Da mesma forma, Dworkin, embasado nas lições de Kant, ressalta que o ser humano não poderá, em hipótese alguma, ser concebido como mero instrumento para a concretização de fins outros, não podendo, assim, ser considerado como objeto; não devendo ser tratado de maneira indigna.

A dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca e inerente do ser humano, sendo, portanto, irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica a própria pessoa humana. Sendo assim, não há como a pessoa se desfazer dessa qualidade, em face de ser a mesma a ela intrínseca.

Mas, o que vem a ser dignidade? No Dicionário Caldas Aulet, o verbete dignidade vem com o seguinte significado: “1. Qualidade de digno. 2. Amor-próprio, respeito a si mesmo, honradez pessoal, altivez. 3. Função ou cargo honroso; honraria; dignidade de reitor. 4. Decência, honestidade.”¹²¹ (grifo do autor). Veja-se, portanto, que dignidade é algo inerente à própria pessoa; qualidade do ser humano, ligado, de forma intrínseca à honestidade, honra e ética.

Frei Bento Domingues aponta, todavia, que ao se saber ser a dignidade é uma característica do ser humano, precisa-se saber o que se pode considerar como pessoa. Assim, para tanto, utiliza as palavras de Orlando Carvalho, que definiu pessoa humana como sendo:

O ser vivo, que pela sua estrutura física ou psíquica e pela sua capacidade de conhecimento e de amor é o único verdadeiro centro de decisão e de imputação, de liberdade e de responsabilidade, na natureza e na história, assumindo-se como projeto autônomo e transformante de si mesmo e do mundo.¹²²

Depreende-se, assim, que a dignidade faz supor uma antropologia, a qual faz do homem um ser “dotado de razão, de vontade livre, de comunicação pela linguagem,

¹²¹ GEIGER, Paulo (editor responsável). **Minidicionário contemporâneo da língua portuguesa Caldas Aulete**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004, p. 275.

¹²² CARVALHO, Orlando. *apud*, DOMINGUES, Frei Bento. **Dignidade humana**, in GOMES, Jorge F. S., et. al. (Org.). **Comportamento organizacional e gestão: 21 temas e debates para o século XXI**. Lisboa: RH Ltda., 2006, p. 342.

enraizada em desejos e paixões da natureza, mas capaz de se distanciar deles e até de se impor aos seus impulsos.”¹²³

Chega-se, portanto, ao conceito de dignidade da pessoa humana, mediante uma passagem histórica pelo tema, até obter que a dignidade pode ser compreendida, também, como o respeito que é devido e, que, portanto, deve ser dispensado, a uma pessoa; um comportamento que denote respeito e consideração, tendo em vista que a dignidade não é apenas um dado, mas um ideal, que não deve ficar preso às diferenciações existentes na sociedade. São Tomás de Aquino lembra que a afinidade entre pessoa e dignidade já é notada há muito tempo, já que: “Vem, pelo menos, do teatro grego. Como nas comédias e tragédias eram representados homens famosos, o nome pessoa, da personagem teatral passou a significar aqueles que tinham uma dignidade.”¹²⁴

Ingo Wolfgang Sarlet também se filia ao entendimento que a dignidade seja inerente ao ser humano, dissociado, portanto, das ocorrências externas.

Além disso, como já visto, não se deve olvidar que a dignidade independe das circunstâncias concretas, sendo algo inerente a toda e qualquer pessoa humana, de sorte que todos – mesmo o maior dos criminosos são iguais em dignidade. Aliás, não é outro o entendimento que subjaz ao art.1º da Declaração Universal da ONU (1948), segundo o qual ‘todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos’. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade¹²⁵. (grifo do autor).

Há, ainda, o entendimento de que a dignidade da pessoa humana não seja considerada somente como algo inerente àela, em face da existência de um sentido cultural, por ser decorrência do trabalho de diversas gerações, sendo assim, pertencente à humanidade como um todo. Em face desse entendimento, a dignidade da pessoa humana passa a ser simultaneamente o limite e a obrigação dos Estados.

¹²³ DOMINGUES, Frei Bento. **Dignidade humana**, in GOMES, Jorge F. S., et. al. (Org.). **Comportamento organizacional e gestão**: 21 temas e debates para o século XXI. Lisboa: RH Ltda., 2006, p. 342.

¹²⁴ Idem, p. 343-344.

¹²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Advogado, 1998, p.104.

Em relação à dignidade, pode-se afirmar que é algo que pertence a cada um, não podendo, portanto ser transferido, ser doado etc., pois se assim o fosse deixaria de existir, não havendo, desse modo, qualquer limite a ser respeitado. Além disso, como obrigação tem-se que ao Estado somente é permitido seguir, desde que não desrespeite o princípio da dignidade da pessoa humana.

Outro ponto de destaque, é que a dignidade da pessoa humana, deve ser averiguada, de forma concreta, dentro do contexto social em que o indivíduo está inserido, posto que este não vive isolado, como traz Rizzato Nunes:

[...] acontece que nenhum indivíduo é isolado. Ele nasce, cresce e vive no meio social. E aí, nesse contexto, sua dignidade ganha – ou como veremos, tem o direito de ganhar – um acréscimo de dignidade. Ele nasce com integridade física e psíquica, mas chega um momento de seu desenvolvimento que seu pensamento tem de ser respeitado, suas ações e seu comportamento – isto é, sua liberdade -, sua imagem, sua intimidade, sua consciência – religiosa, científica, espiritual – etc., tudo compõe sua dignidade¹²⁶.

John Rawls estabelece um contraponto em torno do termo dignidade da pessoa humana, entendendo que o mais importante é estruturar a sociedade, para que esta possa afirmar e favorecer o respeito mútuo entre os cidadãos.

Rawls não concebe o respeito de si como um dever moral individual, mas como um ‘bem fundamental’, um bem que virtualmente todo indivíduo consideraria como objeto do seu desejo racional, quaisquer que sejam as outras coisas que ele deseje [...] Um elemento capital de tal teoria da justiça é o argumento segundo o qual, se fossem adotados, esse princípios de ‘justiça como equidade’ (liberdade e oportunidades iguais para todos, e o ‘princípio da diferença’) favoreceriam mais o respeito de si do que os princípios utilitaristas.¹²⁷ (grifo do autor).

Vicente Greco Filho eleva a dignidade; o valor da pessoa humana, como fundamento do próprio Direito, apontando a importância do conteúdo valorativo do Direito, sendo que: “todas as consagrações constitucionais dos direitos individuais supõem a existência de alguns direitos básicos da pessoa humana, os quais pairam, inclusive acima do Estado, porquanto este tem como um de seus fins principais a garantia desses direitos.” Além disso, ressalta: “O direito talvez cronologicamente

¹²⁶ NUNES, Rizzato. **O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49.

¹²⁷ CANTO-SPERBER, Monique (Org.). **Dicionário de ética e filosofia moral**. Trad.: Ana Maria Ribeiro-Althorff, et. ali, São Leopoldo: Unisinos, 2003, p.443-444.

coincida com o homem e a sociedade, mas não pode ser entendido senão em função da realização de valores, no centro dos quais se encontra o valor da pessoa humana.”¹²⁸, até porque a ordem jurídica não teria sentido algum se não tivesse como finalidade a realização dos referidos valores.

Franco Bartolomei, na obra que trata da dignidade humana como conceito e valor constitucional, na Constituição Italiana, aponta que a dignidade humana não se reduz a um mero direito, sendo fundamento da liberdade; um direito fundamental.¹²⁹

Assim, a dignidade da pessoa humana é efetivamente, uma qualidade inerente ao próprio ser humano, sendo, portanto, irrenunciável e indisponível. A Constituição Federal, ao trazer este princípio como fundamento da República o eleva à categoria de meta-princípio; de vértice constitucional, que não pode, portanto ser infringido. A universalização da dignidade leva a todos os indivíduos (sem distinção), a garantia de que deverão receber de todos (inclusive do próprio Estado), o tratamento condizente com a sua qualidade de ser humano, já que todos são, segundo o Texto Constitucional, iguais perante a lei. Além disso:

O princípio da dignidade, expresso no imperativo categórico, refere-se substantivamente à esfera de proteção da pessoa enquanto fim em si, e não como meio para a realização de objetivos de terceiros. A dignidade afasta os seres humanos da condição de objetos à disposição de interesses alheios. [...] A dignidade humana impõe constrangimentos a todas as ações que não tomem a pessoa como fim.¹³⁰

O conceito trazido por Ingo Wolfgang Sarlet consegue reunir todas as concepções anteriormente apontadas, entendendo-se ser o mesmo o mais completo e o que melhor define a dignidade da pessoa humana:

Assim sendo, tem-se por dignidade da pessoa humana *a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais*

¹²⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 17. ed., atual., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 16.

¹²⁹ BARTOLOMEI, Franco. **La dignitàumana come concetto e valore costituzionale**. Torino: G. Giappicheli, 1987, p. 18-19.

¹³⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006, p.67.

*que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos*¹³¹. (grifo do autor).

Entende-se, destarte, ser a dignidade como valor intrínseco do ser humano, independente do reconhecimento e concessão do Estado; é, portanto, inerente; sendo indisponível e irrenunciável. A dignidade, como apontado outrora, não se reduz a um mero direito, sendo fundamento da liberdade; um direito fundamental. O Estado, por conseguinte, deve, obrigatoriamente, resguardar a dignidade em todos os seus aspectos, até porque a dignidade serve de fundamento para outros direitos, como o da liberdade, igualdade, justiça, entre outros.

A dignidade da pessoa humana é um valor essencial, eleito pela Constituição Federal de 1988, informando toda a ordem jurídica, servindo de critério e parâmetro, que deve orientar não só a interpretação, como todo o sistema constitucional, para que se mantenha a unidade de todo o sistema. É um valor supremo, concebido como referência constitucional, que unifica todos os direitos fundamentais, decorrendo desse fato, a finalidade da ordem econômica de assegurar a todos uma existência digna.

A dignidade deve ser considerada em sua universalidade, pois todos são iguais em direito (como se verifica da Declaração Universal dos Direitos Humanos) não devendo deixar de levar em conta, todavia as diferenças existentes entre os homens, pois “a pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos os mesmos, isto é, humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir.”¹³²

Conclui-se, dessa forma, que todos são titulares de dignidade, independentemente da religião, sexo, cultura, raça, cor, credo etc., não necessitando, inclusive, que os titulares tenham noção ou conhecimento desta qualidade, em face dela ser inerente todo ser humano. Além disso, não há como o ser humano se tornar

¹³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana:** construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade:** ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 37.

¹³² ARENDT, Hannah. **A condição humana.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 16.

indigno, ainda que este cometa atos assim considerados, contra si ou contra outrem, em face da irrenunciabilidade e indisponibilidade deste direito.

4.1.3 Da dignidade da pessoa humana: Tratados Internacionais

Imperioso, para que se possa apresentar um sucinto esboço acerca dos Tratados Internacionais afetos à dignidade da pessoa humana, discorrer, também de forma breve, a propósito dos direitos humanos. E, tratar de um assunto tão relevante, como os direitos humanos, não é tarefa fácil, tendo em vista suas inúmeras implicações no cotidiano das pessoas, além de que os direitos humanos se relacionam de forma direta com a dignidade da pessoa humana.

Antes de se adentrar no assunto proposto, faz-se necessário trazer a conceituação do que seriam direitos humanos. Para o Cardeal D. Paulo Evaristo Arns, direitos humanos são:

Essencialmente, o direito aos bens inerentes à vida, aos bens que preservam a humanidade do homem. Entre eles, o respeito à personalidade e à igualdade essencial dos indivíduos, a manutenção da liberdade física e de pensamento, a garantia de justiça e o reconhecimento da honestidade, enfim, os direitos apenas possíveis numa legítima democracia, em que os cidadãos poderão ser ‘sábios para o bem, simples diante do mal’ (Rm. 16, 19). (grifo do autor)¹³³

Verifica-se que a conceituação trazida acima trata, em primeiro lugar, da dignidade da pessoa humana, bem como dos direitos que correspondem às necessidades essenciais da pessoa, cuja dignidade deve ser acentuada e preservada.

Norberto Bobbio entende que direitos humanos encontram-se intimamente ligados com a Democracia e a Paz, sendo que os três são fatores necessários do mesmo movimento histórico, já que “sem direitos do homem reconhecidos e protegidos não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.”¹³⁴

¹³³ ARNS, D. Paulo Evaristo. Cardeal, Prefaciando a obra: JUNIOR SANTOS, Belisário dos, et. ali. **Direitos humanos: Um debate necessário.** 2. ed., Brasília: Brasiliense, p. 7.

¹³⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Trad.: Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 1.

Pode-se considerar a expressão direitos humanos como uma maneira abreviada de tratar dos direitos fundamentais da pessoa, já que:

Esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida. Todos os seres humanos devem ter asseguradas, desde o nascimento, as mínimas condições necessárias para se tornarem úteis à humanidade, como também devem ter a possibilidade de receber os benefícios que a vida em sociedade pode proporcionar. Esse conjunto de condições e de possibilidades associa as características naturais dos seres humanos, a capacidade natural de cada pessoa pode valer-se como resultado da organização social. É a esse conjunto que se dá o nome de *direitos humanos*. (grifo do autor).¹³⁵

Mais uma vez, verifica-se a ênfase que deve ser dada à dignidade da pessoa humana, já que ao preservá-la, automaticamente estar-se-á preservando os direitos humanos. Além disso, deve-se lembrar que a cada pessoa deve ser assegurado o mínimo para a sua sobrevivência em sociedade de forma digna, dando-se destaque à teoria do mínimo ético, em que o direito internacional pretende assegurar, ao menos, o mínimo para que cada pessoa humana viva com dignidade, não significando que os países não possam implementar esses direitos (aliás, devem), aumentando-os e, assim, concedendo às pessoas uma dignidade plena.

Para Sidney Guerra, é de suma importância, na discussão dos Direitos Humanos no âmbito do direito internacional, averiguar, inicialmente, se a pessoa humana é efetivamente considerada como sujeito na ordem jurídica internacional, já que, somente dessa forma, é possível afirmar, com certeza, que há uma proteção internacional dos direitos humanos, em decorrência desse entendimento. Conclui que, realmente, a pessoa humana é destinatária de inúmeras normas de direito internacional, sendo que tal fato se dá em virtude da internacionalização dos direitos da pessoa humana. E, aponta, para reforçar sua assertiva, que existem duas razões primordiais para a pessoa humana ser considerada como sujeito internacional:

- a) a própria dignidade humana, que leva a ordem jurídica internacional a lhe reconhecer direitos fundamentais e procurar protegê-los; b) a própria noção de Direito, obra do homem para o homem. Em consequência, a ordem

¹³⁵ **O que são Direitos humanos?** Direitos Humanos: Noção e significado. disponível em:<<http://www.ceut.com.br/mandacaru/O%20QUE%20SAO%20DIREITOS%20HUMANOS%20-%20Dalmo%20Dallari.doc>> Acesso em: 02.08.2006.

jurídica internacional vai se preocupando cada vez mais com os direitos do homem, que são quase verdadeiros direitos naturais concretos.¹³⁶

Para Kant, a idéia de dignidade da pessoa humana é uma idéia central (e os seres humanos são insubstituíveis, pois são um fim em si mesmos), sendo, portanto, sujeitos, plenos, de direito.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e, proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948, protege e assegura direitos a todos os seres humanos, *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*, em face de que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, conforme se verifica em seu preâmbulo, no qual dispõe que: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;”

Além disso, considera imprescindível que os direitos da pessoa humana sejam resguardados contra o império da lei e que os Estados se esforcem em promover, por intermédio do ensino e da educação o respeito a todos os direitos e liberdades, até porque, como ali se encontra, “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e

¹³⁶ GUERRA, Sidney. Direito à privacidade: uma discussão à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos *in* DELGADO, Ana Paula; CUNHA, Maria Lourdes da. **Estudos de Direitos humanos: Ensaios interdisciplinares**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 37.

direito. São dotados de razão e de consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”¹³⁷, não podendo haver distinção, de qualquer natureza entre as pessoas, já que todos os homens tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades na referida Declaração.

Deve-se lembrar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi uma resposta à barbárie ocorrida na 2ª Guerra Mundial, onde milhares de pessoas foram mortas, única e exclusivamente, por serem diferentes. Assim, em um primeiro momento, a comunidade internacional, por intermédio do direito internacional, procurou estabelecer, ou melhor, ressaltar, via declarações e tratados, a existência da igualdade entre todos os seres humanos (já que todos são iguais em dignidade) e, em um segundo momento, a comunidade internacional, procurou estabelecer, legalmente, a diversidade entre as pessoas, ou seja, apesar da igualdade em dignidade, as pessoas são diferentes, em fase da variedade existente em decorrência da raça, religião, sexo, nacionalidade etc., ressaltando que, apesar das diferenças, em dignidade permanecemos todos iguais, devendo, portanto, serem considerados como tal.

Além disso, a Declaração Universal dos Direitos dos Homens:

[...] colocou as premissas para transformar também os indivíduos singulares, e não mais apenas os Estados, em sujeitos jurídicos do direito internacional, tendo assim, por conseguinte, iniciado a passagem para uma nova fase do direito internacional, a quetorna esse direito não apenas o direito de todas as gentes, mas o direito de todos os indivíduos.¹³⁸

A 2ª Guerra Mundial, desse modo, marcou a ruptura com os Direitos Humanos, tendo em vista que foram cometidos diversos atos atentatórios à dignidade humana, sendo que, em resposta à tal fato, o pós 2ª Guerra possibilitou a reconstrução dos Direitos Humanos.

Reafirmando a necessidade do respeito às diferenças, Nilmário Miranda, assim se posiciona:

¹³⁷ Declaração universal dos Direitos humanos.

¹³⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad.: Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.139.

Hoje os direitos humanos são universais e as fronteiras do Estado são indivisíveis. É a partir desses conceitos que construimos uma cidadania planetária, uma sociedade civil mundial que respeite as diferenças entre muçulmanos, cristãos, indígenas e africanos fundada na aceitação e na tolerância.

Também faz parte de nosso referencial a compreensão de que os direitos humanos são interdependentes. Não se pode estabelecer hierarquias com os direitos civis e políticos, atribuindo mais importância a estes do que aos direitos igualitários, econômicos, sociais e culturais.¹³⁹

Para, que se possa compreender, efetivamente e, facilmente, o que seriam os direitos humanos, é suficiente mencionar que tais direitos correspondem a necessidades essenciais da pessoa humana. Trata-se daquelas necessidades que são iguais para todas as pessoas e que, portanto, devem ser atendidas para que a pessoa possa viver com dignidade. Dessa maneira, tem-se como exemplo principal, que a vida é um direito humano fundamental, porque sem ela a pessoa não existe. E, por tal fato, a preservação da vida é uma necessidade de todos os seres humanos. É claro, todavia, que a vida não é o único direito fundamental, podendo citar, ainda, outras necessidades essenciais (para que a pessoa viva com dignidade), como a alimentação, a saúde, a moradia, a educação, por exemplo.¹⁴⁰

A Constituição da República Federativa do Brasil, em vários dispositivos, trata da dignidade da pessoa humana, sendo que a norma inserida em seu Art. 1º, inciso III, prescreve uma conduta, em termos, principiológicos, de que a pessoa humana possui valor em si mesma.

Na visão kantiana, como dito anteriormente, o meio dos fins que faz da pessoa um ser de dignidade própria, em que tudo o mais tem significação, relativa. Segundo o imperativo categórico de Kant: “age como se fosse a máxima de tua ação se devesses tornar pela tua vontade em lei universal da natureza”¹⁴¹ E, nesse agir, veja simultaneamente a ti e a humanidade como um fim e, nunca como um meio, não devendo se utilizar dos outros como meros objetos, sendo que aqui, se verifica o

¹³⁹ MIRANDA, Nilmário *in* VIEIRA, Oscar Vilhena, Coord. **Direitos humanos:** Estado de Direito e construção da paz. São Paulo:QuartierLatin do Brasil, 2005, p. 28.

¹⁴⁰ **O que são Direitos humanos?** Direitos Humanos: Noção e significado. disponível em: <<http://www.ceut.com.br/mandacaru/O%20QUE%20SAO%20DIREITOS%20HUMANOS%20%20Dalmo%20Dallari.doc>> Acesso em: 02.08.2006.

¹⁴¹ KANT, Emanuel. *apud*SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** São Paulo,Celso Bastos Editor, 1999, p. 26

princípio da dignidade da pessoa humana. Enfim, o homem, para ele ser sujeito e não simples objeto.

Por fim, tudo está a serviço do homem, assim tudo o mais aparece como valor de meio perante o homem, que se caracteriza, assim, como valor absoluto. O homem como fim não pode ser, assim, considerado como coisa, já que é terminantemente proibida a “coisificação” e, desse modo, a degradação do homem, que não pode ser tratado como mero objeto, como já afirmado acima.

Apesar da importância do princípio, ora tratado, várias são as dificuldades para se estabelecer o significado e o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, devido ao contorno vago e impreciso instituído genericamente por ele, como dito anteriormente.

Pode-se dizer, todavia que a dignidade da pessoa humana é indiscutivelmente uma qualidade intrínseca e inerente ao ser humano, irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica a pessoa humana.

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

Além disso, como já visto, não se deve olvidar que a dignidade independe das circunstâncias concretas, sendo algo inerente a toda e qualquer pessoa humana, de sorte que todos – mesmo o maior dos criminosos são iguais em dignidade. Aliás, não é outro o entendimento que subjaz ao art.1º da Declaração Universal da ONU (1948), segundo o qual ‘todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos’. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade¹⁴². (grifo do autor).

Ainda a despeito do tema, há o entendimento de que a dignidade da pessoa humana não seja considerada apenas como inerente à pessoa humana, haja vista que ela traz um sentido cultural, pois é consequência do trabalho de diversas gerações, sendo assim, pertencente à humanidade como um todo.

Portanto, para que haja a garantia da igualdade, indistintamente para todos, deve-se perceber a diferença entre as diversas pessoas, raças, religião, sexo etc., sendo que

¹⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais.** Porto Alegre: Advogado, 1998, p.104.

apesar da individualidade de cada um e, das culturas diferenciadas, deve-se tratar as pessoas com igual valor.

Desse feito, apesar das pessoas serem diferentes (ocorrendo tal diferença em diversos fatores, como cultura, raça, sexo, religião, entre outros), continuam, todavia, todas iguais como seres humanos (com a mesma dignidade), tendo as mesmas necessidades e faculdades essenciais. Disso resulta a existência de direitos fundamentais, que são iguais para todos, conforme tratado, inclusive na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Boaventura de Sousa Santos trata dos conceitos de universalismo e relativismo cultural, para se chegar ao mais importante para o reconhecimento das diferenças, sem deixar de levar em conta a igualdade pela dignidade, tendo concluído, referido autor, que o melhor caminho seria o multiculturalismo:

Como é possível, ao mesmo tempo, exigir que seja reconhecida a diferença, tal como ela se constituiu através da história, e exigir que os “outros” nos olhem como iguais e reconheçam em nós os mesmos direitos de que são titulares? [...] A expressão *multiculturalismo* designa, originalmente, a coexistência de formas culturais ou de grupos caracterizados por culturas diferentes no seio de sociedades “modernas”. Rapidamente, contudo, o termo se tornou um modo de descrever as diferenças culturais em um contexto transnacional e global. [...]

A resposta reside na adoção de dois imperativos interculturais: “das diferentes versões de uma dada cultura, deve ser escolhida aquela que representa o círculo mais amplo de reciprocidade dentro dessa cultura, a versão que vai mais longe no reconhecimento do outro”; “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”.¹⁴³ (grifo nosso).

O pensamento do autor anteriormente citado revela os objetivos dos direitos humanos, qual seja: a necessidade do reconhecimento e da distribuição, de uma igualdade que possibilite o reconhecimento das diferenças e de uma diferença que não cause, alimente ou reproduza desigualdades, além disso, a possibilidade de que “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”.

¹⁴³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar:** Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 25/56.

Visando alcançar a plenitude da dignidade, para todas as pessoas humanas, a comunidade internacional, após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, celebrou inúmeros Tratados Internacionais.

O reflexo desses citados Tratados, no Brasil, deu-se, de forma significativa, no ordenamento jurídico, o qual, por força deles próprios, teve que se adequar ao que esteja disposto nos referidos instrumentos internacionais. É claro que o Brasil ainda não se encontra totalmente adequado ao que dispõe os tratados internacionais, mas já avançou muito (pelo menos em termos legislativos), como abaixo se demonstrará.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, rompeu de forma definitiva com o período ditatorial, tornando-se um marco jurídico do processo de transição democrática, tendo adotado inúmeros princípios e conceitos dos Direitos Humanos, tendo elegido como um dos maiores princípios a serem seguidos, o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual norteia todo o Texto Constitucional.

Sobre a referida transição democrática, a Prof^a. Flávia Piovesan, assim se manifesta:

Após o longo período de vinte e um anos do regime militar ditatorial que perdurou de 1964 a 1985 no País, deflagrou-se o processo de democratização no Brasil. Ainda que esse processo se tenha iniciado, originariamente, pela liberação política do próprio regime autoritário – em face de dificuldades em solucionar problemas internos -, as forças de oposição da sociedade civil se beneficiaram no processo de abertura, fortalecendo-se mediante formas de organização, mobilização e articulação, que permitiram importantes conquistas sociais e políticas. A transição democrática, lenta e gradual, permitiu a formação de um controle civil sobre as forças militares. Exigiu ainda a elaboração de um novo código, que refizesse o pacto político-social. Tal processo culminou, juridicamente, na promulgação de uma nova ordem constitucional – nascia assim a Constituição de outubro de 1988.

A Carta de 1988 (sic) institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil.¹⁴⁴

Para Paulo Sérgio Pinheiro:

¹⁴⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito constitucional internacional**. 7. ed. rev., ampl., atual., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 21/24.

O Brasil tem hoje a carta de direitos mais precisa e abrangente de toda a sua história política. A Constituição Brasileira de 1988 é um marco na sua institucionalização no País e serve como ponto de referência para implementar políticas públicas para proteção e promoção dos direitos humanos.

Desde a transição para a democracia, em 1985, ao contrário do que acontecia durante o período do autoritarismo, o Governo Federal tem promovido mudanças na legislação, apoiado políticas públicas para proteger e promover os direitos humanos, em particular os direitos dos grupos mais vulneráveis. O País tornou-se signatário dos principais tratados internacionais de direitos humanos.

A prática do Governo Federal em relação às graves violações de direitos humanos mudou diametralmente, se comparada com as práticas existentes durante o regime autoritário.¹⁴⁵ (grifo do autor).

O constituinte brasileiro evoluiu ao inserir o princípio da dignidade da pessoa humana no Texto Constitucional. Ao estatuir-se o referido princípio, no inciso III do Art. 1º da Constituição Federal de 1988, embasou-se em uma visão personalista, posto que ao ser colocado como fundamento, determinou-se a existência do Estado em razão das pessoas. Nesse sentido, determinou-se que cada homem é o fim em si mesmo e consequentemente deve o Estado existir em razão de todas as pessoas, e não estas em razão do Estado¹⁴⁶.

Deste modo, toda a ação decorrente do Estado deve ser avaliada, de acordo com o princípio da dignidade humana, sob pena de ser declarada inconstitucional, sendo que cada pessoa deve ser considerada como um fim em si mesma para que possam ambos, indivíduo e Estado conviverem pacificamente.

Neste contexto, mesmo tendo a dignidade da pessoa humana um conteúdo moral, ao inseri-la na Constituição, demonstrou o constituinte também uma preocupação de cunho moral, de forma que não se aceite a prática de tortura, racismo e tantas outras humilhações a que o brasileiro se acostumou em seu dia-a-dia, bem como de cunho material, qualquer que seja, para que haja condições de se viver dignamente, consoante dispõem os Tratados Internacionais dos quais o Brasil faz parte.

¹⁴⁵ PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Direitos humanos.** Disponível em: <<http://www.mre.gov.br/cdbrasil/itamaraty/web/port/polsoc/dirhum/apresent/apresent.htm>> Acesso em: 01.08.2006.

¹⁴⁶ SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** São Paulo: Celso Bastos, 1999, p.92.

Tal sentido, para Celso Ribeiro Bastos: “[...] foi, sem dúvida, um acerto do constituinte, pois coloca a pessoa humana como fim último de nossa sociedade e não como simples meio para alcançar certos objetivos [...].”¹⁴⁷

Para verificar a inserção, dentro do ordenamento jurídico nacional, dos Tratados Internacionais, dos quais o Brasil é signatário, passa-se a demonstrar, de forma exemplificativa e, não exaustiva, algumas legislações nacionais. E, como não poderia deixar de ser, a primeira lei a ser tratada a Constituição Federal.

Como já dito anteriormente, a Constituição de 1988 rompeu com o período ditatorial, trazendo para seu bojo, inúmeros preceitos de Direitos Humanos, dentre eles, deu maior destaque àquele que, seguramente, é o mais importante, que é o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual se encontra em inúmeros dispositivos constitucionais, em especial quando trata dos Princípios Fundamentais e dos Direitos e Garantias Fundamentais (lembrando-se que também se encontra em outros capítulos), além, é claro, de outros direitos, garantidos em tratados internacionais (merecendo maior destaque aos de direitos humanos).

Mais uma vez, importante lembrar que a citação feita acima é meramente exemplificativa, para demonstrar que a Constituição brasileira está recheada de princípios trazidos por tratados internacionais, e, de forma especial, os de Direitos Humanos. Para que se dê maior destaque ao que ora se coloca, importante a transcrição dos §§ 2º, 3º e 4º do Art. 5º da Constituição Federal.

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

§ 4º. O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.¹⁴⁸

¹⁴⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito constitucional.** 18.ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p.158.

¹⁴⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

Verifica-se que, por todo o Texto Constitucional, há a recepção de Tratados Internacionais, os quais foram incorporados no ordenamento jurídico, via normas nacionais, em especial, por intermédio da Constituição Federal, merecendo destaque a recepção dos tratados de Direitos Humanos, tendo em vista que a Constituição de 1988 tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, além, é claro, de outros princípios internacionais, como a auto-determinação dos povos, a erradicação da pobreza, a proteção das crianças e adolescentes, proteção e socialização dos portadores de deficiência, o repúdio à qualquer forma de discriminação e de qualquer espécie de trabalho escravo e infantil, e, ainda, prevalência dos direitos humanos, repúdio ao terrorismo e ao racismo, a igualdade entre todos, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade; à segurança e à propriedade, além de outros tantos ali encontrados.

Inúmeras legislações trazem a proteção da dignidade da pessoa humana, como se exemplifica com a **Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, que regulamenta o Estatuto dos refugiados e o Estatuto da Criança e do Adolescente**. Na mesma esteira, o novo Código Civil brasileiro.

Mister salientar que o novo Código Civil brasileiro trouxe inúmeras mudanças, em especial dentro da entidade familiar, equiparando a mulher ao homem, sendo ambos sujeitos de direito, em igual situação, não havendo mais diferença entre ambos (um exemplo é o fim do *pátrio poder* – onde o pai tinha o poder sobre os filhos -, e a instituição do *poder familiar* – onde os pais – mãe e pai – possuem os mesmos direitos e deveres sobre os filhos); além do fim da possibilidade do marido anular o casamento, sob o fundamento de que sua esposa já se encontrava deflorada, quando do matrimônio, além de outros absurdos que ainda perduravam no Código Civil revogado. Tal fato demonstra a vontade do País, representado por suas normas, de se ajustar aos Tratados

de que é signatário, em especial, neste caso específico, à Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher.

A QUESTÃO DA COMPETÊNCIA NO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL

A Lei 9.099/95, artigo 61

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.

A Lei 10.259/01, artigo 2º, parágrafo único

Parágrafo único. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa. .

A LEI 11.313/06, a norma revogadora da revogadora

LEI Nº 11.313, DE 28 DE JUNHO DE 2006.

Altera os arts. 60 e 61 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e o art. 2º da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, pertinentes à competência dos Juizados Especiais Criminais, no âmbito da Justiça Estadual e da Justiça Federal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os arts. 60 e 61 da Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.” (NR)

“Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a

lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.” (NR)

Art. 2º O art. 2º da Lei no 10.259, de 12 de julho de 2001, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 2º Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrente da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.” (NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Ausência do parâmetro para ativação do subsistema (Juizado Especial Criminal)

O art. 61 é tido como elemento de

OU PELA REPRISTINAÇÃO OU PELA LACUNA

A LEI 11.313/06, a norma revogadora da revogadora

CONCLUSÕES

Por todo o analisado e exposto, no presente trabalho, conclui-se, primeiramente, que, no mundo atual, predomina-se, como modelo, o Estado Democrático de Direito, o qual, prima pelo social, sem deixar de lado o Capitalismo, representado pelo mercado econômico e, no Estado brasileiro, o panorama não é diferente.

Tem-se, portanto, não um Estado totalmente liberal (tudo permitindo em nome da livre iniciativa) e, tampouco, um Estado totalmente socialista, que suprime a iniciativa particular. É, de outro modo, o Estado que visa o bem-estar social, objetivando, portanto, a plenitude da dignidade da pessoa humana.

O modelo atual, no Brasil, é intervencionista, mas a intervenção se dá de modo pontual, apenas realizando-se para a concretização dos objetivos traçados pela Constituição Federal, não sendo de forma indiscriminada, como no modelo socialista. Há duas modalidades de intervenção na atividade econômica; a direta e a indireta. A primeira encontra-se prevista no Art. 173 da Constituição, onde prevê que o Estado agirá de forma direta, dentro do campo econômico, por intermédio de empresa pública, sociedade de economia mista ou subsidiária.

Na segunda forma de intervenção, o Estado irá atuar como agente normativo e regulador da atividade econômica, como se verifica do disposto no Art. 174 da Constituição. Aqui, o Estado atua de forma a exigir que o mercado cumpra com o que está disposto nas normas constitucionais e infraconstitucionais, acerca da matéria. Nesta hipótese, o Estado não visa lucro, mas, sim, o efetivo cumprimento das normas, objetivando o bem comum; a justiça social e a dignidade da pessoa humana, de forma primordial. Nesta modalidade, o Estado, pode exercer a função de fiscalizador, agente regulador e, também, fomentador. Tudo isso (a intervenção estatal na Economia) se dá, em virtude, primeiramente, da constitucionalização da Ordem Econômica que passa a ter “status” constitucional.

É claro que, a presença do direito econômico em uma Constituição brasileira não é privilégio, somente da atual Constituição Federal, promulgada em 1988, já que desde a Constituição da República de 1934 o mesmo se faz presente, de forma constitucionalizada e explícita, já que desde a época do Brasil-Colônia já existia a preocupação de se tratar de algumas questões econômicas, ou até mesmo de alguma espécie (ainda que de forma tímida) de intervenção estatal, na área econômica, inserida dentro da Lei Máxima do país. Verifica-se pela simples leitura dos Textos Constitucionais, que o Capitalismo se transforma na medida em que assume novo caráter, mais social, já que a intervenção do Estado vem assumindo novos papéis, aumentando os já existentes, na medida em que se averigua a evolução constitucional brasileira.

Apesar da existência do movimento constitucionalista, este ganhou forças no pós guerra (após a primeira Grande Guerra), já que foi nesse período que o constitucionalismo assume nova feição, desvinculando-se do liberalismo, onde o Estado passa a intervir na atividade econômica. As Constituições passaram, então, a marcar o advento do constitucionalismo social, sendo que tem-se, assim, a consagração dos direitos sociais, de forma expressa, nos Textos Constitucionais, tendo o constitucionalismo se enquadrado em novos moldes, os quais foram mantidos, como se verifica na Constituição da República Federativa do Brasil.

A Constituição da República de 1988 traz o direito econômico, em título próprio, procurando primar, sempre, pelo social, estabelecendo, portanto, regras e limites à Ordem Econômica, com fins de resguardar o ser humano, e, em especial a sua dignidade, dando-lhe, para tanto, oportunidade de uma vida digna, trabalho, justiça social, defesa do consumidor, do meio ambiente (protetendo as gerações presentes e futuras), redução das desigualdades regionais e sociais e, limitando o direito à propriedade, exigindo que a mesma cumpra sua função social, como preceituam os artigos referentes à ordem econômica, em especial, o Art. 170.

A Constituição traz a previsão de intervenção estatal, a qual se justifica em face da necessidade da garantia dos princípios e valores esculpidos no Texto Constitucional, sendo que a existência digna e a justiça social são os objetivos primordiais dessa ordem, justificando, assim, a intervenção do Estado no domínio econômico.

Conclui-se que a intervenção na Economia, para garantia do social, é reflexo do aprimoramento do próprio Estado, como dito acima, já que, anteriormente era Liberal, passando-se, para Estado do Bem-Estar-Social, com interesse, assim, na intervenção na atividade econômica, visando garantir a manutenção dos direitos e garantias previstos no Texto Constitucional. Tem-se um Estado que, ao mesmo tempo garante a livre iniciativa e a livre concorrência (elevando-as a categoria constitucional), possibilitando, assim que ocorra o desenvolvimento e enriquecimento do setor privado, com conseqüente fortalecimento do capitalismo, mas, que, limita essa mesma livre iniciativa e livre concorrência, com fins de garantir o social, em face de que o mercado deverá se balizar pelos princípios disciplinados pela Constituição da República, destacando-se

aquele que é um metaprincípio, posto que norteador de todo o ordenamento jurídico brasileiro; a dignidade da pessoa humana.

O reflexo desse Estado, que deixa de ser mínimo, ou seja, que pouco intervém na economia, passando a regulador, intervindo quando necessário, resulta em uma Constituição que permite a obtenção de lucro, desde que não haja violação dos princípios garantidos pela referida Lei Maior, já que o Estado intervêm, somente quando for necessário, no sentido de que permite a livre concorrência e a livre iniciativa, desde que não infrinja os preceitos regidos pela Constituição, especialmente, o princípio da dignidade da pessoa humana.

O Art. 170 da Constituição da República ainda estabelece os princípios gerais da Ordem Econômica, trazendo garantias para a mesma, como a liberdade de iniciativa do setor privado, mas disciplinando, também, limites a serem seguidos, tendo em vista alguns valores, tidos como absolutos, na própria Constituição, como o são, por exemplo, a dignidade da pessoa humana e o primado do trabalho, na garantia de uma subsistência do cidadão (garantindo-lhe emprego), de forma digna (garantia de um mínimo para a sua sobrevivência digna – como se encontra em vários artigos da Constituição Federal – como a garantia de saúde, habitação, lazer, educação etc.).

O interesse coletivo, pelos valores constitucionais, está acima do interesse privado, passando a prevalecer (quando há conflito entre as normas), como disciplinado pela Constituição da República de 1988, os princípios que norteiam a pessoa humana, sendo estes, o primado do trabalho, a dignidade da pessoa humana, a preservação e conservação do ambiente, o direito do consumidor, dentre outros. Assim, a Constituição, apesar de resguardar, também os interesses privados, como, por exemplo, o interesse das empresas de iniciativa privada, não permite que estes prejudiquem os demais princípios constitucionais, servindo os mesmos de barreira aos primeiros, na medida em que a iniciativa privada tem o direito à livre iniciativa e à livre concorrência, não podendo, todavia, colidir, por exemplo, com o direito ambiental, direito do consumidor etc., devendo, ainda, utilizar a propriedade privada de forma a cumprir o seu papel social.

É papel do Estado, como um todo, orientar-se de modo a preservar a dignidade do indivíduo, assim como, a dar condições para que a dignidade possa ser efetivada. A dignidade encontra-se emoldurada pelo senso de justiça, devendo, portanto, ser sempre adotada pelo operador do direito. A Constituição busca os valores da sociedade e os eleva a nível constitucional, tornando-os – aqui neste caso o princípio da dignidade da pessoa humana – valores que servirão de vetor para a mesma sociedade e para o Estado, como um todo, ou seja, valores absolutos que não permitem a flexibilização dos mesmos.

A constitucionalização da dignidade da pessoa humana e a elevação deste princípio a fundamento da própria República, impede a degradação do homem, na hipótese de sua conversão em mero objeto do Estado, sendo que referido princípio trouxe consequências importantes: o reconhecimento da igualdade entre os homens; a consagração da autonomia dos indivíduos; a observância e proteção de seus direitos inalienáveis e a necessidade de ação para garantia de condições mínimas de vida, a fim de que essa vida possa ser vivida de forma plena.

Por todo o exposto no decorrer do presente trabalho, percebe-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é um metaprincípio, um valor que serve como vetor, como parâmetro a ser seguido por todos os preceitos, constitucionais e infraconstitucionais. Assim, a dignidade da pessoa humana limita todas as normas, já que nenhuma delas pode ser contrária à dignidade, já que esta é um valor que dá sustentáculo à própria República Federativa do Brasil, bem como ao Estado Democrático de Direito. Dessa forma, com maior razão, o princípio da dignidade da pessoa humana é limitador da Ordem Econômica, já que impede que a economia e, o próprio mercado, funcionem, quando (de forma direta ou indireta) violem esse princípio. Desse modo, é correto afirmar que a Constituição Federal abriga a Ordem Econômica, desde que esta não afronte a dignidade da pessoa humana, pois se o fizer a prevalência será sempre da última, por ser um princípio que norteia todo o sistema jurídico brasileiro.

Como se denota de todo o assentado, o princípio da dignidade da pessoa humana é um metaprincípio, a regular todo o ordenamento constitucional, sendo, portanto, todas

as normas ali disciplinadas, bem como, todas as normas infraconstitucionais devem ter como vetor, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Desse modo, o princípio da dignidade da pessoa humana está a funcionar como limitador da Ordem Econômica, posto que como bem dispõe o Art. 170, esta é livre, desde que resguarde os preceitos encontrados no referido dispositivo, dentre os quais se destaca o princípio da dignidade da pessoa humana que, se for cumprido, por si só, consegue alcançar a efetividade dos demais.

A dignidade da pessoa humana é um valor essencial, eleito pela Constituição Federal de 1988, informando toda a ordem jurídica, servindo de critério e parâmetro, que deve orientar não só a interpretação, como todo o sistema constitucional, para que se mantenha a unidade de todo o sistema. É um valor supremo, concebido como referência constitucional, que unifica todos os direitos fundamentais, decorrendo desse fato, a finalidade da Ordem Econômica de assegurar a todos uma existência digna.

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana passa a ser simultaneamente o limite e obrigação dos Estados. Sendo que, como limite à dignidade é algo que pertence a cada um e que não pode ser transferido. E como obrigação traz-se a idéia exatamente de que ao Estado somente é permitido ir até onde não se desrespeite a dignidade da pessoa humana. Em face disso, o Estado se obriga a direcionar as suas ações, seja para preservar a dignidade da pessoa humana, seja para criar meios que possibilitem o exercício da mesma.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito constitucional**. 4. ed., rev., atual., São Paulo: Saraiva, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 2^a ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999
- _____. **Democracia, hoje**. São Paulo: Celso Bastos, 1997
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad.: Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. **Estado, Governo, Sociedade**: Para uma teoria geral da política, Trad.: Marco Aurélio Nogueira, 12. ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.
- _____. **Teoria do ordenamento jurídico**. trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 10 ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1999 (reimpressão: 2006).
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. **Teoria do Estado**. 4. ed., rev., ampl., São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. **O Estado social e sua evolução rumo à democracia participativa**, in MEZZAROBA, Orides (org.). **Humanismo latino e Estado no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.
- BRÉHIER, Émile. **História da Filosofia**: A Antiguidade e a Idade Média I. Tomo primeiro, Introdução – Período Helênico, Trad.: Eduardo Sucupira Filho, São Paulo: Mestre Jou, 1977.
- BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. 1. ed., 2. tir., São Paulo: Revista do Tribunais, 2001.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. Introdução e trad.: A. Menezes Cordeiro, 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. Coimbra: Almedina, 1991.

_____. **Direito Constitucional**. 5. ed., ampl. Coimbra: Almedina, 1992.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed., Coimbra: Almedina, 1993, *apud* NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANTO-SPERBER, Monique (Org.). **Dicionário de ética e filosofia moral**. Trad.: Ana Maria Ribeiro-Althorff, et. ali, São Leopoldo: Unisinus, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o Direito**. Trad.: Hilomar Martins Oliveira, Belo Horizonte: Líder, 2005.

CARVALHO, Orlando. *apud*, DOMINGUES, Frei Bento. **Dignidade Humana**, in GOMES, Jorge F. S., et. al. (Org.). **Comportamento Organizacional e Gestão: 21 temas e debates para o século XXI**. Lisboa: RH Ltda., 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Sobre os princípios constitucionais tributários**. Revista de Direito Tributário, São Paulo, ano 15, n. 55, janeiro-março de 1991.

_____. **Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da incidência**. 2. ed., rev., São Paulo: Saraiva, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. **Aafirmação histórica dos Direitos Humanos**, *apud* TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed., rev., ampl., São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Conceito de norma jurídica como problema de essência**. 1. ed., 3. tir., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. **Norma Constitucional e seus efeitos**. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **As Lacunas no Direito**. 7. ed., adaptada ao novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002), São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Compêndio de introdução à Ciência do Direito**. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 2006

DUGUIT, León. **Fundamentos do Direito**. Trad.: Eduardo Salgueiro, Florianópolis: Obra Jurídica, 2004.

DWORKING, Ronald. **Ciência do Direito**. 1982.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad.: J. Baptista Machado, 9. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Por que ler Kelsen Hoje, in COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen.** Prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Jr., 4. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Introdução ao Estudo do Direito:** Técnica, decisão, dominação. 4. ed., rev., ampl., São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Teoria da Norma Jurídica.** 2^a. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. **Conceito de Sistema no Direito.**, São Paulo:RT, 1976..

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 29. ed., rev., atual., São Paulo: Saraiva, 2002.

FONSECA, João Bosco Leopoldinoda. **Direito Econômico.** 5. ed., rev., atual., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FREITAS. Juarez, **A interpretação sistemática do Direito.** 2. ed., rev., ampl., São Paulo: Malheiros Editores, s/d.

GARCIA, Maria. **Limites da ciência:** a dignidade da pessoa humana – a ética da responsabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Desobediência civil:** Direito fundamental. 2. ed., rev., atual., ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

HABERMAS, Jurgen. **O Discurso filosófico da modernidade.** São Paulo: LAEL, 1990.

HUGON, Paul. **História das Doutrinas Econômicas.** 14. ed., 14. tir., 1995.

IHERING, Von. **A finalidade do Direito.** 1916, *apud* FERRAZ JR., Tercio Sampaio.

Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão, dominação. 4. ed., rev., ampl., São Paulo: Atlas, 2003.

KANT, Emanuel. *apud*SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.** São Paulo,Celso Bastos Editor, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria general del Estado.** Traduccióndirectado alemã por LuisLegazLacambra, México: Editora Nacional, 1959.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** Trad.: Luis Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria pura do Direito.***apud* FERREIRA, Olavo Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos.** São Paulo: Método, 2003.

_____. **Teoria pura do Direito.** trad.: João Batista Machado, 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe.** 4. ed., rev. da trad. de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARX, Karl. **O Capital.** vol. 1, apud, HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem.** Trad.: Waltensir Dutra, 21. ed., rev., Rio de Janeiro: LTC, 1986.

MELLO, Celso Albuquerque Mello, **Curso de Direito Internacional Público,** 2 volumes. 2^a ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1969.

_____, **Direito Internacional Público tratados e convenções,** Rio de Janeiro, Renes, 1970

MOREIRA, VITAL. **A ordem jurídica do capitalismo.** Coimbra: Centelha, 1973, *apud*, GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica.** 9 ed., rev., atual., São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

NALIN, Paulo. Do contrato: Conceito pós-moderno – **Em busca de sua formulação na perspectiva Civil-Constitucional.** Pensamento Jurídico – Vol. II, Curitiba: Juruá, 2001.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** São Paulo: Saraiva, 2002.

PAPA João XXIII. **Rerum Novarum,** *apud* VENANCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no domínio econômico:** O Direito público econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 7. ed. rev., ampl., atual., São Paulo: Saraiva, 2006.

PIRENNE, Henri. **História econômica e social da Idade Média.** Trad.: Lycurgo Gomes da Motta, 4. ed., São Paulo: Mestre Jou, 1968.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado.** São Paulo: Martins, 1940.

ROMANO, Santi. **Princípios de Direito Constitucional geral.** Trad.: Maria Helena Diniz, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ROUSSEAU, J. J. **Do Contrato Social:** Princípios do Direito político. Trad.: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.25/26.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite - Poder jurídico e violência simbólica, Cultura Paulista, São Paulo, 1985

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituição Burguesa:** Que é o terceiro Estado ?. Trad.: Norma Azereedo, 1. ed., 2. tir., Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da Democracia**, in, Revista de Direito Administrativo, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.212, abr/jun. 1998.

_____ **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed., 3. tir. , São Paulo: Malheiros, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed., rev., ampl., São Paulo: Saraiva, 2003.

TÁCITO, Caio. **Do Estado liberal ao Estado do bem-estar social**. Temas de Direito Público, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, 1v.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 15. ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros. 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.