

# LIBERDADE INDIVIDUAL VS. DIREITO À PROTEÇÃO DA SAÚDE: UM CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS<sup>†</sup>

Cláudio Luiz Sales Pache

Sumário: 1. Introdução. 1.1. Delimitação do objeto do relatório. 1.2. Metodologia. 2. Sistemas e sistemas jurídicos. 3. Direitos fundamentais. Dogmática. 3.1. Dimensões e estrutura de direitos fundamentais. 3.2. Normas, princípios e regras. 3.3. Eficácia horizontal, conflitos, poderes estatais, direitos sociais. 4. Dignidade da pessoa humana. 5. Liberdade individual. 6. Direito à proteção da saúde. 7. Casos concretos. 7.1. O uso de tabaco em ambientes com pouca circulação de ar. 7.2. O *painel sensorial* constituído por *provadores de cigarros*. 7.3. Outros casos. 8. Considerações finais. Referências bibliográficas

## 1. INTRODUÇÃO

### 1.1 – DELIMITAÇÃO DO OBJETO DO RELATÓRIO



objeto do presente relatório é o estudo do conflito entre o Direito Fundamental à Liberdade Individual e o Direito Fundamental à Proteção da Saúde que pode emergir nos mais diversos casos, mesmo quando marcados por grande disparidade fática, quando as soluções serão dispares, como consumir tabaco, na presença de não tabagistas, em restaurantes, bares ou outros lugares com pouca circulação de ar; contratar para traba-

---

<sup>†</sup> Relatório apresentado no âmbito da disciplina de Direitos Fundamentais do Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ministrada sob regência do Senhor Professor Doutor Jorge Miranda, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestrado.

lho em bancada de testes de cigarros e similares; manter propriedades desabilitadas e fechadas e, com isso, impedir o extermínio do mosquito transmissor da dengue; ou, ainda, impedir a transfusão de sangue em razão de credo religioso.

Assim, ter-se-á em mira demonstrar em que medida o citado conflito ocorre e quais as soluções admitidas para cada uma das referidas hipóteses.

## 1.2 – METODOLOGIA

A metodologia escolhida é a da aplicação da doutrina voltada à máxima concretização dos Direitos Fundamentais e ao respeito às nuances dos casos concretos. Um sistema axiomático aberto, aplicado tendo como unidade valorativa, núcleo axiológico, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, em que o Direito Positivado não é olvidado, mas submetido à égide das normas de natureza jurídica jusfundamental.

O ponto de partida é uma breve conceituação de Sistema e de Sistema Jurídico, de linhas gerais de uma dogmática voltada à efetivação dos Direitos Fundamentais, do conceito de Dignidade da Pessoa Humana, dos Direitos Fundamentais à Liberdade Individual e à Proteção da Saúde, mas sempre *a latere*, apenas quanto aos aspectos relacionados diretamente com o objetivo antes mencionado, o que explica a ausência de uma abordagem exauriente a respeito de cada um dos domínios referidos.

Por fim, após a análise dos casos concretos referidos, serão expostas considerações finais a respeito da matéria.

## 2. SISTEMAS E SISTEMAS JURÍDICOS

Para Kant, a definição filosófica de *sistema* gravita em torno de duas ideias básicas: *unidade lógica* e *ordenação interna segundo princípios*, ambas *aplicada* a um conjunto de co-

nhecimentos, conceitos que têm sido aplicados no campo jurídico ao longo dos últimos séculos como pressupostos para a aplicação e desenvolvimento do Direito. Como corolário, *relações estáveis, fenômenos repetitivos e decisões proferidas conforme regras previamente conhecidas* tornaram-se pedras de toque para a obtenção da *consistência ontológica* dos Sistemas Jurídico<sup>1</sup> e, por essa via, a *concretização dos Princípios da Segurança Jurídica* e da *Justiça*<sup>2</sup>, formulação reputada insuficiente em face da pluralidade de fontes normativas e da crescente especialização de disciplinas jurídicas, que são marcantes no atual estágio de expansão das relações humanas e impedem a concretização almejada como mera decorrência dos aludidos fatores.

O contexto exige seja a Constituição, como ápice do Ordenamento Jurídico de cada país, considerado o instrumento indutor da tão proclamada unidade resultante de princípios próprios de interpretação, da aplicabilidade direta e da máxima efetividade dos Direitos Fundamentais nela consagrados, que assumiriam o epicentro de um rearranjo hierárquico de normatividades em cujo cerne está o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, um sistema aberto de regras e princípios vinculantes perante outras manifestações de Direito<sup>3</sup>. Dentre as vias atuais é a que melhor atende aos anseios e às necessidades da hodierna sociedade, o que não a torna indene de críticas, sempre tendo presente que a formação dialética do conhecimento<sup>4</sup> reclama perene aperfeiçoamento, desenvolvimento, suplantação ou mesmo retorno ao antes existente, se for o caso, com o

---

<sup>1</sup> Cf. CORDEIRO, Antônio Menezes. Introdução à Edição Portuguesa in CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, LXIV.

<sup>2</sup> Cf. CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 12 e 22.

<sup>3</sup> Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª ed., 13 reimp., p. 1146 e 1151.

<sup>4</sup> Cf. PRADO JR., CAIO. *Dialética do Conhecimento*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1980, p. 12 e 491.

acréscimo oriundo do processo vivenciado.

### 3. DIREITOS FUNDAMENTAIS. BREVES CONCEITOS

#### 3.1 – DIMENSÕES E ESTRUTURA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O rol dos Direitos Fundamentais – *os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição*<sup>5</sup> – é transformado e acrescido pelas condições históricas, acrescentando parte da doutrina a sofrer influência das necessidades e interesses das classes dominantes<sup>6</sup>. Alteram-se o alcance, a abrangência e a titularidade, comportando atualmente classificação segundo três dimensões, ou gerações, marcado o conjunto por unidade valorativa ou axiológica comum, fundada na dignidade da pessoa humana.

A primeira dimensão germina do liberalismo e retrata o direito de defesa do indivíduo frente ao Estado, direito negativo de resistência, de não intervenção ou abstenção que resguarda a autonomia individual frente ao poder estatal, do qual são exemplos típicos os Direitos Fundamentais à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante à lei e à participação política.

A segunda dimensão dirige-se ainda aos indivíduos e aponta direitos positivos à obtenção de prestações entregues pelo Estado visando assegurar a igualdade material de todos ao acesso ao bem-estar social. Umbilicalmente ligando liberdade e igualdade, essa passa ser vista como meio de acesso às condi-

---

<sup>5</sup> Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 5. ed., 2012, Tomo IV, p. 332.

<sup>6</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

ções materiais necessárias para a obtenção de um vida digna<sup>7</sup>. Engloba também as liberdades sociais e a densificação do princípio da Justiça Social, sendo-lhe exemplos os direitos à assistência social, à saúde, à educação, ao trabalho, à sindicalização, à limitação da jornada de trabalho, às férias e aos repousos semanais remunerados, à greve e ao salário mínimo.

A terceira dimensão tem em mira grupos de pessoas determinadas, determináveis ou indetermináveis e é usualmente prevista em instrumentos internacionais. Possui como exemplos o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à qualidade de vida, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação<sup>8</sup>.

A quarta dimensão não possui reconhecida de forma uníssona a sua existência e merecem registro as teses que sustentam defluir da globalização institucional dos direitos fundamentais à democracia direta, à informação e ao pluralismo, etc., naquela que seria a etapa final de implementação do Estado Social<sup>9</sup>; ou objetivar defesas frente aos avanços da tecnologia da informação, da bioengenharia, da massificação, da burocracia estatal e privada, das manipulações genéticas e das anônimas invasões de privacidade<sup>10</sup> e o rico debate lusitano sobre poder, ou não, ser fundada em um direito dos povos<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado Contemporâneo in MARINONI, Luiz Guilherme (Coordenador). *Estudos de Direito Processual Civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 23.

<sup>8</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 48-53 e BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editora, 2010, p. 523.

<sup>9</sup> Cf. BONAVIDES, Paulo, *ob. cit.*, p. 524-526.

<sup>10</sup> Cf. LEWANDOSKI, Enrique Ricardo. A formação da doutrina dos Direitos Fundamentais, in *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. MIRANDA, Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antônio (Coordenação). São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 392.

<sup>11</sup> Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes, *ob. cit.*, p. 386 e MIRANDA, Jorge, *ob. cit.*, p. 80-83.

Importa destacar também a complexidade estrutural que pode se manifestar em cada direito fundamental: dimensões subjetiva e objetiva; deveres de proteção, irradiantes ou valorativos; vertentes negativa e positiva e os aspectos substantivos e adjetivos, balizas demarcatórias de conteúdo ou âmbito de proteção<sup>12</sup>.

### 3.2 – NORMAS, PRINCÍPIOS E REGRAS

Cindidas as normas jusfundamentais constitucionais em regras e princípios, podendo apresentar características de ambas as espécies – o que não será abordado neste trabalho –, não são poucas as técnicas capazes de diferenciá-las<sup>13</sup>.

Robert Alexy, na célebre *Teoria dos Direitos Fundamentais*<sup>14</sup>, pontua como regras aquelas que, diante de um determinado quadro fático, *exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, a partida sem qualquer exceção*, ao passo que princípios, além de vetores interpretativos de outras disposições do Ordenamento Jurídico, fixam uma abstenção ou conduta *da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes*<sup>15</sup>. De outro modo, princípios são *mandamentos de otimização*<sup>16</sup> cuja satisfação varia de intensidade – o que os diferencia das regras – essas de cumprimento integral imperativo.

O conflito entre regras é solucionado em termos de *tudo ou nada, ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão*<sup>17</sup>, com uma ressalva apenas, não apli-

---

<sup>12</sup> Cf. MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2ª ed., 2010, Tomo I, p. 398.

<sup>13</sup> Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes, *ob. cit.*, p. 1255 e ss.

<sup>14</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. *Coleção Teoria e Direito Público*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 85-106.

<sup>15</sup> Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes, *ob. cit.*, p. 1255.

<sup>16</sup> Cf. ALEXY, Robert, *ob. cit.*, p. 90.

<sup>17</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3ª ed., São Paulo: Editora

cável aos sistemas jurídicos contrários à hipótese: a introdução de uma cláusula de exceção – decorrente de redução teleológica gerada por um princípio – afastando a incidência da regra considerada válida, que perderá o *caráter definitivo estrito* para solucionar aquela controvérsia. Se isso ocorrer – por força do enunciado *em um ordenamento jurídico, quanto maior peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter “prima facie” de suas regras* – serão também afastados os princípios formais que asseveram inarredável a observância de regras regularmente estabelecidas e não ab-rogadas ou derogadas<sup>18</sup>. Nada disso se verificando, o conflito será dirimido por invalidade obtida mediante critérios clássicos de comparação entre as regras em colisão: cronológico, hierárquico ou especial.

No caso dos princípios, conferindo a doutrina portuguesa a devida têmpera às teses de Alexy, averigua-se antes, sob dois viéses, se de fato os conflitos existem, de forma a evitar ponderações incabidas como, por exemplo, entre *o peso relativo da liberdade de profissão e do direito da propriedade* se também presente acusação de *prática reiterada do crime de furto*<sup>19</sup>. Nesse senda, primeiro verifica-se a fruição dos direitos fundamentais envolvidos, observando se não ocorre obstrução por auto-ruptura constitucional material, dever funcional ou suspensão. Negativa a resposta, deve-se perquirir se o conflito não pode ser afastado pela demarcação do âmbito de proteção dos Direitos Fundamentais em causa ou da fixação de seus respectivos limites de exercício. A definição de cada um desses institutos e do conceito de restrição – limitação axiológica de direitos fundamentais – constam do quadro sinótico abaixo<sup>20</sup>:

---

MWF Martins Fontes Ltda., 2010, p. 39.

<sup>18</sup> Cf. ALEXY, Robert, *ob. cit.*, p. 104-105.

<sup>19</sup> Cf. MIRANDA, Jorge, *ob. cit.*, p. 368.

<sup>20</sup> Cf. MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, RUI, *ob. cit.*, p. 346-349. Desta obra foram extraídos todos os conceitos, retratados na maioria das vezes *ipsis litteris*.

<b>RESTRICÇÕES</b>	<b>AUTO-RUPTURA MATERIAL</b>
Contidas sempre em norma legal geral e abstrata, são decorrências específicas de regras ou princípios em face de outras regras ou de outros princípios, todos em planos idênticos.	Edição pelo poder constituinte originário, de norma concreta e geral ou individual e concreta; sempre uma exceção a uma regra constitucional geral. Ex: proibição de organizações de ideologia facista.
<b>RESTRICÇÕES</b>	<b>DEVER FUNDAMENTAL</b>
Não possuem autonomia, situam-se no plano do conteúdo de um direito e só fazem sentido por referência a ele; constam fundamentalmente da lei, ainda que sempre lastreadas, mediata ou imediatamente, na Constituição.	Heterogêneos estruturalmente, deveres para com terceiros, para consigo mesmo ou com o grupo. Em geral uma situação passiva, imposição de agir ou não agir de certo modo; tem que constar da Constituição. Ex: dever de pagar impostos.
<b>RESTRICÇÕES</b>	<b>SUSPENSÃO</b>
Atingem direitos a título permanente, em situação de normalidade constitucional; nunca são totais, apagando apenas uma parcela potencial de cada direito.	Situações de necessidade constitucional absolutamente excepcionais, atingem o direito a título transitório, paralisando ou impedindo, no todo ou em parte, o seu exercício.
<b>RESTRICÇÕES</b>	<b>DEMARCAÇÃO DO ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO DIREITO</b>
Sempre efetuadas no confronto com outros direitos ou interesses constitucionalmente tutelados, só começam onde terminam as fronteiras externas do próprio direito, os limites de seu conteúdo.	SEMPRE antecede a restrição. Um axioma: antes de restringir, fixa-se o que será restrito. Existem situações dúbias e o que é claro que determinado direito fundamental não protege. O insulto não é protegido pela liberdade de expressão.
<b>RESTRICÇÕES</b>	<b>LIMITES DE EXERCÍCIO</b>
Relacionam-se com o direito em si, com sua extensão material objetiva, afetando especificamente certo direito, em geral ou em relação a certa categoria de pessoas ou situações, resultando em sua compressão ou amputação de faculdades que estariam compreendidas em seu âmbito de proteção.	Atinge quaisquer direitos, a sua manifestação, o modo como os respectivos titulares exteriorizam sua prática. Funda-se em razões específicas, de caráter geral, em princípios válidos para quaisquer direitos, como a moral, a ordem pública e o bem-estar em uma sociedade democrática. Pode ser absolu-



	to ou relativo (neste caso demandará o atendimento de uma condição). Ex: Funcionamento de bares durante a madrugada em áreas residenciais ou as formalidades necessárias para o registros de pessoas jurídicas.
--	--

Afastadas as possibilidades supramencionadas e efetivamente sendo o caso de conflito de Direitos Fundamentais, ele poderá ser solucionado pelo emprego da técnica da *ponderação*, um *sopesamento* visando decidir qual(is) dos princípios envolvidos deve(m) *prevalecer* no caso concreto, o que não implica, como no caso das regras, que o(s) outro(s) princípio(s) seja(m) declarado(s) inválido(s), apenas que cedeu(deram) lugar ao(s) outro(s).

Em linhas gerais, a técnica da ponderação, segundo a ótica de Alexy, consiste em atribuir peso normativo maior a um ou mais princípios constitucionais envolvidos – sempre em razão das estritas características do caso concreto – estabelecendo a *relação de precedência condicionada* desse princípio em relação ao(s) outro(s), o que ocorre segundo o princípio da *proporcionalidade* balizado pelos três subprincípios que o compõe, *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*. E esses sempre manuseados nessa ordem em uma série de incidências sobre a solução apontada como correta para o conflito enfocado, quando examinar-se-á, respectivamente, se aquela atende à demanda, se não existia outra solução com idêntico resultado e menor restrição ao direito fundamental cujos efeitos foram limitados e, por último, se o conflito foi razoável e racionalmente solucionado.

Se, na aplicação de cada um dos ventilados subprincípios, o resultado obtido não for o esperado sob o ponto de vista da doutrina, a resposta em exame à luz dessa técnica deve ser abandonada porquanto não está correta.

Contudo, tida como correta a solução, estar-se-á diante de condições que, violadas, implicam violação do Direito Fun-

damental correspondente, exatamente aquele cuja precedência, enquanto princípio, foi reconhecida; e diante de um *relação de precedência condicionada*<sup>21</sup>, segundo a qual, em certas condições fáticas e jurídicas, uma regra e apenas uma é passível de ser extraída, aquela em que apontado qual o princípio prevalente e em que medida prevalece ele.

Visto por outro ângulo, as restrições apontam *em concreto* o sentido e o alcance dos Direitos Fundamentais envolvidos em casos específicos de colisões, qual é a efetiva posição subjetiva ostentada por seus titulares ou sob que conteúdo podem eles vindicar tutela judicial, hipótese diversa da extensão potencial desses mesmos direitos obtida, em abstrato, *a partir de uma exegese semântica*<sup>22</sup>.

Convém também ressaltar que o direito à auto restrição<sup>23</sup> não poderá atingir ou atentar contra o conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais, projeção da dignidade da pessoa humana<sup>24</sup>, pois não se admite renúncia que a atinja.

### 3.3 – EFICÁCIA HORIZONTAL, CONFLITOS, PODERES ESTATAIS, DIREITOS SOCIAIS

Quando o conflito entre Direitos Fundamentais instala-se em uma relação jurídica firmada entre particulares<sup>25</sup>, o Estado, por meio de seus Poderes, deverá participar em outro plano, diverso daquele no qual se situarão os titulares das proteções

---

<sup>21</sup> Cf. ALEXY, Robert, *ob. cit.*, p.

<sup>22</sup> Cf. MIRANDA, Jorge, *ob. cit.*, p.

<sup>23</sup> Cf. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª ed. Lisboa: Almedina, 2012, p. 309.

<sup>24</sup> Cf. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *ob. cit.*, p. 308.

<sup>25</sup> Cf. CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. *Colisões de Direitos Fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares e a regra da proporcionalidade: potencialidades e limites da sua utilização a partir da análise de dois casos in ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira, MEYER-PFLG, Samantha Ribeiro. Lições de Direito Constitucional em homenagem ao Professor Jorge Miranda*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 19-25.

jusfundamentais conflitantes. Nesse caso, agirá visando prevenir, obstar ou reparar a lesão ao Direito Fundamental cuja prevalência, e nos limites dessa, foi estabelecida em juízo de ponderação.

Tal dever estatal de tutela, no âmbito do Poder Legislativo, atua no campo de reserva legislativa visando seja produzido diploma com densidade normativa suficiente pelo menos no considerado *essencial*, impedindo tenha a Administração margem considerável de decisão ou regulamentação quanto à matéria<sup>26</sup>. Essa atividade do parlamento sempre encontrará limites no *princípio da proporcionalidade*, que veda tanto o *déficit de proteção* quanto o *excesso*, sob pena de inconstitucionalidade<sup>27</sup>. Mas se tal Diploma Legal não for gerado, contemplar apenas em parte aquilo que lhe era reservado ou não adequar-se ao objetivo colimado, cabe ao Poder Judiciário conferir aos Direitos Fundamentais prevalentes a mais alta densidade normativa possível para, observadas as características do caso concreto, conferir-lhes a máxima efetividade. Trata-se da eficácia direta do citado Direito Fundamental sobre o Juízo<sup>28</sup> que atuará com espreque nos *parâmetros metodológicos de interpretação jurídica* e na jurisprudência<sup>29</sup>.

No que tange ao Poder Executivo, a diáspora na doutrina comporta duas principais correntes: a primeira defendendo a completa vinculação ao princípio da legalidade – o Estado não age sem Lei que o autorize e fixe o ato e a forma como deve ser praticado – e a outra que apontando a importância do citado princípio para a salvaguarda de outros direitos dos particulares frente à Administração Pública, mas aceitando a ação estatal por vê-la como ato de execução ou cumprimento da Constituição<sup>30</sup>, o que em qualquer caso sempre será passível de exame

---

<sup>26</sup> Cf. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *ob. cit.*, p. 290-291.

<sup>27</sup> Cf. MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *ob. cit.*, p. 343-344.

<sup>28</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni, *ob. cit.*, p. 44.

<sup>29</sup> Cf. MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *ob. cit.*, p. 322.

<sup>30</sup> Cf. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *ob. cit.*, p. 224.

pelo Poder Judiciário.

Os Direitos Sociais, na sua dimensão negativa, beneficiam-se do tratamento substancial conferido aos Direitos, Liberdades e Garantias, principalmente da sua eficácia imediata, permitindo sejam conflitos entre ambos formados solvidos pela técnica da ponderação.

#### 4. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A humanidade tem percorrido enriquecedor processo histórico visando precisar o conceito de *dignidade da pessoa humana*, nele sobressaindo como elementos percussores os pensamentos *clássico* e *cristão*, nos quais oscilou, respectivamente, entre a estratificação social que a alguns a conferia com maior grau ou quantidade e a referência a ter sido o homem criado à imagem e à semelhança de Deus, perspectiva a partir da qual homens e mulheres passaram a ser dotados de um valor imanente, próprio e indissociável que era o agora enfocado.

Ultrapassado esse momento histórico, apresentaram-se várias escolas de pensamento, dentre elas as contribuições que defluiram na racionalização e na laicização do conceito retratadas por Immanuel Kant, ainda manuseadas quando o objetivo é lançar luz sobre a matéria.

Em breve digressão, segundo o pensamento Kantiano, a dignidade está acima de qualquer preço, não comporta mensuração segundo este referencial e distingue o homem, ser racional possuidor de autonomia de vontade que o possibilita agir conforme certas leis, das coisas, que são seres irracionais e têm apenas valor relativo como meio. Sob este viés, acrescenta à *fórmula do objeto* que os homens existem como um *fim em si mesmos*, não podendo ser usados como *objeto, meio ou instrumento* para a obtenção de *determinado objetivo*, dessa ótica defluindo vários corolários apontados ao longo e ao final deste item.

Em termos *jurídico-constitucionais*, quando se trata de definir o *seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental*, a tarefa permanece sendo árdua, dificultada em muito por não ser a dignidade da pessoa humana dirigida apenas a um determinado campo específico, como ocorre com outras normas jusfundamentais e a integridade física, a propriedade, a vida, etc.

Nesse cenário, não sem divergências, tem prevalecido a *fórmula do objeto* extraída dos pensamentos de Kant, de onde deflui não ser possível o uso humano por mero arbítrio, por esta ou aquela razão, à qual se alia a ideia da *evidência*, entendida como aquela presente se o transtorno à dignidade da pessoa humana é inquestionável.

Tais parâmetros, aliás, são naturalmente utilizados diante de situações em que se percebe claramente aviltada, desprezada, a dignidade da pessoa humana.

E para se obter esse resultado, os observadores partiram, dentre outros fatores, do manuseio de seu cabedal teórico, da vivência social e cultural que possuem, do momento histórico que transpassa a sociedade em que estão imersos, o que implica dizer, tal como acontece em relação a todos os demais valores e princípios jurídicos, que também a dignidade da pessoa humana pertence ao que se denomina *categoria axiológica aberta*, cujos respectivos conteúdos são preenchidos em um processo infundável de *construção e desenvolvimento*, próprio da *sociedade pluralista e democrática contemporânea*<sup>31</sup>.

Entretanto, como para este trabalho serão necessários parâmetros mais nítidos, merecem menção as Constituições de Portugal e Brasil, a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Nas primeiras à dignidade da pessoa humana é conferido o *status* de base e fundamento

---

<sup>31</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 39-41.

das respectivas Repúblicas, ao passo que os mencionados instrumentos internacionais<sup>32</sup> foram os primeiros a apontar a ligação jurídico positiva que torna indissociável a união entre a dignidade da pessoa humana e os demais direitos fundamentais<sup>33</sup>. E da doutrina luso-brasileira, por seus próprios, jurídicos e consistentes fundamentos, as referências efetuadas são aos ex-certos das obras dos Professores Doutores Jorge Miranda e Ingo Wolfgang Sarlet considerados pertinentes com os objetivos traçados no item 1.1 *supramencionado*.

Da obra do Professor Doutor Jorge Miranda colhe-se:

(...) a dignidade da pessoa é axiologicamente primordial e, por isso, a vontade popular está-lhe juridicamente subordinada – não é outro, aliás, o significado da prevalência dos direitos fundamentais sobre a lei, os direitos fundamentais estão sobre a lei pois a dignidade da pessoa humana é superior à vontade do povo. (...)

VII – A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade humana. O princípio da dignidade da pessoa humana é, pois, a referência axial de todo o sistema de direitos fundamentais. Pelo menos, de modo directo e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos económicos, sociais e culturais comuns tem a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de todas as pessoas. Mas quase todos os outros direitos, ainda quando projectados em instituições, remontam também à idéia de protecção e desenvolvimento das pessoas e a copiosa extensão do elenco dos direitos fundamentais, das garantias institucionais e das tarefas do Estado não devem fazer perder de vista esse referencial. (...)

É, contudo, necessário ter em conta que o princípio não é uma espécie de premissa apta à dedução directa de direitos fundamentais específicos. Não é uma preposição apta a *deduções científicas*, mas uma idéia regulativa que irradia por

---

<sup>32</sup> Cf. MIRANDA, Jorge, *ob. cit.*, p. 216. Embora parte da doutrina aponte a Constituição Alemã de 1948 como sendo a primeira a consagrar a dignidade da pessoa humana em um texto constitucional, a Constituição da França de 1946, em seu preâmbulo, já o havia feito.

<sup>33</sup> Cf. MIRANDA, Jorge, *ob. cit.*, p. 216.

*reflexão*<sup>34</sup>.

A seguir, o emérito Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa assevera que, *não obstante o caráter não silogístico do princípio, é possível tirar dele inferências reflexas*, as quais se encontram condensadas em outra de suas contribuições escritas para a Ciência do Direito:

- a) A dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta;
- b) A dignidade da pessoa humana refere-se à pessoa desde a concepção, e não só desde o nascimento;
- c) A dignidade e da pessoa enquanto homem e enquanto mulher;
- d) Cada pessoa vive em relação comunitária, o que implica o reconhecimento por cada pessoa da igual dignidade das demais pessoas;
- e) Cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si;
- f) A dignidade determina respeito pela liberdade da pessoa, mas não pressupõe capacidade (psicológica) de auto-determinação;
- g) A dignidade da pessoa permanece independentemente dos seus comportamentos sociais;
- h) A dignidade da pessoa exige condições adequadas de vida material;
- i) O primado da pessoa é o do *ser*, não o do *ter*, a liberdade prevalece sobre a propriedade;
- j) Só a dignidade justifica a procura da qualidade de vida;

(...) Característica essencial da pessoa – como sujeito, e não como objeto, coisa ou instrumento – a dignidade é um princípio que coenvolve todos os princípios relativos aos direitos e também aos deveres das pessoas e à posição do Estado perante elas. Princípio axiológico fundamental e limite transcendente do poder constituinte, dir-se-ia mesmo um *metaprincípio*<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Cf. MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *ob. cit.*, p. 77-84.

<sup>35</sup> Cf. MIRANDA, Jorge, *ob. cit.*, p. 183.

A seu turno, o Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet é conciso ao descrever dignidade da pessoa humana como sendo:

(...) 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 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 um vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos<sup>36</sup>.

Cotejando o acima apontado com a paradigmática afirmação de que o Direito do século XXI deve assentar-se na tolerância, no bom-senso e na cidadania<sup>37</sup> – como produto da diversidade cada vez mais evidenciada com a velocidade de propagação da informação, contrapeso ao absolutismo dogmático e premissa da participação democrática na definição dos caminhos a serem trilhados pelo Estado – é inegável o lugar que mantém a dignidade da pessoa humana na construção de nossa sociedade.

Fixadas essas premissas e ressalvadas as divergências existentes na doutrina, para os efeitos desse trabalho também importa que a dignidade da pessoa humana: **(a)** por ser intimamente relacionada à condição humana, tal como essa é inalienável, irrenunciável, pode ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, mas não pode ser criada, concedida ou retirada; **(b)** é igual para todos, mesmo para o maior dos criminosos, o que não se confunde com atos praticados, classificáveis em dignos ou indignos; **(c)** como metaprincípio, na sua dimensão positiva, impõe ao Estado que a preserve da agressão de parti-

---

<sup>36</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade ...*, p. 60.

<sup>37</sup> CF. SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. A dignidade da pessoa humano no contexto da pós-modernidade in MIRANDA, Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antônio (coordenação). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 267.



culares e, respeitada a reserva do possível, a promova, e como prestação negativa, exige que se abstenha ele de praticar atos que a agridam ou coloquem em risco; e (d) gera os mesmos efeitos também sobre as relações jurídicas entabuladas entre particulares – efeitos horizontais –, mormente no que diz respeito à abstenção antes citada.

## 5. DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE INDIVIDUAL

Para delimitar o âmbito de proteção do Direito Fundamental em epígrafe é imprescindível definir antes o que é liberdade individual, um dos problemas fulcrais para os estudiosos do Direito Constitucional, da Filosofia do Direito, da Teoria do Estado e da Ciência Política<sup>38</sup>.

No presente trabalho a tarefa será cumprida em relação aos principais contornos do instituto jurídico apresentados durante o Período Clássico e no que toca aos Estados Liberal, Social e Pós-moderno, de sorte a permitir que, de posse dessas definições, seja possível identificar a matriz das linhas de pensamento expostas em cada caso concreto e apontar quais as soluções consideradas adequadas para cada um deles.

Na *polis* grega de Platão, as relações sociais eram isonômicas e a participação política assegurada, mas apenas aos homens-livres e iguais, os únicos que, por natureza, seriam compatíveis com a partilha da palavra, os debates e as decisões, e entre estes e os escravos – que nem sequer integravam a raça humana – existiriam classes intermediárias, compostas pelos artesãos e, após, pelas mulheres e crianças<sup>39</sup>.

A equação agregaria novas variáveis depois de reconhe-

---

<sup>38</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Círculo e a Linha: da *liberdade dos antigos à liberdade dos modernos* na teoria republicana dos Direitos Fundamentais (1ª parte) in *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 7.

<sup>39</sup> Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Estudos ...*, p. 26-28.

cida pelo cristianismo a dignidade da pessoa humana, processo paulatinamente aprofundado na medida em que a escravatura passou a ser condenada pela Patrística, com a eclosão da doutrina da Lei injusta e do direito de resistência e a assinatura da Magna Carta, reconhecendo algumas garantias básicas de liberdade<sup>40</sup>.

No final do Século XVIII, teve início um movimento que culminaria com importantes modificações no conteúdo do conceito. Ainda sob a égide do contratualismo, a Revolução Francesa de 1789 proclamou<sup>41</sup>, resgatando a participação política direta aludida pela tradição clássica em relação aos homens livres e iguais, que a liberdade poderia ser contida apenas por Lei, e democraticamente conformada, na qual seus únicos limites seriam os direitos de outros membros da sociedade e as ações que lhes fossem prejudiciais.

Um traço nítido da obra de Kant, que englobava todos os direitos no direito de liberdade, um direito natural, indissociável da condição humana e passível de limitação apenas *pela liberdade coexistente dos demais homens*, ao passo que a *liberdade jurídica* do ser humano decorria da possibilidade de obedecer somente às leis às quais deu seu livre consentimento, concepção que fez escola no âmbito do pensamento político,

---

<sup>40</sup> Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual ...* p. 21.

<sup>41</sup> Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Artigo 4º- A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela Lei.

Artigo 5º- A Lei não proíbe senão as ações prejudiciais à sociedade. Tudo aquilo que não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.

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

filosófico e jurídico<sup>42</sup>.

Este movimento defluiu no liberalismo<sup>43</sup> e, após intensos debates em seu interior, na definição de *liberdade individual* em contraposição à ideia de liberdade que fermentara o ideário jacobino até a queda do absolutismo francês.

E é nesse ambiente que Benjamin Constant proferiu a conferência *A liberdade dos antigos comparada à dos modernos* em 1819, na qual delineou, apoiando-se em fundamentos da teoria política liberal, uma liberdade ampla e multifacetada – liberdade de ação, no campo público e no privado –, a não submissão senão às leis e a intervenção estatal mínima, dirigida apenas a resguardar tal *status quo*.

O ponto fulcral da tese defendida foi a ampliação da liberdade de ação no campo privado e suas repercussões no direito à propriedade, de usar, gozar e dispor, de escolher seu trabalho e de exercê-lo, etc.

Não considerado suficientemente relevante para implementação mais célere, o direito à participação política só foi alargado posteriormente, quando a República aderiu ao sufrágio universal, consagrando a possibilidade de todos os cidadãos participarem do processo político independentemente de sua classe social<sup>44</sup>.

Convém registrar que ao Estado Liberal burguês são creditadas como características identificadoras os primados da liberdade, da segurança e da propriedade, complementadas pela resistência à opressão estatal e a própria noção de Constituição<sup>45</sup>, mas a industrialização, a concorrência, as grandes concentrações urbanas, a sujeição de massas de trabalhadores a condições degradantes de trabalho e a explorações sociais fla-

---

<sup>42</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia ...*, p. 43. Ao referir Bobbio e Perez Luño.

<sup>43</sup> De Hobbes, Montesquieu, Locke, Tecqueville, Benjamin Constant.

<sup>44</sup> Cf. CANOTILHO, J.J. GOMES. *O Círculo ...*, p. 32.

<sup>45</sup> Cf. MIRANDA, Jorge, *ob.cit.*, p. 28; VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *ob.cit.*, p. 53.

grantes<sup>46</sup> também tiveram gênese sob os auspícios do liberalismo.

Dessa última relação de fatores – que não é *numerus clausus* – restou inequívoco que a liberdade individual tal como proclamada pelos liberais não passava de uma abstração e, quando incorporada aos contratos, conduzia ao mais genuíno arbítrio, expondo hipossuficientes à completa dependência dos mais fortes e à impossibilidade de fazer frente às vicissitudes a que eram lançados. A situação, assaz criticada por correntes ideológicas de direita e de esquerda e pela própria Igreja Católica, impôs a reformulação do conceito e a criação de garantias direcionadas à contenção do descalábrio verificado, gradualmente insertas nas Constituições Democráticas, ao mesmo tempo em que nasciam as primeiras ideias de aceitação do conceito liberal de liberdade se dotados os homens *de igual capacidade*<sup>47</sup>.

E, em outra medida, no ambiente fértil gerado pelas referidas mazelas a ebulição do movimento sindical conduziu à construção de novos direitos fundamentais, de natureza econômica, social e cultural: direitos laborais – de melhores remunerações e limitações de jornadas de trabalho –, direitos sociais – à assistência caso necessário –, e direitos culturais – de acesso à educação e à cultura –, todos eles posteriormente debatidos no interior dos parlamentos e positivados após a 1ª Guerra Mundial em várias Constituições.

Vê-se, assim, que daquele nefasto quadro resultou, então, a alteração do espectro de direitos fundamentais inseridos em textos constitucionais – dali em diante conformado pelos direitos, liberdades e garantias individuais e pelos direitos fundamentais de natureza social, econômica e social – que deu origem, em junção harmônica, ao Estado Social<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Cf. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *ob. cit.*, p. 56-57.

<sup>47</sup> Cf. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11. ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 59-61.

<sup>48</sup> Cf. MIRANDA, Jorge, *ob. cit.*, p. 29.

Em breve resumo, discernindo um modelo estatal do outro, o Prof. Doutor Jorge Miranda aduz que, se no âmbito liberal, a liberdade de cada um é limitada somente pela liberdade dos outros, *na concepção social este limite prende-se com a igualdade material e com ela é situada*.

Nessa linha de raciocínio, aponta cingirem-se os direitos constitucionais liberais *num direito geral de liberdade e os direitos de índole social num direito geral à igualdade*, não se podendo admitir que a liberdade no Estado Social seja sacrificada em nome de objetivo futuro, seja ele qual for, e conclui asseverando próprio do Estado Social o regime de liberdade que, através da correção das desigualdades, confira azo à liberdade de fato, indivisível, igual para todos e esperança de obtenção de *novos direitos*<sup>49</sup>.

Após a 2ª Guerra Mundial novo salto de qualidade nessa perspectiva é dado, pois a busca de efetivas condições de igualdade material passou a ser adjetivada pelos efeitos do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, deste termo em diante integrado a textos constitucionais e internacionais e sempre determinando – como visto no tópico anterior – o respeito pela liberdade, mas não como valor absoluto, e sim de forma limitada pelos direitos fundamentais alheios tomados à luz da dignidade alheia.

E hoje, no mundo de economia globalizada, em que processos de integração ou relações comerciais se desenvolvem entre países ou blocos de Estados, daí podendo resultar efeitos duvidosos para a dignidade humana, debater e apontar vias que assegurem condições de igualdade material, pressuposto da igualdade de oportunidades, permanece um desafio atual para os juristas, em alguns casos tratando-se de resistência contra o solapar das condições oriundas da implantação do Estado Social, em outros de ampliar a liberdade para patamares democráticos, evitando imagens como a do jovem chinês que se colocou

---

<sup>49</sup> Cf. MIRANDA, Jorge, *ob. cit.*, p. 39-40 e 42.

na frente de um tanque de guerra interrompendo seu percurso e, mesmo correndo os riscos da repreensão, contribuiu para alterar parte das regras de escolha de dirigentes em seu país.

## 6. DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DA SAÚDE

Sendo a delimitação do âmbito de proteção do Direito Fundamental à Proteção da Saúde igualmente necessária, os passos dados nesse sentido serão idênticos aos observados no item precedente: descrição da evolução histórica do instituto e de seus contornos mais gerais.

Tomando como primeiras preocupações sociais com a saúde e sua manutenção aquelas advindas de fundo místico, observadas nos primórdios da humanidade e em certas comunidades que remanescem completamente isoladas, nas quais a doença não passa de um produto da ira divina e os tratamentos são prestados visando – em verdadeira profilaxia espiritual – libertar o enfermo do espírito possuidor de seu corpo, registros de medidas efetivas voltadas à fiscalização sanitária e à higiene pública encontrar-se-iam apenas no Império Romano, atividades diluídas com a dispersão de poder verificada ao longo da Idade Média e com a consolidação do liberalismo.

A contribuição liberal neste domínio não discrepou de tudo o mais nascido sob o pálio de extremadas autonomia de vontade e proteção à liberdade individual e da intervenção estatal mínima: cada cidadão deveria tratar de seu próprio corpo, nada devendo esperar da autoridade pública, limitada a agir em casos extremos ou calamitosos, e ainda assim adotando somente medidas voltadas ao combate específico de riscos como os de acidentes laborais, doenças epidêmicas ou que acarretassem possibilidade de mau funcionamento dos empreendimentos e aglomerações industriais<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> Cf. GOMES, Carla Amado. *Defesa da Saúde Pública vs. liberdade individual:*

Não é preciso muito esforço para perceber que a origem do embate dialético do qual defluiram normas tuitivas previdenciárias e laborais encontra aí um de seus afluentes, sendo, ao contrário, essa uma relação de causa e efeito de todo previsível, que desaguou nas consequências descritas no item anterior.

E na vigência do Estado Social a alteração conceitual a respeito do papel a ser desempenhado pelo Estado na proteção da saúde humana é notável, até porque – nunca é demais lembrar – manter, prevenir ataques ou recuperar a saúde são pré-requisitos para que se possa adquirir a igualdade material ventilada no item anterior, sendo essa, por sua vez, *conditio sine qua non* para a obtenção da efetiva liberdade e gozo dos demais Direitos Fundamentais.

*Ipsa facto*, a positivação desse novo olhar lançado sobre a matéria – a exemplo do que ocorreu com os demais Direitos Sociais – ganha *status* constitucional e de Direito primário internacional, sendo em consequência posteriormente produzidas normas regulamentadoras internas e criados órgãos estatais com o fito de assegurar o conteúdo prestacional decorrente.

Exemplo nítido desse novo pensar encontra-se no conceito de saúde aludido no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde – OMS<sup>51</sup>: *a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade*. Como se pode

---

*casos da vida de um médico de saúde pública*. Lisboa, 1999, p. 2. Disponível em: <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/CAGDefesa.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/CAGDefesa.pdf)> Acesso em: 25 maio 2013.

<sup>51</sup> Os Estados-Membros desta Constituição declaram, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, que os seguintes princípios são basilares para a felicidade dos povos, para as suas relações harmoniosas e para a sua segurança; A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social. (...) Os Governos têm responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas.

deprender, resta clara a dimensão prestacional inserta na redação transcrita, na qual a definição de saúde contempla não somente a *ausência de doença ou enfermidade*, mas *um estado de completo bem-estar físico, mental e social*, objetivo a ser atingido da melhor forma possível, consideradas todas as possibilidades dadas,

Confirmando também o sobredito, neste Diploma e nas Constituições portuguesa – artigo 64<sup>52</sup> – e brasileira – artigos 6º e 196 a 200<sup>53</sup> – ao Estado é imputado o dever de velar pelo

---

<sup>52</sup> 1. Todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover. 2. O direito à proteção da saúde é realizado: a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito; b) Pela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a proteção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável. 3. Para assegurar o direito à proteção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado: a) Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação; b) Garantir uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde; c) Orientar a sua ação para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos; d) Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade; e) Disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico; f) Estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicodpendência.

<sup>53</sup> Art. 6º São direitos sociais (...) a saúde (...) na forma desta Constituição. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e económicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como



direito à proteção da saúde.

Embora a concretização do Direito Social em foco fique sob constante ameaça em crises econômicas – com divergências sobre a possibilidade de retrocesso a menores proteções dos hipossuficientes<sup>54</sup> – e o poder de polícia exercido pelo Estado possua natureza prestacional – dimensão positiva do Direito Fundamental à Proteção da Saúde<sup>55</sup> –, não tem figurado em relatórios de ajustes orçamentários, dado importante para as soluções após descritas, quicá por não implicar sua entrega ganho econômico para os particulares – comparativamente a atividade exige gastos estatais mínimos – ou, como ocorreu em Portugal, desprovidos de análise técnica consistente anterior, os cortes de verbas na área da saúde têm sido aplicados de forma transversal sobre salários e despesas, e não sobre atividades específicas<sup>56</sup>.

## 7. CASOS CONCRETOS

Por fim, o Direito Fundamental à Proteção da Saúde conecta-se com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana – o primeiro é imprescindível para a incolumidade do segundo – e, em sua dimensão negativa, impõe ao Estado e aos particulares o dever de não praticarem atos ofensivos à saúde alheia.

---

bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

<sup>54</sup> Como foi possível observar na 1ª mesa-redonda da Conferência *A Sustentabilidade do Estado Social*, organizada pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e realizada no dia 10 de dezembro de 2012 no anfiteatro 3 da mencionada instituição de ensino.

<sup>55</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade ...*, p. 111; MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *ob.cit.*, p.1306-1037. Por analogia.

<sup>56</sup> Cf. FERNANDES, Adalberto Campos. A crise e as escolhas políticas em saúde in FERREIRA, Eduardo Paz (Coordenador). *Troika Ano II: uma avaliação de 66 cidadãos*. Lisboa: Edições 70, 2013, p. 17-24.

## 7.1 – USO DE TABACO EM AMBIENTES COM POUCA CIRCULAÇÃO DE AR

O Acórdão nº 423/2008 do Tribunal Constitucional Português registra o julgamento da fiscalização preventiva de constitucionalidade incidente sobre dois artigos de Decreto editado pela Região Autónoma da Madeira visando adaptar aquela parcela do território lusitano à Lei nº 37, de 14 de agosto de 2007, cujo conteúdo protege a população da *exposição involuntária ao fumo do tabaco e estabelece medidas de redução da procura relacionadas com a dependência e a cessação de seu consumo*.

No que interessa para o presente trabalho, um dos artigos permitia aos proprietários de bares e restaurantes com área comercial inferior a 100 m<sup>2</sup> optarem por permitir ou proibir o uso de cigarros e similares em seu interior.

Era atacado ao argumento de materializar usurpação de competência exclusiva da Assembleia da República, pois afetava o Direito à Proteção da Saúde em sua dimensão negativa, atraindo a aplicação, por analogia<sup>57</sup>, do tratamento conferido aos Direitos, Liberdade e Garantias pela Constituição Portuguesa que, nessa situação, reservava àquela a competência dita como usurpada. Na petição inicial, o Representante da República para a Região Autónoma da Madeira acrescia que, a prever tal norma, os donos desses estabelecimentos passariam a possuir competência para decidir conflitos entre Direitos Fundamentais, como o instalado entre o *Direito à Proteção da Saúde ostentado pelos frequentadores não fumantes e a liberdade geral de atuação dos frequentadores fumantes*.

A defesa do dispositivo, sustentando nele solucionados a contento todos os conflitos de Direitos Fundamentais mencionados no requerimento inicial, preservando-se os núcleos essenciais do Direito à Saúde e do Direito ao Livre Desenvolvi-

---

<sup>57</sup> Artigo 17º da Constituição da República Portuguesa.

mento da Personalidade dos fumadores, refutou fosse ao Direito Fundamental à Saúde conferido tratamento análogo ao dos Direitos, Liberdades e Garantias, sendo possível aplicar-lhe apenas aquilo que diz respeito aos Direitos e Deveres Sociais, Económicos e Culturais.

O Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade pugnada aduzindo que a prevenção e o combate ao tabagismo – determinados na Ordem Jurídica portuguesa e da União Europeia, na respectiva Convenção Quadro da Organização Mundial da Saúde – OMS e no trâmite que culminou na Lei nº 37/ 2007 – eram oriundos de longa luta em defesa da saúde pública<sup>58</sup>, voltados a minorar riscos e efeitos negativos causados pelo uso da aludida substância e não eram identificáveis no Decreto madeirense.

Acrescentando ser a proteção à saúde tutelada no Título III da Parte I da Constituição Portuguesa e atribuídas pela doutrina ao Direito respectivo vertentes positivas e negativas – a última presente quando interligado aquele a outros princípios ou Direitos Fundamentais, como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ou o Direito à Integridade Física –, apontou que a Convenção-Quadro da OMS antes mencionada fora ratificada por Portugal e protegia a integridade física e a saúde das pessoas, ambos afetados pelo artigo impugnado, pois o poder decisório por ele facultado aos empresários madeirenses implicava nítido risco de submeter os frequentadores de seus estabelecimentos às substâncias originadas pelo tabagismo.

Concluiu asseverando que a integridade física e moral das pessoas é inviolável e por isso nenhuma forma de agressão a ela dirigida é admissível, bem como que, se a promoção, prevenção e combate às doenças configuram condutas ativas do Direito à Proteção da Saúde, o Direito à Integridade Física consta do rol de Direitos, Liberdades e Garantias, razão pela

---

<sup>58</sup> Cf. MIRANDA, Jorge. Lei do Tabaco e Princípio da Igualdade. Parecer *in O direito*. Lisboa: Jurisdireito, 2008, A 140, nº 2, p. 504-515.

qual, naquilo em que ambos incidirem concomitantemente, também a dimensão negativa do Direito à Saúde seria afetada.

Os votos divergentes colhidos eram lastreados no entendimento de que estava em causa apenas a dimensão positiva do Direito à Proteção à Saúde, razão pela qual não se poderia utilizar a técnica da ponderação para resolver a questão subjacente aos autos<sup>59</sup>.

Analisando o caso concreto à luz do apresentado nos itens 3, nele não está presente auto-ruptura constitucional material, dever fundamental ou suspensão, pois não há na Constituição Portuguesa nada que impeça ou paralise o exercício dos referidos Direitos Fundamentais, tanto mais por editada pelo poder constituinte originário norma criando exceção, situação excepcional transitória que os atinja ou imposição de agir ou deixar de agir que surta tal efeito.

E tratando-se do uso de tabaco em ambiente com reduzida circulação de ar frequentado por não fumantes, não razoável imaginar possível afastar a formação do conflito em causa por meio de mera demarcação do âmbito de proteção ou do limite de exercício do Direito à Proteção da Saúde ou, principalmente, do Direito à Liberdade de fumar nos aludidos recintos, pois a potencial ofensa à saúde alheia jamais será contemplada pelo Direito à Liberdade Individual e as substâncias oriundas do tabagismo possuem características danosas acumulativas que impossibilitam, por exemplo, sejam liberados, na espécie, horários ou quotas de cigarros para consumo.

Para analisar os fundamentos invocados na petição inicial, pela defesa da norma, adotados pela Corte Constitucional, parte-se das nuances do caso concreto para solucionar o mencionado conflito e, após, delinear como deve agir o Estado para tutelar o Direito Fundamental prevalecente.

Assim, incidindo sobre o bem da vida representado pelo ambiente de pouca circulação de ar frequentado por fumantes e

---

<sup>59</sup> Vide item 3.4 *supramencionado*.

não fumantes temos, de um lado, o *Direito à Liberdade Individual* do fumante de fazer uso do tabaco e, de outro, o *Direito à Proteção da Saúde* dos não fumantes que, segundo o feixe normativo referido pelo Tribunal Constitucional Português e no parecer jurídico a ele acostado<sup>60</sup>, será resguardado se, e somente se, não for usado o tabaco na aludida situação.

O *Direito à Saúde* é um *Direito Fundamental Social*, portanto, de *segunda dimensão*, e o *Direito à Proteção da Saúde* possui idêntica natureza jurídica, classificação que encontra amparo na origem histórica e no conteúdo majoritariamente prestacional inerente à suplantação do liberalismo tal como concebido até o final do século XIX ou início do século XX. E a exemplo dos demais Direitos Fundamentais Sociais, possui *dimensão negativa*, da qual deflui o direito de não agressão à saúde de seus titulares. Se é assim, o uso da técnica da ponderação como meio resolutivo de conflitos que estabeleça com um *Direito, Liberdade ou Garantia* previsto na Constituição da República Portuguesa é possível, amoldando-se, em tese, o *Direito Fundamental à Liberdade ao uso do tabaco* na segunda das hipóteses mencionadas

A visualização do conflito em apreço fica mais nítida quando se lança mão de abordagem topográfica<sup>61</sup> efetuada no seguinte quadro sinótico:

<i>BEM DA VIDA</i>	
Ambiente de bar ou restaurante, com pouca circulação de ar, utilizado concomitantemente por fumante e não fumante ao longo de certo período de tempo	
<i>DIREITOS FUNDAMENTAIS ENVOLVIDOS</i>	
Direito à Liberdade Individual de fumar nos ambientes fechados	Direito à proteção à saúde (Dimensão negativa)
<i>CONCLUSÃO</i>	
Há sobreposição dos direitos acima descritos na medida em que ambos se concretizariam, a um só tempo, no mesmo espaço físico.	

<sup>60</sup> Cf. MIRANDA, Jorge, *ob. cit.*, p. 3.

<sup>61</sup> Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes, *ob. cit.*, p. 1239.

Resta saber qual solução gera um mínimo de afetação dos Direitos Fundamentais envolvidos, resolvendo o conflito razoável e racionalmente, de sorte a obter a *relação de precedência condicionada* ideal para o caso concreto.

A que proíbe o uso do tabaco em ambientes fechados dos bares e restaurantes é a única que atende às condicionantes referidas preservando o núcleo essencial desses Direitos Fundamentais, pois os fumantes podem fazer uso do tabaco em outros ambientes e fumantes e não fumantes não ficam privados de frequentar o espaço comum a ambos e, *contrario sensu*, ou seja, permitindo-se o uso do cigarro nesses espaços, o núcleo essencial do Direito à Proteção da Saúde dos não fumantes restaria afetado.

Por outro lado, as duas normas jusfundamentais abordadas, quando observadas sob o viés do direito constitucional contemporâneo, deitam raízes, concretizam, núcleo axiológico comum<sup>62</sup>: a dignidade da pessoa humana. E esta, na espécie, segue a lógica descrita na solução proposta, na qual não será maculada, sendo-o na prevalência da norma madeirense.

Se temos a *relação de precedência condicionada ideal* para o caso concreto, temos<sup>63</sup> claro qual é o Direito Fundamental que o Estado deverá agir prevenindo, obstando ou reparando lesão contra ele perpetrada.

Sabe-se que abster alguém do uso do tabaco para não ofender o Direito à Preservação da Saúde de outrem é uma imposição decorrente da dimensão negativa do mencionado Direito Fundamental, mas vedar por meio legal o risco de pessoas serem expostas de forma involuntária ao uso do tabaco – medida preventiva – configura uma prestação estatal?

Ora, a prestação estatal materializa-se pelo agir, pelo abandonar a posição de inércia, quer quando o Estado garante a abstenção por meio de polícia administrativa, quer ao legislar

---

<sup>62</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade ...*, p. 84-98.

<sup>63</sup> Vide item 3.3 *supramencionado*.

sobre a matéria e impor a mencionada conduta omissiva.

Aliás, estabelecido o Direito Fundamental que deve ser – por força dos efeitos verticais desta norma incidentes sobre cada um dos Poderes Estatais – tutelado, se essa proteção não ocorrer, também sua dimensão positiva é a afetada, porém em sentido inverso ao da hipótese anterior, desta feita, em tese, gerando-se o direito subjetivo à reparação se da referida inação pública tenha resultado lesão patrimonial material ou imaterial.

Fixadas essas premissas, o Tribunal, quando vai apreciar pedido de declaração de inconstitucionalidade nos moldes antes descritos, toma em conta a relação horizontal subjacente ao dispositivo impugnado – entabulada entre os fumantes e não fumantes ou entre os não fumantes e os proprietários de estabelecimentos – ou a natureza jurídica, se positiva ou negativa, da ação estatal nele contida?

Conquanto nesse caso em particular o Julgamento tenha adentrado por essa vereda em razão de provocação efetuada pelo Representante da República em sua petição inicial, o que se justifica porque tinha ele em mira, a partir daí, rotular de inconstitucional o refalado artigo por aviltamento de reserva legal prevista no texto constitucional, não é esse o melhor parâmetro para aferir a constitucionalidade da norma em foco.

Trata-se, primeiro, de verificar se, em juízo de proporcionalidade, o dever de proteção estatal nela plasmado foi eficaz, se há *deficit* ou excesso de proteção.

Nessa quadra, considerado todo o sobredito, o dever estatal referido foi plenamente cumprido pela Assembleia da República por intermédio da Lei nº 37, de 14 de agosto de 2007, o mesmo não se podendo dizer em relação ao artigo impugnado, porquanto a prevalecer a norma madeirense, os não fumantes, se optassem por frequentar locais pertencentes àqueles donos de restaurantes ou bares favoráveis ao uso do tabaco, teriam aviltado o Direito de Preservação da Saúde que possuem, o que desnuda o *déficit de proteção* da referida norma tornado-a in-

constitucional.

Ademais, como bem referido no aresto, o Direito à Integridade Física consta do rol de Direitos, Liberdades e Garantias e, naquilo em que incidir concomitantemente com o Direito à Proteção da Saúde, respalda a tese exposta no exórdio e adotada pelo Tribunal.

Isso porque, a considerar as dimensões negativa e positiva do Direito à Proteção da Saúde mencionadas na norma cujo exame de constitucionalidade está sendo efetuado, dúvida não há de que a dimensão nela envolvida é a positiva, o que impediria solver a *quaestio sub iudice* na forma como entregue a prestação jurisdicional.

## 7.2 – O PAINEL SENSORIAL CONSTITUÍDO POR PROVADORES DE CIGARROS

No início deste século chegou ao conhecimento do Ministério Público do Trabalho uma ação individual movida por ex-empregado da Souza Cruz S/A que buscara, na Justiça Comum, sua condenação ao pagamento de indenização por danos causados à saúde em razão de vários anos laborando no denominado *painel sensorial*, equipe de *provadores de cigarros* fabricados pela empregadora e pela concorrência que trabalhavam visando aprimorar a aceitação dos produtos da ré no mercado de consumo.

*Ipsa facto*, em 2003 o *parquet* protocolizou ação civil pública tomando como paradigma essa lide individual, demanda coletiva julgada pela 15<sup>a</sup> Vara do Trabalho do Rio de Janeiro<sup>64</sup>, que condenou a sociedade empresária a deixar de contratar pessoas para a aludida atividade, a prestar assistência médica por 30 anos a todos aqueles que nela tivessem desempenhado tais funções e ao pagamento de compensação por danos

---

<sup>64</sup> Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 a Justiça do Trabalho passou a ser competente para julgar a matéria.



morais coletivos no importe de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais)<sup>65</sup>.

O Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região – RJ manteve incólume a condenação e a 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho afastou apenas o pagamento da referida compensação.

Embargos à Subseção Especializada de Dissídios Individuais 1 – SbDI 1 do TST<sup>66</sup> foram opostos pela ré e pelo Ministério Público do Trabalho.

O julgamento terminou em 21 de fevereiro de 2013 e culminou, por 6 x 5, no acolhimento de ambos os pleitos recursais, disso resultando que a ré poderia continuar contratando os citados trabalhadores devendo, contudo, pagar a compensação por danos morais decorrente desta prática.

Malgrado questionável a coerência interna da decisão, para o presente estudo subleva reconstituir as razões de decidir nela adotadas, o que será antecedido de uma breve explicação a respeito dos contornos da lide.

O MPT aduziu, na causa de pedir, que a denominação *painel sensorial* encobria o trabalho de uma *brigada de provedores de tabaco*, substância cujo consumo, mesmo lícito, era alvo de severas críticas e campanhas contrárias ao uso por parte de autoridades médicas. Invocando o respeito pela saúde dos trabalhadores, matéria disciplinada pelas Convenções nº 148, 155 e 161 da Organização Internacional do Trabalho – OIT e na Convenção-Quadro sobre o Controle do Uso do Tabaco da Organização Mundial da Saúde – OMS – instrumentos ratificados pelo Brasil – aduziu que atividade laboral atacada estava

---

<sup>65</sup> Aproximados 385.000,00 € no momento em que estava sendo redigido o presente texto.

<sup>66</sup> A Subseção I Especializada em Dissídios Individuais é composta por quatorze ministros e é o órgão revisor das decisões das Turmas e unificador da jurisprudência do TST. O quórum mínimo é de oito ministros para o julgamento de agravos, agravos regimentais e recursos de embargos contra decisões divergentes das Turmas ou destas que diverjam de entendimento da Seção de Dissídios Individuais, de Orientação Jurisprudencial ou Súmula.

no contra-fluxo de todas as medidas protetivas trabalhistas, fossem elas nacionais ou internacionais, porquanto ao submeter a saúde de seres humanos ao risco os tratava como cobaias desprezando solenemente o ordenamento jurídico pertinente.

Opondo-se, a Souza Cruz S/A alegou ser o *painel sensorial* utilizado internacionalmente e essencial à qualidade e produção uniforme dos cigarros que produzia.

Afirmando que a proibição afetaria o mercado concorrencial – pois somente a ela se aplicaria, podendo as concorrentes agirem livremente neste campo –, destacou que na legislação trabalhista brasileira, para os casos de risco na prestação de serviços, é previsto acréscimo remuneratório, nunca vedar o exercício da profissão que, na hipótese, era de adesão voluntária, restrita aos maiores de idade e fumantes, podendo o *paineirista* a qualquer tempo dela requerer desligamento, mesmo sem apontar nenhuma justificativa.

Acrescentou que a profissão de *blender de cigarros e degustador de charutos* era regulamentada no Catálogo Brasileiro de Ocupações – CBO, tendo a decisão objurgada enquadrado a atividade como insalubre sem que existisse disposição a respeito da matéria em Normas Regulamentadoras expedidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego – MTE e de forma contrária ao determinado na Consolidação das Leis do Trabalho. Ao final, citou, ainda, princípios constitucionais supostamente aviltados caso fosse impedida de prosseguir contratando trabalhadores para a atividade, dentre eles o do livre exercício profissional.

O Ministro Relator votou pelo não conhecimento do recurso da ré e pelo provimento do recurso do MPT, restabelecendo a condenação ao pagamento da compensação por dano moral coletivo. Fundamentou seu entendimento em norma jurídica supralegal, representada pela Convenção-Quadro da OMS, que obriga o Brasil a adotar medidas eficazes contra a exposição ao tabaco em locais fechados de trabalho, não sendo possí-

vel criar *áreas de imunidade à ordem normativa com apoio no princípio da liberdade*.

A divergência foi aberta na primeira sessão de julgamento. Os argumentos contrários ao voto exposto pelo Ministro Relator, em síntese, foram: **(a)** o painel sensorial é essencial para a empregadora realizar o controle de sua produção, não podendo ser desempenhado por máquinas; **(b)** o trabalho era voluntário e exercido durante 30 minutos pela manhã e igual tempo a tarde, sempre por empregado fumante; **(c)** o fato de ser fumante afasta a possibilidade de ser prejudicado pela atividade em foco; **(d)** a atividade é regulamentada pelo Ministério do Trabalho, está sujeita a limites legais e o fumo não é proibido; **(e)** a intervenção do MPT em situação na qual prepondera o acordo entre Estado, empregados e empregadores é indevida; e **(f)** os mergulhadores de plataformas de petróleo estão sujeitos a condições muito piores do que a dos provadores de cigarros, sendo elevado o número de mortes e de aposentadorias aos 40 anos devido aos desgastes da profissão, mas é aceita por imprescindível para a prospecção petrolífera.

Um voto alternativo foi apresentado, no sentido de permitir um trabalho por seis meses, com uma semana de intervalo a cada três de labor, ao fim das quais ocorreria afastamento por três meses e se facultaria o retorno, ou não, àquela atividade.

Após pedido de vista regimental, o voto de desempate foi proferido no sentido de, velando pela obediência aos direitos fundamentais, permitir a atividade e impor medidas que minimizassem os riscos, disso resultando a manutenção da condenação ao pagamento da compensação por danos morais.

Nessa sessão foram igualmente debatidos fundamentos trazidos à tona em votos dos demais Ministros: **(a)** por mais que se reconheçam os efeitos danosos do fumo, a Ordem Jurídico-constitucional possui princípios que impossibilitam, sem a devida regulamentação legal, o estabelecimento de restrições à atividade dos provadores; **(b)** embora potencialmente ofensiva,

a atividade é lícita, não se podendo impor à empregadora uma abstenção relacionada à prática de algo essencial à produção com qualidade de seus produtos; (c) o único que acompanhou o Relator integralmente, afirmando ser uma determinação legal, na impossibilidade de eliminação do risco, a utilização de equipamentos de proteção individual, não havendo notícia da existência de algum relacionado ao trabalho dos *painelistas*.

Uma vez mais os Direitos Fundamentais envolvidos são, além do à Propriedade, também o à Proteção da Saúde e à Liberdade Individual, o último dos próprios trabalhadores de sujeitarem-se ao labor descrito.

E também nesse caso o exercício respectivo não pode ser afastado por auto-ruptura constitucional material, dever fundamental ou suspensão, porquanto na Constituição brasileira não existe nenhuma exceção editada pelo poder constituinte originário, imposição de agir ou deixar de agir ou, ainda, situação transitória que o paralise ou impeça. O que há são normas expressas<sup>67</sup> que requerem interpretação sistêmica limitando o Direito à Propriedade à observância de sua função social, nuance nesse momento abstraída com o fito de facilitar a exposição do raciocínio aplicável aos demais princípios envolvidos, que em muito a ela se aplica.

De outro vértice, excluído do enquadramento o Direito Fundamental à Propriedade e a exegese constitucional que lhe deve ser conferida, o uso do tabaco a tudo subjacente impede, pelos fundamentos expostos no subitem anterior<sup>68</sup>, seja afastada a formação do conflito de Direitos Fundamentais mediante a demarcação do âmbito de proteção ou do limite de exercício do

---

<sup>67</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

<sup>68</sup> Como dito antes, em razão das características cumulativas das substâncias adversas à saúde contidas nos cigarros e na fumaça respectiva não é admissível delimitar tempo ou intervalo cronológico de utilização ou exposição a eles.

Direito à Liberdade de contratar ou do Direito à Proteção da Saúde.

Portanto, existente o conflito de Direitos Fundamentais, verificar-se-á qual é a *relação de precedência condicionada ideal* para o caso concreto e, após, qual o papel do Poder Judiciário em tal situação, nesse momento analisando em notas de rodapé os fundamentos invocados pelas partes e pelos Ministros que integram a Subseção Especializada de Dissídios Individuais 1 – SbDI 1 do TST.

Sobre o bem da vida representado pela saúde dos empregados contratados para laborar no painel sensorial montado pela Souza Cruz S/A, de uma banda incide o *Direito ao livre exercício profissional*, doravante tratado<sup>69</sup> como *Direito à Liberdade Individual* do empregado de aceitar tal emprego e, de outro, o *Direito à Proteção da Saúde* das mesmas pessoas.

Antes de verificar qual a melhor solução para o caso concreto, convém lembrar que o *Direito Fundamental ou Princípio do Direito à Proteção da Saúde* conecta-se com o *Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*<sup>70</sup> e, em última *ratio*, com a própria vida, tornando-o um bem indisponível, irrenunciável. E no tópico anterior tendo sido estabelecido que é a dimensão negativa do *Direito à Proteção da Saúde* a atingida quando submetido alguém à fumaça do cigarro<sup>71</sup>, a técnica da ponderação é aplicável para solucionar o conflito retratado no quadro sinótico abaixo:

---

<sup>69</sup> Nessa situação específica, em que não há prejuízo considerável para o objetivo do presente trabalho.

<sup>70</sup> Item 6 *supramencionado*.

<sup>71</sup> A exposição voluntária e o discernimento entre a exposição voluntária remunerada e não remunerada será abordada na nota de rodapé seguinte.

<i>BEM DA VIDA</i>	
Saúde dos trabalhadores contratados para laborar no painel sensorial montado pela Souza Cruz S/A	
<i>DIREITOS FUNDAMENTAIS ENVOLVIDOS</i>	
Direito à Liberdade Individual de ser contratado para a aludida tarefa	Direito à proteção à saúde (Dimensão negativa)
<i>CONCLUSÃO</i>	
Há sobreposição dos direitos acima descritos na medida em que ambos se concretizariam, a um só tempo, no organismo das mesmas pessoas.	

A afetação mínima dos Direitos Fundamentais envolvidos, que solve de forma razoável e racional o conflito entre eles existente, daí defluindo a *relação de precedência condicionada* ideal para o caso em foco, é aquela cuja vedação para contratar *brigadas de provadores de cigarros* dela resulta, pois em tal hipótese os trabalhadores poderão contratar sua prestação de serviços em outras atividades sem aviltar ou ameaçar aquilo que confere valor e está no cerne da proteção ao Direito Fundamental à Proteção de sua Saúde, que lhes é imanente, os distingue de meio para atingir um objetivo e é inalienável<sup>72</sup>: a sua dignidade como pessoa humana, que informa todo o sistema jurídico e não foi aquilatada como merecia nas razões de decidir expostas durante o julgamento efetuado pelo Tribunal Superior do Trabalho<sup>73</sup>.

<sup>72</sup> O que afasta o argumento aduzido na defesa empresarial no sentido de terem os operários aderido voluntariamente à essa modalidade de labor e mesmo de serem fumantes. Afinal, o que se discute, por ser o Sistema Jurídico inteiramente informado pelo *Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, é a remuneração, a atribuição de preço, a contratação para uma atividade assim, aspecto diverso, em gênero, número e grau, da exposição voluntária nessas duas hipóteses plasmada. Cf. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *ob. cit.*, p. 302. A autolimitação voluntária dos Direitos Fundamentais – mesmo se normal a manifestação de vontade e com esclarecimento completo daquele que a exerce – não pode estar relacionada a norma jusfundamental envolvida simultaneamente ou intimamente associado a *valores comunitários básicos* como, por exemplo, o Direito à integridade física, um bem indisponível por excelência.

<sup>73</sup> Para tanto, com espeque no artigo 8º da CLT – que permite a utilização do Direito Comparado como parâmetro decisório – encontraria arrimo em *leading case* internacional de enorme repercussão a seguir mencionado e exsurgiria nítida a aplicação e

Esse é um caso típico em que a fórmula do objeto e a ideia de evidência amoldam-se como mão à luva, pois a manter-se a contratação referida reduzem-se tais obreiros a coisas, repisa-se, a objetos para atingir um fim<sup>74</sup> – aprimoramento de produtos para mercado de consumo apreçado como maléfico para a saúde humana, danoso para a sociedade em geral e alvo de compromisso de combate firmado internacionalmente pelo país<sup>75</sup> – sua dignidade restaria cabal e irremediavelmente atacada, tida como passível de negociação, de atribuição de preço, ainda que sob o rótulo de salário ou remuneração<sup>76</sup>.

A partir daqui, não existindo norma objetiva, clara e especificamente dirigida à contratação em foco, ao Poder Judiciário cumpria obstar<sup>77</sup> – pelas razões mencionadas – a continuidade dessas contratações, velando pelo respeito à dignidade dos trabalhadores e, em reparação à lesão causada à categoria inteira dos trabalhadores envolvidos – conforme entendimento majoritário da doutrina brasileira –, condenar a Souza Cruz ao pagamento de compensação por dano moral coletivo.

Na mesma linha, eventuais regulamentações – como a da profissão de *blender de cigarros* e *degustador de charutos* regulamentada no Catálogo Brasileiro de Ocupações – CBO – devem ter sua incidência afastada sobre a hipótese pois, na lécica adotada pelo STF, não foram recepcionadas pela atual Constituição brasileira; sendo suprida a ausência de tal regula-

---

aquilatação de todos os demais Princípios constitucionais referidos pela Souza Cruz S/A ou pelos Ministros do TST conforme o *Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, defluindo daí não lhes ser possível interpretação que permitisse, por via reflexa, o comércio da saúde humana.

<sup>74</sup> E não o homem como um fim-em-si, idéia kantiana citada pelo Supremo Tribunal Federal como razões de decidir no RE 398041/PA – Pará, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Dje 241, divulgado 18-12-2008 e publicado em 19-12-2008.

<sup>75</sup> Portanto, não há falar em contrapor interesses concorrenciais mercadológicos, nacionais ou internacionais, à saúde e dignidade humanas envolvidas.

<sup>76</sup> O que torna inócua o fato de serem maiores de idade e poderem desligar-se a qualquer tempo, sem necessidade de justificativa prévia.

<sup>77</sup> E também ao Ministério Público do Trabalho - MPT, quer como fiscal da aplicação da lei, quer como tutor dos interesses coletivos inerentes aos trabalhadores.

mentação pela *relação de precedência condicionada ideal* que deveria ser alvo de proteção estatal, regra específica sobreposta, no caso concreto, àquelas de ordem geral contidas na Consolidação das Leis do Trabalho ou em Normas Regulamentadoras expedidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego – MTe<sup>78</sup>. Também não se pode equiparar a esse caso outras situações fáticas diversas<sup>79</sup> – que gerem paga de adicional, a dos mergulhadores de plataformas, aposentadoria precoce ou outra solução, etc. – porquanto apoia-se a técnica nas nuances do caso concreto, que guardam pertinência, isso sim, com o célebre exemplo do *lançamento de anões* julgado em França<sup>80</sup>, no qual se tomou em conta a impossibilidade de a dignidade dos envolvidos ser atingida pela paga de uma remuneração.

Em 27-10-1995 o *Conseil D'État* manteve a decisão do prefeito da comuna de *Morsang-sur-Orge* que havia interditado casa de diversões cujas atividades contemplavam convidar os espectadores a arremessar anões a maior distância possível, de um lado a outro do estabelecimento. Para a Corte – alterando decisão do Tribunal Administrativo contrária ao Poder Executivo local – esses *campeonatos de anões* não poderiam ser tolerados porque ofendiam a Dignidade da Pessoa Humana – valor naquele momento apontado pela vez primeira integrante da ordem pública francesa – ainda que voluntária a participação dos arremessados na atividade, pois a Dignidade é um bem *fora do comércio e irrenunciável*. Um dos anões impugnou a decisão perante o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, que, em 26-7-2002, rechaçou o argumento recursal de não se vislumbrar na espécie nenhuma ofensa à sua dignidade e aduziu não ser suficiente para outorgar caráter discriminatório à interdição a existência de outras atividades igualmente agressivas à Dignidade da Pessoa Humana.

---

<sup>78</sup> Que integra a estrutura organizacional do Poder Executivo brasileiro e, assim, não confunde-se com o Ministério Público do Trabalho - MPT, o *parquet* trabalhista.

<sup>79</sup> Vide itens 1, 2 e 3 *supramencionados*.

<sup>80</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade ...*, p. 108.



### 7.3 – OUTROS CASOS

Evidentemente, há múltiplos exemplos em que o conflito entre o Direito Fundamental à Liberdade Individual e o Direito Fundamental à Proteção da Saúde emerge. Alguns<sup>81</sup> serão abordados de maneira conjunta neste item e foram escolhidos pelas relevantes conclusões que deles se pode extrair, são os pertinentes ao extermínio, no Brasil e na União Europeia, de mosquitos transmissores de doenças, e da impossibilidade de efetuar transfusão de sangue em razão de credo religioso na Argentina e no Brasil.

Na primeira hipótese, no Brasil, a Fundação Nacional da Saúde – FUNASA, em parceria com a Universidade de São Paulo - USP, em 11 de outubro de 2002, reuniu em uma oficina de trabalho diversos profissionais da área jurídica – membros do Ministério Público, Magistratura, professores, etc. – e profissionais governamentais do setor de saúde visando debater medidas contrárias a propagação da dengue no País.

A reunião produziu um documento-síntese contendo orientações para a atuação de agentes públicos e de operadores de Direito no que se refere aos atos, aos encaminhamentos e às soluções conferidas se particulares se negassem a permitir o acesso e, em consequência, o combate ao mosquito *Aedes aegypti* em imóveis de sua propriedade.

Nessa situação identificada a presença de um conflito formado entre o mandamento constitucional que protege a liberdade individual dos aludidos proprietários de imóveis tornados inacessíveis ao poder público e o Direito à Proteção da Saúde da comunidade<sup>82</sup>, inicialmente os autores do documento

---

<sup>81</sup> Como apontado na delimitação do objeto descrita no item 1.1 *supramencionado*.

<sup>82</sup> Cf. BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. *Programa Nacional de Controle da Dengue: amparo legal à execução das ações de campo – imóveis fechados, abandonados ou com acesso não permitido pelo morador*. Brasília: Ministério da Saúde, 2006, p. 7 e 17.

apontarem que a República Federativa do Brasil *reconhece formalmente, em sua Constituição Federal, que a dignidade humana depende da proteção dos direitos fundamentais do homem, notadamente os direitos civis, políticos, sociais, culturais, econômicos, difusos e coletivos.*

E propuseram ações imediatas localizadas, como a edição de *norma técnica regulando especificamente a prevenção e o controle de doenças e agravos à saúde*, definindo ela padrões de potencialidade de risco e graduação da ação da vigilância sanitária conforme a gravidade encontrada em três níveis básicos:

Quando o risco à saúde não caracterizar perigo público, o ingresso forçado, sem autorização judicial, deverá ser feito apenas nos casos de imóveis abandonados ou desabitados, quando não se caracteriza o domicílio. Quando a ameaça à saúde pública constituir situação de perigo público, declarada como tal pelo gestor responsável pela execução das ações, com base na norma técnica, o ingresso forçado mostra-se possível, desde que observados os procedimentos formais nela estabelecidos. A situação de iminente perigo público será declarada pela autoridade sanitária mediante despacho motivado, precedido de procedimento administrativo com base em pareceres técnicos. No caso do ingresso forçado em imóveis, havendo a opção de se recorrer ao judiciário para a obtenção de autorização, o requerimento poderá ser genérico, englobando a totalidade dos imóveis a vistoriar, já que a causa da medida é o combate generalizado a um risco à saúde pública, e não qualquer circunstância ligada a um imóvel em particular. Embora a solicitação do mandado judicial só se faça necessária nos casos de resistência física do indivíduo à ação estatal, não será preciso que a autoridade comprove previamente a resistência do morador, pois a causa do pedido não é a recusa, mas sim a necessidade de agir em favor da saúde pública<sup>83</sup>.

Como pode-se depreender, a par de decidirem o conflito em favor da proteção da saúde humana, em reforço ao item 3.2

---

<sup>83</sup> BRASIL, Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde, *ob. cit.*, p. 21-24.

supramencionado, nesse caso foi possível estabelecer gradação de soluções diretamente proporcional ao perigo à saúde verificado *in loco*, observadas as condições concretas detectadas.

E na União Europeia luta análoga é direcionada contra o mosquito *Aedes albopictus* – mosquito tigre asiático – possível vetor de diversas doenças como a dengue e a febre do nilo, introduzido no Continente Europeu por meio do comércio de pneumáticos usados<sup>84</sup>. O inseto foi mencionado na *Comunicação da Comissão* lavrada em Bruxelas em 31-12-2008 e dirigida ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões como uma das espécies exóticas invasivas na UE, e esse documento, a seu turno, deu origem à proposta de *Regulamento do Parlamento e do Conselho Europeu Relativa à Prevenção e Gestão da Introdução e Propagação de Espécies Invasoras na UE* de 9-9-2013 que, no Capítulo VI, imputa aos Estados-Membros a adoção de ações físicas, químicas ou biológicas destinadas a erradicação respectiva<sup>85</sup>.

Ora, erradicação de um inseto que, a exemplo de seu similar Sul-americano, deposita ovos em quaisquer pequenas quantidades de águas paradas, é um objetivo capaz de ser atingido apenas caso adotada solução semelhante a antes descrita. Ou, pelo menos, nas regiões de quantidade considerada insuportável, não privilegiando a manutenção de propriedades fechadas.

Sendo assim, desde logo cumpre apontar que o Tribunal de Justiça da União Europeia tem jurisprudência firmada em desfavor do Direito de Propriedade quando em risco a saúde

---

<sup>84</sup>

Disponível

em:

<<http://eurlex.europa.eu/Notice.do?mode=dbl&lang=pt&ihmlang=pt&lng1=pt,es&lng2=bg,cs,da,de,el,en,es,et,fi,fr,hu,it,lt,lv,mt,nl,pl,pt,ro,sk,sl,sv,&val=484092:cs>>

Acesso em: 20-9-2013.

<sup>85</sup> Disponível em:

<<http://ec.europa.eu/environment/nature/invasivealien/docs/proposal/pt.pdf>> Acesso em 27-9-2013.

humana, transigindo somente quando não demonstrado suficientemente a sua existência<sup>86</sup>.

No que tange à impossibilidade de proceder a transfusão de sangue em razão de credo religioso, no Brasil pesquisa efetuada até à véspera da entrega do presente trabalho revelou que a matéria – em sua amplitude, não só quando na presença do conflito entre o o Direito Fundamental à Liberdade Individual e o Direito Fundamental à Proteção da Saúde – ainda não ascendeu aos Tribunais Superiores, exceto quanto ao Superior Tribunal de Justiça, que em 1998 pronunciou-se em juízo penal rejeitando a possibilidade de examinar a questão de fundo por considerar a vida do *Habeas Corpus* estreita para proceder exame a respeito da existência, ou não, de um crime na espécie<sup>87</sup>, portanto, sem firmar sequer posição a esse respeito.

Mas é amplamente conhecido o parecer lavrado pelo então advogado e atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, de cuja ementa extrai-se eficaz a manifestação de vontade, mesmo em caso de morte, quando o motivo for a crença religiosa adotada pelo paciente que a produziu de forma válida, inequívoca livre e informada<sup>88</sup>, posição defendida pelos adeptos do credo religioso Testemunhas de Jeová e aceita em Itália<sup>89</sup>, Espanha<sup>90</sup>, Canadá<sup>91</sup>, Estados Unidos<sup>92</sup>,

---

<sup>86</sup> C-601/11 P, acórdão de 11 de julho de 2013, República Francesa vs. União Europeia.

<sup>87</sup> RHC 7785/SP – Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 1998/0051756-1, Ministro Relator Fernando Gonçalves, Sexta Turma, DJ 30-11-1998, p. 209, RJTE, vol. 169 p. 285.

<sup>88</sup> 1. A liberdade de religião é um direito fundamental, uma das liberdades básicas do indivíduo, constituindo escolha existencial que deve ser respeitada pelo Estado e pela sociedade. 2. A recusa em se submeter a procedimento médico, por motivo de crença religiosa, configura manifestação da autonomia do paciente, derivada da dignidade da pessoa humana. 3. A gravidade da recusa do tratamento, sobretudo quando presente o risco de morte ou de grave lesão, exige que o consentimento seja genuíno, o que significa dizer: válido, inequívoco, livre e informado.

<sup>89</sup> Sentença nº 23676/2008 da Corte de Cassação Italiana.

<sup>90</sup> Artigo 2º da Lei nº 42/2002.

<sup>91</sup> St. Mary's Hosp. v. Ramsey (465 So.2d 666 (Fla. 4th DCA 1985))

mas não em todos os países, como demonstra a França<sup>93</sup>, conforme subsídios incorporados em nota de rodapé a partir de informações contidas no aludido texto.

Diferenciando o parecerista a dignidade da pessoa humana como fonte de proteção de valores sociais e promoção do bem a partir de critérios externos ao indivíduos – dignidade como heteronomia –, da dignidade em que prevalecem as escolhas individuais – dignidade como autonomia –, esta passível de ser afastada apenas com maior carga argumentativa, afirmou ele considerar preponderante na Ordem Constitucional brasileira a segunda hipótese<sup>94</sup>.

Na Argentina, a *Corte Suprema de Justicia de la Nación* adotou linha semelhante ao julgar, em 1º-6-2012<sup>95</sup>, a *Apelación Extraordinaria* na qual proclamou existente conflito entre os Direitos Fundamentais à Liberdade Individual e à Saúde e, em última ratio, à Vida e ao Credo Religioso e manteve decisão anterior que negava fosse efetuada transfusão de sangue no Sr. Pablo Albarracini Ottoneli.

Os Senhores Ministros pautaram-se pelo disposto no artigo 19 da Constituição daquele país<sup>96</sup>, cuja redação consagra respeito às ações privadas que não ofendam à moral, à ordem e nem prejudiquem terceiros, colocando-as em patamar infenso à jurisdição; pelo estabelecido no artigo 11 da Lei nº

---

<sup>92</sup> Health Care Consent Act arts. 5º, 10 e 26.

<sup>93</sup> O *Conseil D'État* decidiu que ao médico incumbe realizar todo o tratamento necessário mesmo se manifestada a recusa pelo paciente, para o que será despidianda a razão exposta (Ass. 26-10-2001 nº 198546).

<sup>94</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da Recursa de Transfusão de Sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade Humana. Liberdade Religiosa e Escolhas Existênciais*. Parecer, p. 8-16, 29-30 e 42. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>> Acesso em: 26-9-2013.

<sup>95</sup> APELACION EXTRAORDINARIA A 523, XLVIII – Albarracini Nieves, Jorge Washington sl medidas precautorias.

<sup>96</sup> *Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados.*

26.529/2009<sup>97</sup>, que estabelece a possível pessoas maiores de idade firmarem documentos prévio rechaçando tratamentos médicos, decisão de obrigatória observância exceto se dispuser a respeito de eutanásia; e de manifestação de vontade assinada pelo Sr. Ottoneli frente a um profissional juramentado.

Acrescentando apenas diante de interesse público relevante serem essas manifestações de vontade revistas pelo Poder Judiciário, foram claros ao rejeitar a presença desse requisito na hipótese.

No entanto, nessa ordem de idéias, pelo menos um aspecto não foi considerado pelo Ministro brasileiro e por seus pares Argentinos, tendo sido mencionado pelo pai do Sr. Ottoneli: a possível desatualização da refalada manifestação de vontade. A hipótese não é de todo descartável e o Sr. Ottoneli foi socorrido e permanecia inconsciente enquanto o processo tramitava, tendo os Ministros que decidiram o caso mencionado o fato de ter ele contraído núpcias no ambiente religioso respectivo e não existir prova em sentido contrário. Mas o primeiro fato não exclui a possibilidade de mudança de opinião posterior, que pode ter ocorrido em lapso imediatamente anterior ao sinistro que o vitimou. Nessa situação, a ausência do requisito *plena atualidade* da manifestação de vontade gera um resultado que pode ser irreversível e, o que é pior, não corresponder à realidade jurídica defendida acima.

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tomando um cotejo entre os dois exemplos principais descritos no texto acima, uma primeira conclusão é passível de ser extraída: aquela que torna clara a diferença existente entre a

---

<sup>97</sup> *Directivas anticipadas. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médidos preventivos o paliativos y decisiones relativas a sua salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes.*

efetiva utilização do Sistema Jurídico tomado como objeto de estudo no presente trabalho e algo que transita, está a meio termo, entre o positivismo mais arraigado e a aplicação de princípios, quiçá porque no ramo especializado trabalhista do Poder Judiciário brasileiro a matéria não é nova – o sistema de fontes normativas trabalhista no Brasil inclui princípios próprios, que produzem efeitos concretos –, embora não seja dotada de abordagem axiológica à luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, mesmo sendo ela fundamento da República Federativa nacional.

Nesse sentido, veja-se, por oportuno, que os argumentos favoráveis à saúde humana referidos no julgamento efetuado no Tribunal Superior do Trabalho trazido à baila cingiram-se em: atribuir natureza jurídica supralegal à Convenção Quadro da Organização Mundial da Saúde – OMS e, ao fazê-lo, defendeu não poder o Princípio da Liberdade criar *áreas de imunidade à ordem normativa*, sobrepondo o valor normativo da aludida Convenção ao de Princípio Constitucional que se afirma como de natureza Estrutural do Estado desde a insurreição jacobina do final do século XVIII; e inexistência de regra infraconstitucional descrevendo qual equipamento de proteção individual deveria ser utilizado em razão do risco à saúde relacionado ao trabalho dos *painelistas*.

De seu lado, os Princípios Constitucionais foram referidos *an passant* ou como sustentáculos de valores no mais das vezes mercadológicos, para os quais a Dignidade da Pessoa Humana nem sequer foi referida.

E a diferença de resultados obtidos entre o julgamento brasileiro e as razões expostas neste trabalho ou no *leading case* internacional mencionado é considerável: no primeiro, ainda que por via transversa, prevalece – o que se espera seja alterado em instâncias superiores – os interesses do mercado de consumo de substância reconhecida mundialmente como potencialmente prejudicial à saúde, danosa à sociedade e alvo de

campanhas transnacionais de combate ao uso<sup>98</sup>; e no segundo a saúde dos trabalhadores protagoniza a solução encontrada.

Exurgem assim, em traços gerais, as vantagens do Sistema utilizado, sendo – *data maxima venia* de entendimento em sentido contrário – reduzidas as margens de imprevisibilidade ou incerteza jurídica que existirão nas soluções que dele resultarem apontadas como corretas, talvez até muito próximas daquelas presentes na discricionariedade do Juízo ao analisar e aquilatar a prova ou escolher a exegese que irá conferir à norma entendida como aplicável à espécie na subsunção positivista.

Dito isso, resta perguntar: qual Sistema jurídico melhor responde aos interesses da sociedade pós-moderna, da busca de valores humanitários, do Estado Social? A pergunta remete a outra: longe, muito longe, de um ideário icnocrasta, o que é essencial, o que deve estar no centro das preocupações dos juristas, o homem, a saúde, a vida humana ou os conceitos tomados como um fim em si?

É certo, entretanto, que as linhas de raciocínio lançadas no presente estudo não se pretendem prontas e acabadas nem estão indene de críticas.

Todavia, o que não se pode é tentar analisar e adotar opinião crítica<sup>99</sup> a respeito do funcionamento de um Sistema Jurídico com os *óculos* de outro. Seria o mesmo que, *grosso modo*, apreciar um desporto a ele imaginando aplicável regramento diverso. Muito menos se pode abordar o tema de forma caricata, via de regra sob o argumento de autoridade e com o lustro de informações diversas que desviam o foco do debate, fazendo reverberar prática não contribui para o avanço dialético do pro-

---

<sup>98</sup> Existem vários dias de combate ao fumo ou ao consumo de cigarros estabelecidos em diversos países, mas o dia 26 de setembro este ano foi comemorado pela primeira vez como data alusiva aos ex-fumantes da União Europeia.

<sup>99</sup> E isso não foi efetuado no presente trabalho, apenas se comparou resultados e descreveu pequena particularidade da lógica que é inerente ao método da subsunção.



cesso de conhecimento.

Mas o Direito é Ciência e desafia à investigação, que ganha dinâmica acelerada em razão da atual facilidade de acesso a dados, publicações e obras científicas, reclamando a sociedade soluções que contemplem seus anseios, sendo essa a esperança de que sonha um mundo mais justo e mais humano.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. *Coleção Teoria e Direito Público*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011.
- AZEVEDO, Plauto Faraco. Controle Sanitário e Liberdade Individual, in BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. *Programa Nacional de Controle da Dengue: amparo legal à execução das ações de campo – imóveis fechados, abandonados ou com acesso não permitido pelo morador*. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da Recursa de Transfusão de Sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade Humana. Liberdade Religiosa e Escolhas Existênciais*. Parecer. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>> Acesso em: 26 set. 2013.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em

- Saúde. *Programa Nacional de Controle da Dengue: amparo legal à execução das ações de campo – imóveis fechados, abandonados ou com acesso não permitido pelo morador*. 2. ed.. Brasília: Ministério da Saúde, 2006, 254 p.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed.. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editora, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11. ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina.
- CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Colisões de Direitos Fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares e a regra da proporcionalidade: potencialidades e limites da sua utilização a partir da análise de dois casos *in* ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira, MEYER-PFLG, Samantha Ribeiro. *Lições de Direito Constitucional em homenagem ao Professor Jorge Miranda*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. Introdução à Edição Portuguesa *in* CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins fontes, 2010.
- FERNANDES, Adalberto Campos. A crise e as escolhas políti-

- cas em saúde in FERREIRA, Eduardo Paz (Coordenador). *Troika Ano II: uma avaliação de 66 cidadãos*. Lisboa: Edições 70, 2013.
- GOMES, Carla Amado. *Defesa da Saúde Pública vs. liberdade individual: casos da vida de um médico de saúde pública*. Lisboa, 1999. Disponível em: <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/CAGDefesa.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/CAGDefesa.pdf)> Acesso em: 25 maio 2013.
- LEWANDOSKI, Enrique Ricardo. A formação da doutrina dos Direitos Fundamentais, in SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. A dignidade da pessoa humano no contexto da pós-modernidade in MIRANDA, Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antônio (Coordenação). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- LOUREIRO, João; MACHADO, Jonátas; URBANO, Maria Benedita. *Casos práticos resolvidos*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado Contemporâneo in MARINONI, Luiz Guilherme (Coordenador). *Estudos de Direito Processual Civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- MIRANDA, Jorge. Lei do Tabaco e Princípio da Igualdade. Parecer in *O direito*. Lisboa: Jurisdireito, A 140, nº 2, 2008.
- MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2. ed., Tomo I, 2010.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 5. ed., Tomo IV, 2012.
- PRADO JR., Caio. *Dialética do Conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1980.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamen-*

*tais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. A dignidade da pessoa humano no contexto da pós-modernidade in MIRANDA, Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antônio (Coordenação). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Lisboa: Almedina, 2012.