

A PRUDÊNCIA COMO ELEMENTO INERENTE À ATIVIDADE JURISDICIONAL: PARA A EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA, DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DOS DIREITOS HUMANOS

*PRUDENCE AS AN INHERENT ELEMENT OF JURISDIC-
TIONAL ACTIVITY: TO THE EFFECTIVENESS OF HU-
MAN DIGNITY, FUNDAMENTAL RIGHTS AND HUMAN
RIGHTS*

Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral¹

Universidade Estadual de Londrina

Adelino Borges Ferreira²

Universidade Estadual de Londrina

Paulo Roberto Ciola de Castro³

Universidade Estadual de Londrina

Resumo

Considerado o paradigma constitucional referente ao Estado Democrático de Direito, espera-se dos magistrados atuação condizente com tal pauta axiológica. As respostas do Poder Judiciário almejarão efetivar a dignidade humana, direitos humanos e direitos fundamentais. Hodiernamente, vislumbra-se o solipsismo por parte do julgador, ao exarar sua própria visão moral em decisões, e inadvertidamente relegar a segundo plano o ordenamento constitucional. Nesse sentido, adotando-se o método dedutivo, objetiva-se analisar se a prudência,

¹ Doutora em Direito Civil pela PUC-SP. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Professora e Pesquisadora do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. E-mail: anaclaudiazuin@live.com;

² Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Paraná, Pós-graduado em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Paraná e Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Advogado. E-mail: adelino@bflaw.adv.br;

³ Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina, Pós-graduado em Direito Civil e Empresarial pela Faculdade Damásio e Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Advogado. E-mail: paulociola@gmail.com.

como virtude, é elemento relevante ao método de interpretação e aplicação do Direito, permitindo a tomada de decisão justa e equidistante, amparada nos fins constitucionais. Infere-se da análise ser a prudência elemento inerente à atividade jurisdicional, que permitirá a tomada de decisão adequada em casos concretos, em vias de efetivação da dignidade, assim como de direitos humanos e fundamentais.

Palavras-chave

Atividade Jurisdicional. Dignidade Humana. Direitos Humanos. Direitos Fundamentais. Prudência.

Abstract

Considered the constitutional paradigm referred to Democratic State of Law, magistrates are expected to act in accordance with such axiological guideline. The Judicial Power answers will aim to actualize human dignity, human rights and fundamental rights. Nowadays, solipsism is seen on the part of judges, by using their own moral vision in decisions, and inadvertently relegating the constitutional order to second place. Thereby, adopting the deductive method, the objective is to analyze whether prudence, as a virtue, is a relevant element to the method of interpretation and application of Law, allowing fair and equidistant decision-making, supported by the constitutional ends. It is inferred from the analysis that prudence is an inherent element of the judicial activity, which will allow the appropriate decision-making in concrete cases, in the process of achieving dignity, as well as human and fundamental rights.

Keywords

Jurisprudential Activity. Human Dignity. Human Rights. Fundamental Rights. Prudence.

1. INTRODUÇÃO

Sob o prisma filosófico, pretende-se compreender a conduta do magistrado ao exarar decisões, revelando-se as características inerentes a essa atividade e suas implicações sociais, considerando-se o modelo hermenêutico e dialético constitucional. Importa ressaltar de qual modo se realizará a conduta do julgador, quando da prolação de suas decisões.

Observando-se o paradigma axiológico exposto na Constituição Federal de 1988, espera-se do Poder Judiciário atuação harmônica à pauta de valores superior, de modo a efetivarem-se a dignidade humana, os direitos humanos e os direitos fundamentais.

Noutro vértice, nota-se que a estreita conexão entre princípios e valores morais, comumente permite ao magistrado, em franco solipsismo, exarar suas visões de modo a perseguir resultados que particularmente acredita serem adequados à construção social – se houver esse fim em suas buscas pessoais.

Com vistas a solver essa temerária posição, analisa-se a virtude denominada prudência, e se esta é elemento inerente às técnicas de interpretação e aplicação do Direito. Seria a prudência parte do instrumental disponível ao magistrado, para promoção e efetivação dos fins socialmente acordados e erigidos constitucionalmente.

Realizada a opção pelo método dedutivo no presente artigo, serão apontadas visões filosóficas que permeiam toda a discussão, que será iniciada pela conceituação de Direito, de Filosofia e de Jusfilosofia, bem como do que venha a significar prudência e quais suas implicações no campo Jusfilosófico.

Na sequência, a dignidade humana, os direitos humanos e os direitos fundamentais serão delimitados, considerando-se o ordenamento jurídico brasileiro. Ao cabo, observar-se-á se a prudência é elemento indispensável ao magistrado quando do exercício de suas funções jurisdicionais, e de qual modo referida virtude influi na técnica hermenêutica e de aplicação do Direito para a efetivação dos fins constitucionais referidos anteriormente.

2. PRUDÊNCIA E SEUS DESDOBRAMENTOS NA SEARA JUSFILOSÓFICA

Tomando por escopo a compreensão do significado da prudência e de seus reflexos da área jusfilosófica, afigura-se de bom alvitre esposar, inicialmente, marcos interpretativos norteadores do presente estudo, consistentes nas noções do venham a significar o Direito e a Jusfilosofia. Ambos os conceitos comportam sintéticas

considerações, fixando-se os alicerces sobre os quais será desenvolvida a pesquisa.

Considerando-se sua estreita conexão com o campo jusfilosófico, a explanação conceitual de Miguel Reale acerca do Direito e seus objetivos é pertinente aos propósitos buscados:

O Direito é uma projeção do espírito, assim como é momento de vida espiritual toda experiência ética. Mas é, propriamente, o *espírito como intersubjetividade objetiva*, visto como ordena o *ego* e o *alter* na validade integrante do *nós*. Na comunidade juridicamente ordenada os indivíduos não se dissolvem, nem se desintegram, porque é próprio do Direito, dado o seu caráter essencial de atributividade, tanto mais estabelecer nexos de cooperação, de interdependência e de complementariedade, quanto mais discrimina esferas autônomas de agir. Nem seria concebível o *nós* como tal, com perda da validade singular do *ego* e do *alter*, cuja coordenação aquele termo significa (REALE, 1999, p. 701-702).

Significaria dizer, noutros termos, ser o Direito a ciência à qual atribui-se a tarefa de sistematizar esse campo sobre o qual as pessoas, individual ou coletivamente, poderiam ser consideradas um todo, denominado *nós*. Após a ordenação sistematizada do *ego* (eu) e do *alter* (outro), forma-se o grupo social, passível de coordenação (pois agirá de modo organizado ao desenvolvimento harmônico geral), interdependência (na medida em que é recíproca a compreensão da necessidade do *alter*, entre os próprios partícipes) e complementariedade (porquanto numa sociedade coordenada a interdependente, não há fatores excludentes, mas complementares: há auxílio e solidariedade entre os componentes do todo social).

Nesse sentido, a realização do Direito significa a efetivação de uma comunidade concreta, resultado de uma ordem de cooperação e coexistência, em plena comunhão de fins. Compreende-se a pessoa como centro axiológico autônomo, o que só é possível mediante o reconhecimento da personalidade alheia

(REALE, 1999, 707). Trata-se o Direito da seara à qual confluem fatores sociais (fato), axiológicos (valor) e regras ou princípios (norma), objetivando-se a evolução social harmônica.

Encerrando-se o apontamento sobre o conceito de Direito, e coerentemente ao marco interpretativo selecionado, distingue-se o Direito da Moral – pela relevância da distinção a pontos futuros deste estudo – nos seguintes termos:

A Moral, fundada na espontaneidade e insuscetível de coação, pode dispensar a rigorosa tipicidade de seus imperativos que, aliás, não devem, por sua natureza, se desdobrar em comandos casuísticos. O Direito, ao contrário, disciplinando e discriminando “classes de ações possíveis”, deve fazê-lo com rigor, numa ordenação a mais possível lúcida de categorias e *modelos normativos*, não passando de contraposição abstrata a que é feita, por exemplo, por Viehweg, entre *saber problemático* e *saber sistemático*, excluído este do campo do Direito (REALE, 1999, p. 711).

Pretende-se notar que o Direito disciplina e discrimina classificações de ações possíveis, e de maneira rigorosa, com vistas à formação de um modelo normativo, do qual extrairá o Estado a legitimação para coagir as pessoas à prática dos fins comungados pelo todo, ordenando-as em conformidade com o corpo social à qual pertencem, como anteriormente destacado. Noutro vértice, a Moral não permite ao Estado abstrair de seus imperativos qualquer força cogente, não sendo útil a ditar situações casuísticas – tarefa deixada às regras jurídicas, notadamente, tema este a ser retomado adiante.

Tocante à jusfilosofia, breves parênteses sobre a própria noção de Filosofia se justificam. Trata-se esta última do caminhar para a realização de pronunciamentos sábios, partindo-se das inquietações humanas (PIRES, 2003, p. 39). O ser humano, consciente de sua infantilidade (MORENTE, 1980, p. 36), no

sentido sadio da adjetivação, parte de suas noções comuns e trilha caminhos na busca do conhecimento.

Significa a Filosofia, dessarte, a busca humana, iniciada em sua imanente estupefação ou espanto diante das mais peculiares questões – ou aporias – (GOMES, 2011, p. 44), pelo conhecimento profundo acerca de si próprio e do seu entorno. Possibilita-se, após a elucubração realizada, o pronunciamento fundado e sábio – não meramente informativo – acerca dos objetos estudados.

Assim percebidos o Direito e a Filosofia, pode-se apontar como derivação desta última, e advinda da conjugação de ambos os ramos, a Jusfilosofia. Pode-se compreender a Jusfilosofia como ramo filosófico que busca compreender o aspecto universal da ciência jurídica (ALMEIDA; BITTAR, 2009. p. 46). É reconhecidamente a seara de estudo acercados pressupostos inerentes às disposições normativas, aos princípios, às instituições e aos elementos que compõem o ambiente jurídico em sua totalidade (ALVES, 2004, p. 97).

Inserida no contexto jusfilosófico, exsurge a prudência como virtude esperada do hermeneuta, responsável por compreender o contexto fático, o conteúdo axiológico envolvido e extrair das disposições normativas a solução – norma para o caso concreto –, de modo a resolver crises jurídicas e reordenar as partes em direção aos fins constitucionalmente compartilhados pela sociedade.

A justa medida, o meio-termo pode ser buscado pelo intérprete, na busca por soluções situadas de maneira equidistante em relação ao que pretende e ao que, eventualmente será compelido a ceder. Referida tarefa, no entanto, mostra-se importante e complexa, concomitantemente; exigindo-se atuação virtuosa.

A virtude é, então, uma disposição de caráter relacionada com a escolha de ações e paixões, e consistente numa mediania, isto é, a mediania relativa a nós, que é determinada por um princípio racional próprio do homem dotado de sabedoria

prática. É um meio-termo entre dois vícios, um por excesso e outro por falta, pois nos vícios ou há falta ou há excesso daquilo que é conveniente no que concerne às ações e às paixões, ao passo que a virtude encontra e escolhe o meio-termo. Portanto, acerca do que ela é, isto é, qual é a definição da sua essência, a virtude é uma mediania, porém com referência ao sumo bem e ao mais justo, ela é um extremo (ARISTÓTELES, 2000, p. 49).

Nesse contexto, compreendendo-se a virtude como a mediania necessária para se atingir o meio-termo, a justa medida, insere-se a prudência, como uma das quatro virtudes cardeais da Antiguidade e da Idade Média, talvez a mais esquecida (COMTE-SPONVILLE, 2009, p. 37).

Prudência, para Aristóteles, traduzida pelos latinos por *prudencia* e sendo a *phronésis* dos gregos, seria uma virtude intelectual conectada à razão. Trata-se do verdadeiro, do conhecimento, que permite a deliberação correta sobre o bom e o mau ao ser humano; e não universalmente, mas concretamente, em situações determinadas (COMTE-SPONVILLE, 2009, p. 38). Note-se que a expressão prudência utilizada em termos genéricos, para solução de toda e qualquer situação, seria de pouca valia, haja vista sua essência aproximada da concretude.

A interpretação prudencial dos fatos – e até mesmo das leis –, significaria uma forma de prevenção “[...] contra o risco de incorrer num historicismo destruidor do permanente ou num imobilismo que nos faça esquecer o contingente e o mutável, como também destaca o individual e o particular” (VIGO, 2005, p. 102). Ou seja, compreender entre o certo e o errado, considerando-se como ponto de partida para a análise os casos concretos – e não discursos abstratos – permite concretizar atitudes prudenciais, tão caras à hermenêutica jurídica.

Instrumentaliza-se, nesse sentido, a prudência como a atitude baseada na mediania, por meio da qual se pode concluir pela postura correta a ser adequada em determinado caso, lastreada na razão. Nenhuma virtude (dentre as quais a Justiça) poderia

prescindir da prudência, na medida em que se põe a serviços de fins que não são os seus, ocupando-se da escolha dos meios, para se atingir amparados noutros campos (COMTE-SPONVILLE, 2009, p. 39).

Conceituada a cardeal virtude, pode-se inferir que nos idos da Jusfilosofia, como ramo filosófico afeto ao Direito, a conduta prudente permitirá ao aplicador da norma, ao que dela necessita, e até mesmo àquele que a elabora, utilizar-se da mediania e estabelecer critérios fixados no meio-termo entre a liberdade desenfreada e o controle arbitrário.

Levando-se em conta o pacto erigido socialmente no contexto brasileiro, a Constituição Federal de 1988 estipula em seus fundamentos, assim como nos objetivos, bem como em extenso rol de direitos individuais e coletivos, princípios que reclamam do magistrado, essencialmente, a atividade interpretativa. Não mais meramente exegética, mas amparada em pré-compreensões humanas, explicitando-se o confronto entre a indelével moral do julgador que é apenas imparcial, mas não neutro, e os valores (moralmente estabelecidos) propostos constitucionalmente.

Compreender as disposições constitucionais axiológicas, que estarão à disposição dos que compõem a sociedade, alinhando-as à ordenação do Estado de Direito Democrático, é tarefa imprescindível e possível doravante.

3. DIREITOS HUMANOS, FUNDAMENTAIS E DIGNIDADE HUMANA COMO FINS ERIGIDOS CONSTITUCIONALMENTE NO CONTEXTO BRASILEIRO

Após as conceituações preliminares anteriormente trazidas, abordam-se os direitos humanos, a serem efetivados pelo julgador, que pautará sua conduta na virtude da mediania, intitulada prudência, respeitado o eixo temático proposto.

Em reflexão inicial, remete-se a Emmanuel Kant, que ao postular sua filosofia crítica, criou um significativo marco do pensamento filosófico moderno, com o estabelecimento dos fundamentos e limites da razão humana. O criticismo Kantiano leva ao questionamento mor que norteia a busca conceitual ora explorada, ou seja, a possibilidade do homem tendo “conhecimento de si mesmo e da constituição de um tribunal que lhe assegure as pretensões legítimas e, em contrapartida, possa condenar-lhe todas as presunções infundadas” (KANT, 2013, A XII).

Dessa forma, denota-se a difícil tarefa do julgador, que analisará fatos e provas imersos em valores sociais e próprios, e deverá prolatar julgamento justo, prudente e adequado, respeitando-se os fins erigidos constitucionalmente e, pela via reflexa, garantindo-se um sentimento de confiança nos indivíduos que dele esperam justiça.

Compreendida a necessidade de buscar efetividade dos direitos humanos, colaciona-se breve evolução dos aludidos direitos. Estes são uma concepção relativamente moderna, tendo em vista que não eram objeto de codificação ou conceituação na antiguidade. O término da Segunda Grande Guerra (1945), aliado às doutrinas liberais e privatistas, bem como a reformulação da doutrina socialista, foi o que permitiu a “gestação” destes direitos, levando a uma “coletivização” dos direitos e valores econômicos, culturais e sociais, até seu máximo corolário, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), conforme aponta Anderson da Costa Vaz (2007, p. 26-27).

Tocante à conceituação do que são afinal sobreditos direitos humanos, adota-se o conceito de Ingo Wolfgang Sarlet, – que também parte de matriz Kantiana – segundo o qual se entende:

[...] por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de 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 uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (2002, p. 62).

Em complementação, aponte-se o entendimento de João Baptista Herkenhoff:

Por direitos humanos ou direitos do homem são, modernamente, entendidos aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir (1994, p. 30).

Nesta esteira de efetividade, importante o ensinamento de Fernando Barcelos de Almeida:

Direitos Humanos são as ressalvas e restrições ao poder político ou as imposições a este, expressas em declarações, dispositivos legais e mecanismos privados e públicos, destinados a fazer respeitar e concretizar as condições de vida que possibilitem a todos o ser humano manter e desenvolver suas qualidades peculiares de Inteligência, dignidade e consciência, e permitir a satisfação de suas necessidades materiais e espirituais (1996, p. 24).

Afigura-se cristalina a obrigação estatal em resguardar e efetivar os direitos humanos, o que leva à necessária exploração da matéria dentro do conjunto legal brasileiro, especificamente naqueles conceitos trazidos pela Constituição Federal de 1988.

No preâmbulo da Carta Magna, verifica-se a importância que deu o legislador, em efetivar a dignidade, o

respeito e o bem-estar da pessoa humana, visando a paz e a justiça social.

[...] a Constituição se apresenta como um sistema normativo composto de princípios e regras que apontam o *sentido* em direção ao qual a sociedade almeja caminhar, evoluir, a fim de que determinados *valores* percebidos pela *consciência ética, jurídica e política* [...], sejam realizados em benefício de *todos*, mediante um justo compartilhamento, no contínuo processo da *convivência humana* (GOMES, 2011, p. 224).

Quanto à importância dos Direitos Humanos, a expressão “exercício dos direitos sociais e individuais” encontra-se no preâmbulo da Constituição, que no art. 1º, inc. II e III⁴, define a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos da República Federativa do Brasil.

Já no art. 3º, a Magna Carta aponta os “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”, quais sejam: (a) construir uma sociedade livre, justa e solidária; (b) erradicar a pobreza; (c) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Assim, a dignidade da pessoa humana, inserida no texto constitucional como fundamento da República Federativa do Brasil, passou a constituir, aliada à solidariedade social (art. 3º, inc. I) e à igualdade material (art. 3º, inc. III), cláusula geral, mecanismo próprio da tutela de todas as situações de violações à pessoa, ainda que não previstas especificamente.

Assim, Maria Celina Bodin de Moraes aponta que:

⁴ Todas as referências a artigos do Texto Constitucional foram extraídas da versão eletrônica da Constituição, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Para uma leitura fluida e dinâmica, serão suprimidas as referências à Constituição Federal de 1988 do corpo do texto.

Aqui, e desde logo, toma-se posição acerca da questão da tipicidade ou atipicidade dos direitos da personalidade. Não há mais, de fato, que se discutir sobre uma enumeração taxativa ou exemplificativa dos direitos da personalidade, porque se está em presença, a partir do princípio constitucional da dignidade, de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana. Como regra geral daí decorrente, pode-se dizer que, em todas as relações privadas nas quais venha a ocorrer um conflito entre uma situação jurídica subjetiva existencial e uma situação patrimonial, a primeira deverá prevalecer, obedecidos, assim, os princípios constitucionais que estabelecem a dignidade da pessoa humana como o valor cardeal do sistema (2006, p. 117).

No mesmo sentido, Gustavo Tepedino:

Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do parágrafo. 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento (2004, p. 48).

Desta forma, nítido é o acolhimento pela Constituição Cidadã de 1988 dos preceitos fundamentais para que se possa falar em dignidade da pessoa humana e nos direitos humanos, bem como, efetivá-los.

Como mecanismos de efetivação, na linha teórica já abordada anteriormente por Sérgio Alves Gomes, a Constituição trouxe em diversos artigos os aludidos mecanismos, a saber: o art.

5º que garante os direitos individuais; o art. 6º que se refere à educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, além da assistência aos desamparados; o art. 7º trata dos direitos e garantias do trabalho digno; o art. 43 prevê a possibilidade de articulação, pelo Estado, de uma ação em um complexo geoeconômico e social, com o objetivo de seu desenvolvimento e redução de desigualdades regionais; os arts. 127 a 135 estabelecem o Ministério Público e a Advocacia como funções essenciais aos interesses sociais; o art. 170 cria a ordem econômica, dispondo sobre: a função social da propriedade (II), a defesa do consumidor (V), a defesa do meio ambiente (VI), a redução de desigualdades regionais e sociais (VII), a busca do pleno emprego (VIII); o art. 182 trata da política de desenvolvimento urbano; o art. 184 trata do dever-poder de desapropriação, pela União, dos imóveis rurais que não cumpram sua função social; o art. 192 funda o sistema financeiro nacional com vistas a atender os interesses da coletividade.

Em prosseguimento, sob o capítulo VIII do Texto Constitucional, institui-se a Ordem Social com base no primado do trabalho visando o bem-estar e a justiça social (art. 193). Ainda nesse título, a Magna Carta garante efetividade e proteção: da seguridade social (arts. 194 e 195); da saúde (arts. 196 a 200); da previdência e assistência social (arts. 201 a 204); da educação (arts. 205 a 214); da cultura (arts. 215 e 216); do desporto (art. 217) da ciência e tecnologia (arts. 218 e 219); da comunicação social (arts. 220 a 224); o meio ambiente (art. 225); da família, da criança, do adolescente e do idoso (arts. 226 e 230); dos índios (arts. 231 e 232).

O art. 5º da Constituição Cidadã dispõe que todos os direitos são de exigibilidade imediata (§ 1º), inclusive os direitos humanos, econômicos, sociais e culturais. Para a garantia de padrões mínimos de vida digna para todos, exige-se do Poder Público que este estabeleça estratégias políticas de efetivação desses direitos.

Há que se mencionar, no entanto, que tal efetivação demanda recursos financeiros, já que não se concretizam sem ações

afirmativas por parte do Estado, da sociedade civil e da sociedade internacional – ações essas que dependem de recursos orçamentários. O argumento de falta desses recursos ou sua escassez tem sido utilizado seguidamente no cenário brasileiro atual⁵, o que resulta no adiamento da plena realização dos Direitos Humanos, Econômicos, Sociais e Culturais.

Explorados os conceitos e a permeabilidade dos direitos humanos na Constituição brasileira, resta a necessidade de analisar a efetividade destes direitos através do uso dos aludidos mecanismos pelo Estado.

A eficácia social se confunde com a noção de efetividade da norma enquanto realização do direito na concretização de sua função social. A eficácia jurídica e a aplicabilidade das normas jurídicas são correlatas, “na medida em que a eficácia jurídica consiste justamente na possibilidade de aplicação da norma aos casos concretos, com a consequente geração dos efeitos jurídicos que lhe são inerentes” (SARLET, 2002, p. 222).

Maria Celina Bodin de Moraes, ao abordar o tema da efetividade dos direitos fundamentais, começa a nortear a solução para esta temática:

[...] há uma necessidade de se levar em consideração uma multiplicidade de exigências, de interesses e de necessidades com frequência conflitantes entre si. A única constante a ser seguida encontra-se na prevalência da tutela da pessoa humana, princípio previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal, considerada a sua dignidade como o valor precípuo

⁵ Vide inúmeras notícias de violação a direitos fundamentais e humanos vinculadas frequentemente na mídia. A título de exemplo, tome-se por base o recente caso de negligência de direito fundamental em que pacientes do Alto Tietê deixaram de receber medicamentos de alto custo fornecidos pelo governo federal sob a alegação de ausência de recursos financeiros para tanto. Disponível em <https://g1.globo.com/sp/mogi-das-cruzes-suzano/noticia/pacientes-denunciam-falta-de-medicamento-em-farmacia-de-alto-custo-do-alto-tiete.ghtml>.

do ordenamento, configurando-se como a própria finalidade-função do Direito (2006, p. 238).

Vale dizer, a própria função do Estado é a de efetivar os direitos humanos, garantindo assim uma sociedade mais igual e justa. “As pessoas e os grupos sociais têm o direito de ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza” (MORAES, 2003, p. 92). Ainda, “[...] será desumano, isto é, contrário à dignidade da pessoa humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto” (MORAES, 2003, p. 85).

Em complemento, frise-se que a efetivação dos direitos humanos “representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social” (SARLET, 2003, p. 222).

Nítida se torna a consequência da ausência de efetividade dos direitos humanos, qual seja, uma sociedade injusta, desigual, em desequilíbrio, na qual o Estado não alcança sua função máxima, ou seja, o bem estar social e o desenvolvimento do homem, respaldado pela dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais a tanto assegurados. E este é o ponto chave da temática abordada, buscar a efetivação dos direitos humanos através da prudência do magistrado ao aplicar os princípios norteadores do Estado.

Nesse sentido, pode-se anotar que “os magistrados, com efeito, são os primeiros a sentirem as mudanças sociais e, bem antes de se poder colocar em movimento qualquer alteração legislativa, estão aptos a atribuir-lhes, através de suas decisões, respostas normativas” (MORAES, 2006, p. 238-239).

A propósito, para funcionalizar essa conduta interpretativa, o magistrado, ao analisar mudanças sociais e a dinamicidade dos fatos que lhes são apresentados, deve-se, previamente, ter o suficiente conhecimento acerca dos fatos e das leis, essencialmente. Conforme definiu Ulpiano, a jurisprudência –

essa tarefa de dizer o direito de maneira prudencial –, consistiria na “ciência do justo e do injusto” (ASSIS, 2002, p. 481).

Assim, e justamente por ser impossível fazer ciência – interpretar fatos e leis e propiciar respostas jurisprudenciais, espere-se do magistrado o posicionamento mais aproximado possível daquele estabelecido por São Tomás de Aquino (2001-2006):

A prudência não é senão um discernimento correto em relação a alguns atos e matérias; a justiça, por sua vez, é a retidão do espírito pela qual fazemos o que devemos, em qualquer situação; a temperança é a disposição do espírito que impõe medida a todo tipo de paixão e de atividade, para que não ultrapassem os devidos limites; e, por fim, a fortaleza é a disposição da alma que fortifica no que é racional, conta todos os ataques das paixões e todas as dificuldades no agir (S. theol. I^a-II^a, q. 61, a.3).

São Tomás de Aquino define a prudência como razão reta do agir (*recta ratio agibilium*), ela é própria da razão prática (AQUINO, 2001-2006, S.theol. II^a-II^a, q.47, a.2). É própria do homem prudente a capacidade de deliberar bem em vista de certo fim. Perceba-se a estreita conexão entre essa noção e o disposto no artigo 5º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Caminho adequado para se conhecer fins sociais e exigências do fim comum, para além do conhecimento científico, orienta o magistrado ao agir prudencial.

Portanto, ao deliberar racionalmente sobre determinado conflito e exarar o comando decisional, o magistrado deverá observar o seguinte, com relação à prudência:

Nela se distinguem três atos: o primeiro é deliberar, ao qual compete a descoberta, porque deliberar é procurar [...]. O segundo ato é o julgamento relativo ao que foi descoberto, o que é função da razão especulativa. Mas, a razão prática, ordenada à ação afetiva, vai mais longe e é seu terceiro ato,

comandar. Este ato consiste em aplicar à ação o resultado obtido na descoberta e no julgamento. E porque este ato está mais próximo do fim da razão prática, segue-se que este é o ato principal da razão prática e, conseqüentemente da prudência (AQUINO, 2001-2006, S.theol. IIª-IIª, q.47, a.8).

Em sentido harmônico a referidas noções filosóficas, o legislador apontou no Novo Código de Processo Civil brasileiro, ao elencar os elementos essenciais da decisão, diversos comandos ao aplicador da norma. Em conformidade com a norma processual, entende-se a prudência enquanto valor intrínseco:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Verifica-se, portanto, que o legislador ao redigir o artigo supracitado preocupou-se com a prudência decisional, ao exigir do magistrado a correta fundamentação e adequação fática da sentença com o caso concreto, bem como, a boa-fé objetiva, fins práticos da razão e da decisão para efetivação da justiça.

Traçadas referidas considerações, acerca do papel dos direitos humanos em meio ao cenário constitucional brasileiro, possibilita-se adentrar à questão de técnicas de interpretação e aplicação do direito a serem utilizadas pelo magistrado. Analisa-se a tarefa de julgar à luz da virtude conhecida por prudência, alhures esmiuçada.

4. A DECISÃO PRUDENTE COMO MECANISMO JURISDICIONAL PARA EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA E DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Àquele investido pelo Estado em posição de prestador da resposta jurisdicional, responsável pela solução das crises jurídicas que se apresentem – o magistrado –, cabe adotar

instrumentos de interpretação e aplicação do Direito com o fim de efetivar os direitos mais caros às pessoas, fundamentais. A tanto, agir de modo prudente é crucial, possibilitando-se escolhas equilibradas e obedientes – jamais de maneira cega – aos pactos assumidos por toda a sociedade, esposados na Constituição Federal e na legislação em geral.

Espera-se do magistrado o exercício de sua atividade interpretativa, que para ser compreendida em seu adequado sentido, considerando-se uma sociedade democrática em desenvolvimento, será exercida sob a pressuposição de que o Juiz terá pleno discernimento⁶ acerca dos valores e objetivos constitucionais fundamentais, estreitamente conectados à democracia a ser atingida (GOMES, 2002, p. 58).

Virtuoso será considerado o juiz que tiver discernir entre o justo e o injusto, utilizando-se de critérios pautados na mediania, e sempre interconectando seu método de interpretação e aplicação aos fins constitucionalmente erigidos. Considerada a atuação do magistrado em tal sentido, pode-se dizer que há prudência em suas atividades.

O homem prudente é atento, não apenas ao que acontece, mas ao que pode acontecer; é atento, e presta atenção. *Prudentia*, observara Cícero, vem de *providere*, que significa tanto *prever* como *prover*. Virtude da duração, do futuro incerto, do momento favorável (o *kairós* dos gregos), virtude de paciência e de antecipação. Não se pode viver no instante. Não se pode chegar sempre ao prazer pelo caminho mais curto. O real impõe sua lei, seus obstáculos, seus desvios. A prudência é a arte de levar isso tudo

⁶ “Chamamos discernimento (isto é, a faculdade pela qual os homens são ‘juízes humanos’ e que ‘possuem discernimento’), à reta discriminação do equitativo. Prova disso é o fato de dizermos que um homem equitativo é sobretudo um homem de discernimento humano acerca de certos fatos. E esse discernimento é aquele que discrimina corretamente o que é equitativo, e o discernimento correto aquele que julga segundo à verdade” (ARISTÓTELES, 2000, p. 140).

em conta, é o desejo lúcido e razoável (COMTE-SPONVILLE, 2009, p. 40).

Estará isento o julgador de desejos e paixões próprias. Sua concepção acerca da moralidade, embora presente e inerente à forma de seu pensar, não cederá à desatenção e à impaciência em relação ao problema alheio – justamente o que será reclamado a resolver⁷. A realidade, como explicitado acima, traz consigo as leis, obstáculos e desvios, e todos esses elementos serão levados em conta na atuação jurisdicional.

Compreendida a atuação prudente, pode-se inferir que essa virtude é indispensável ao juiz constitucionalista, cujas decisões serão fundamentadas, inclusive, em tratados internacionais firmados pelo País, em harmonia com os princípios constitucionais do Direito interno. Não será o juiz *bouche de la loi*, mas o juiz apontado por Aristóteles, sendo-lhe confiada a tarefa de agir no espaço jurídico democrático a si reservado, realizando a justiça, e pautando-se pelos pressupostos da democracia (GOMES, 2002, p. 71). A prudência permitirá a atuação dentro desses complexos parâmetros, projetados à construção – em curso, e portanto visando momentos futuros – da própria democracia. Quanto a referida virtude:

Que ela possa iluminar também a própria humanidade. Vimos que a prudência levava em conta o futuro: é que seria perigoso e imoral esquecê-lo. A prudência é essa paradoxal *memória* do futuro ou, para dizer melhor (pois que a memória, enquanto tal, não é virtude), essa paradoxal e

⁷ Oportunamente, acerca da tarefa confiada precipuamente ao magistrado: “A função jurisdicional se desenvolve em três níveis complementares e interdependentes: a informação sobre as normas gerais a serem utilizadas na avaliação do caso concreto, o conhecimento do dado social conflitivo, confrontando-o com os parâmetros legais, e a avaliação prudente, que redimensiona a norma geral e a situação fática, para produzir a norma jurídica individual” (DINIZ, 2009, p. 309).

necessária *fidelidade* ao futuro (COMTE-SPONVILLE, 2009, p. 43).

Vislumbrou-se, até o momento, qualidades esperadas do juiz constitucionalista, do qual espera-se atuação prudente, e naturalmente virtuosa. Referidas noções, e características do julgador, possibilitam a efetivação de postulados constitucionais referentes à dignidade humana, aos direitos fundamentais e aos direitos humanos.

A almejada efetividade dos pressupostos erigidos na Carta Magna, bem como a efetivação do próprio Estado Democrático de Direito através dos direitos humanos e fundamentais, encontra-se integralmente atrelada à necessidade de um operador jurisdicional virtuoso, prudente e, sobretudo, preocupado com o cumprimento de um ideal de justiça, seja este contido no comando normativo, ou seja este derivado das *práxis* sociais e das circunstâncias de cada caso.

Lenio Luiz Streck, ao comentar sobre a doutrina de conduta do magistrado no âmbito nacional, assevera que:

É possível perceber uma certa imbricação – consciente ou inconsciente – dos paradigmas metafísicos clássico e moderno no interior da doutrina brasileira (e estrangeira). Trata-se, pois, de um problema paradigmático. Alguns autores colocam na consciência do sujeito-juiz o locus da atribuição de sentido (solipsista). Nesse contexto, “filosofia da consciência” e “discricionariedade judicial” são faces da mesma moeda. Há ainda juristas filiados às antigas teses formalistas, propalando que a interpretação deve buscar a vontade da lei, desconsiderando de quem a fez – sic – e que a lei “terminada” independe de seu passado, importando apenas o que está contido em seus preceitos (o texto teria um sentido “em si”) (2010, p. 162).

E este dogmatismo clássico, de natureza fortemente positivista como anteriormente verificado, pode significar forte obstáculo à efetivação das garantias fundamentais erigidas no texto constitucional. Ao revés, para que se possa falar em efetivação de garantias – e na própria efetividade do provimento jurisdicional – deve-se pensar em um paradigma de prudência, de virtude e de eficiência, no qual busca-se ao máximo a justiça social dentro da métrica de freios e contrapesos do sistema normativo, assim como dentro dos valores e da moral social insculpida no julgador.

Consoante lição de Eduardo Novoa Monreal:

[...] um Direito de solidariedade social exige uma disposição ativa e cheia de iniciativas voltadas para o bem geral, de modo que omissões originadas no descumprimento de deveres sociais e falta de iniciativa para fazer derivar a atividade pessoal em proveito da comunidade organizada podem constituir-se fontes de responsabilidade jurídica (1988, p. 159).

Esta efetiva proteção dos direitos fundamentais e humanos exige do julgador uma atuação ativa, afastada de ritualismos e formalidades supérfluos a serem superados quando se trata de garantir uma efetiva proteção e aplicabilidade dos direitos humanos. Destaque-se ser imprescindível na execução desse mister que o intérprete disponha de experiência suficiente, no sentido de possuir sabedoria, para vislumbrar de maneira precisa e adequada aos ditames constitucionais brasileiros, quais são as posturas corretas e aptas a encaminhar as diretrizes do constituinte a resultados satisfatórios.

Não se trata apenas de explicitar posturas filosóficas meramente teóricas, até mesmo porque o agir prudencial diz respeito à concretude humana e à sua situação social (BARZOTTO, 2010, p. 176). Impõe-se a busca pelo conhecimento de qual seja o fim comum, assim como almeja-se reconhecer quais

são as maneiras de se atingir o que seria correta para a sociedade como um todo.

Por derradeiro, pontual e fundamental entender que

[...] mesmo hoje, em plena era da tão festejada invasão da filosofia pela linguagem, de um modo ou de outro, continua-se a reproduzir o velho debate “formalismo-realismo”. Mais ainda, e na medida em que o direito trata de relações de poder, tem-se, na verdade, em muitos casos, uma mixagem entre posturas “formalistas” e “realistas”, isto é, por vezes, a “vontade da lei” e a “essência da lei” devem ser buscadas com todo vigor; em outras, há uma ferrenha procura pela solipsista “vontade do legislador”; finalmente, quando nenhuma das duas orientações é “suficiente”, põe-se no topo a “vontade do intérprete”, colocando-se em segundo plano os limites semânticos do texto, fazendo soçobrar até mesmo a Constituição. O resultado disso é que aquilo que começa com (um)a subjetividade “criadora” de sentidos (afinal, quem pode controlar a “vontade do intérprete”?, perguntariam os juristas), acaba em decisionismos e arbitrariedades interpretativas, isto é, em um “mundo jurídico” em que cada um interpreta como (melhor) lhe convém! Enfim, o triunfo do sujeito solipsista, o *Selbstsüchtiger* (STRECK, 2010, p. 162).

Assim sendo, é necessária a ruptura do formalismo e do solipsismo – enfadonho entrave à efetivação constitucional – sem, contudo, adentra-se ao ativismo judicial irresponsável – expoente máximo do decisionismo. Superando-se visões particularizadas, e por meio das decisões pautadas na prudência, efetivam-se direitos e valores Constitucionais. Torna-se possível agir dentro dos parâmetros jurídicos, mas não exclusivamente por este guiado (afastando-se excesso de rigor formal), e abrindo espaço para decisões equilibradas e amparadas na mediania

esperada do magistrado virtuoso, ativo de maneira responsável; enfim, o julgador prudente.

5. CONCLUSÃO

Constatou-se a prudência como virtude necessária do magistrado investido em suas funções de servir à sociedade enquanto prestador jurisdicional. Decisões pautadas na mediania, que permitem discernir o justo do injusto, possibilitam a efetivação da dignidade humana, de direitos fundamentais e de direitos humanos.

Naturalmente, percebe-se a obrigatoriedade de respeito à pauta axiológica explicitada pela Constituição Federal, por meio de princípios e direitos fundamentais e humanos, para se construir um Estado Democrático.

Exige-se do julgador não apenas a subsunção entre fatos e regras, na medida em que a construção principiológica do texto constitucional, porosa e aberta a valores, demanda a criativa atuação do magistrado, tanto em relação à hermenêutica – para o diagnóstico –, quanto à consequente aplicação e solução de conflitos – referente ao prognóstico jurisdicional.

Munido o juiz constitucionalista de instrumentos constitucionais, e pautada a sua atividade na prudência, possibilita-se a efetivação da dignidade humana e de seus consectários inerentes, dentre os quais a própria solidificação de um contexto democrático, no qual serão respeitados direitos e garantias fundamentais.

6. REFERÊNCIAS

AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. São Paulo: Loyola, 2001-2006, 11v.

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996.

ALVES, Alaôr Caffé. **As Raízes Sociais da Filosofia do Direito: uma visão crítica**. In: Alaôr Caffé Alves, Celso Lafer, Eros Roberto Grau, Fábio Konder Comparato, Goffredo da Silva Telles Junior, Tercio Sampaio Ferraz Junior: O que é filosofia do direito? Barueri, SP: Manole, 2004.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2000.

ASSIS, Olney Queiroz. **O estoicismo e o direito: Justiça, liberdade e poder**. São Paulo: Editora Lúmen, 2002.

BARZOTTO, Luis Fernando. **Filosofia do Direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BITTAR, Eduardo C.B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaopm.html. Acesso em: 10 de jan. 2018.

_____. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 21 set. 2018.

COMTE-SPONVILLE, André. **Pequeno tratado das grandes virtudes.** Tradução de Eduardo Brandão. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito.** 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica jurídica e Constituição no Estado de Direito Democrático.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Hermenêutica Constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito.** 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de Direitos Humanos: gênese dos Direitos Humanos.** v.1. São Paulo: Acadêmica, 1994.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura.** Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013.

MONREAL, Eduardo Novoa. **O Direito como Obstáculo à Transformação Social.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil.** Revista de Direito, Estado e Sociedade, v. 9, n. 29, p. 233 a 258, jul/dez 2006.

_____. **Danos à Pessoa Humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORENTE, Manuel Garcia. **Fundamentos de Filosofia: Lições Preliminares.** 8ª ed. São Paulo: Mestre Jou, 1980.

PIRES, Cecília. **Filosofia, como pronunciá-la?** In: HELFER, Inácio; ROHDEN, Luiz; SCHEID, Urbano. **O que é filosofia?** São Leopoldo/RS: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2003.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais.** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?** Revista Novos Estudos Jurídicos – UNIVALI. vol. 15, n. 1, jan/abr 2010.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VAZ, Anderson Rosa. **A cláusula da reserva do financeiramente possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais.** Revista de Direito Constitucional e Internacional, a. 15, n. 61, out/dez 2007.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação Jurídica: Do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas.**

Tradução de Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.