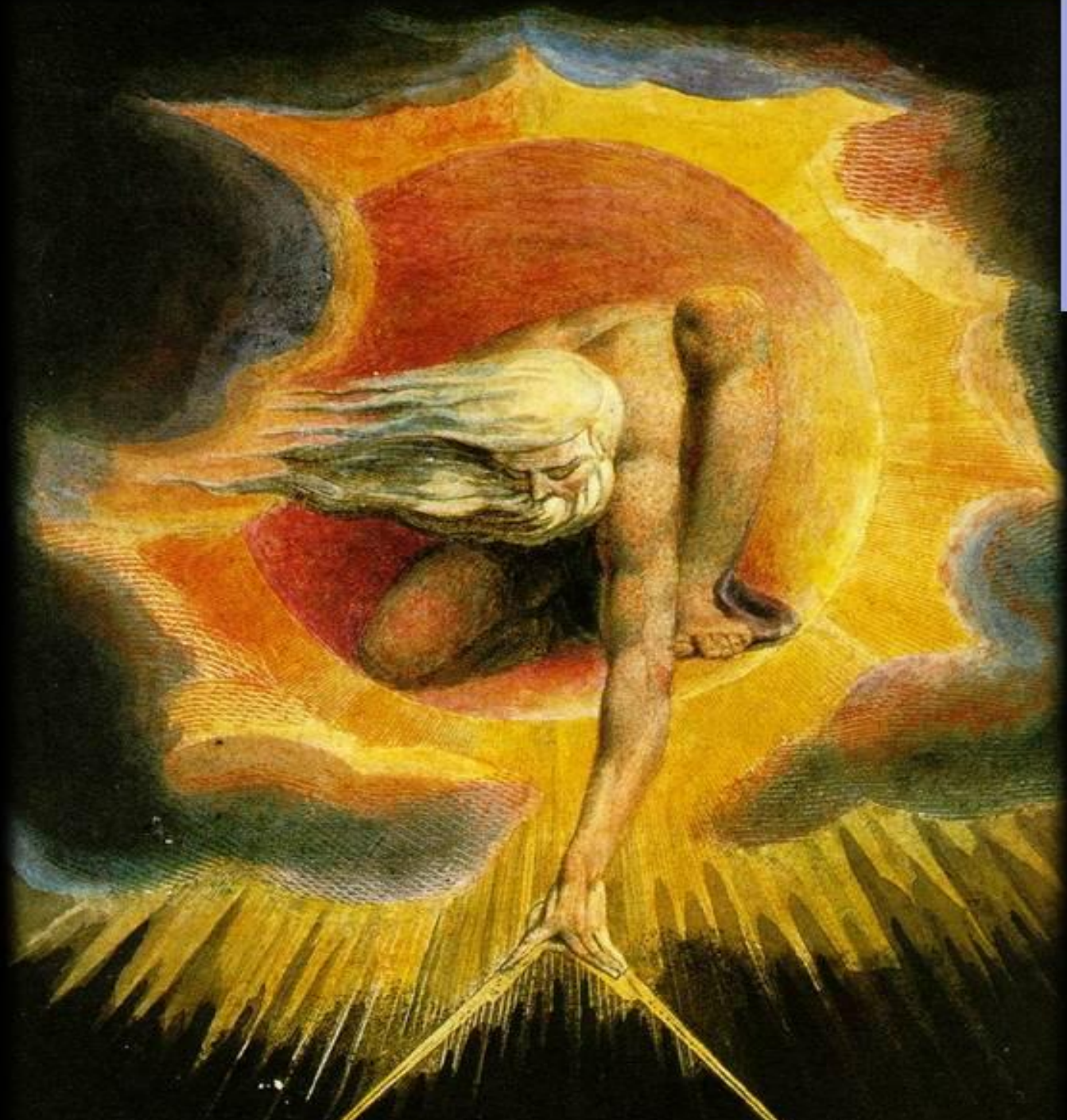


ISSN 0000-0000



ἀληθής

PERIÓDICO CIENTÍFICO DOS GRADUANDOS EM DIREITO
Nº 1 – DEZEMBRO/ABRIL DE 2010



Alethes

Periódico Científico dos Graduandos
em Direito da UFJF

ISSN ????-????

ALETHES

Periódico Científico dos Graduandos
em Direito da UFJF

Juiz de Fora • nº 1 • Dezembro/Abril de 2010

ALETHES

Periódico científico dos graduandos em Direito da UFJF

CONSELHO EDITORIAL

Dr. Alexandre Travessoni Gomes - UFMG

Dr. Andityas Soares de Moura Costa Matos - UFMG

Dr. Antônio Márcio da Cunha Guimarães - PUC-SP

Dra. Cláudia Toledo - UFJF

Dr. Denis Franco Silva - UFJF

Dr. Marcos Vinício Chein Feres - UFJF

Dr. Noel Struchiner - PUC-RIO

Mestre Renato Chaves Ferreira - UFJF

Dr. Thomas da Rosa de Bustamante - University of Aberdeen

EDITORES

Brahwlio Soares de Moura Ribeiro Mendes

Victor Freitas Lopes Nunes

Diagramação da Capa: Ana Carla de Almeida Fagundes

Capa: BLAKE, William. *The Ancient of Days*.

<p>ALETHES: Periódico Científico dos Graduandos em Direito da UFJF. n. 1. Vol. 1. (Dezembro/Abril de 2010) – Juiz de Fora: DABC, 2010. Semestral. 1. Direito – Periódicos. ISSN 0000-0000</p>

SUMÁRIO

EDITORIAL I	05
EDITORIAL II	07
ARTIGOS	
A Teoria da Argumentação de Chaim Perelman <i>Carlos Augusto Lima Vaz</i>	09
A <i>Revisão Constitucional Facilitada</i> como Mecanismo de Concretização da Quarta Dimensão de Direitos Fundamentais: Novos Horizontes para a Democracia Brasileira? <i>Douglas Borges de Vasconcelos</i>	21
Inconstitucionalidade de lei municipal que isenta servidores municipais do pagamento de IPTU <i>Fábio Ferraz de Almeida</i> <i>Ícaro da Silva Teixeira</i>	35
Eficácia do Direito À Saúde: O Contributo Da Hermenêutica Constitucional <i>Gabriel Ângelo de Oliveira Santos</i>	48
Reescalonamento de normas no caso do depositário infiel <i>Johnny de Santana Ferreira</i> <i>Brahwlio Soares de Moura Ribeiro Mendes</i>	77
O Direito como Integridade na Ordem Jurídica Internacional Fragmentada <i>Leonardo Ostwald Vilardi</i> <i>Pedro do Carmo Baumgratz de Paula</i>	92

Alethes, poderíamos dizer que esse termo grego significa *verdadeiro*, aliás, é isso que dirão os dicionários grego-português, entretanto essa afirmação isolada só causaria prejuízos ao leitor, que acreditaria erroneamente ter compreendido a palavra grega. Ocorre que na Grécia Antiga a verdade, *aletheia*, tinha um sentido extremamente diferente do que atribuímos hoje ao termo *verdade*. Nessa clássica e indispensável justificação do título dado ao periódico queremos dizer ao leitor que nossa intenção não é retomar a verdade helênica, mas sim chamar atenção para o fato de que o próprio conceito de verdade é mutável, o que deve nos levar a pensar sobre qual verdade desejamos ver reconhecida e que espécie de verdade pretendemos construir.

Pretendemos um mundo de verdades construídas apenas por "autoridades" como juízes, promotores, mestres, doutores, legisladores? Pretendemos uma verdade cuja matéria prima sejam títulos? A resposta que o Periódico Científico dos Graduandos em Direito da UFJF dá a essas perguntas é não. A verdade deve ser construída através de esforços reflexivos que podem ser empreendidos por qualquer interessado em encontrar o sentido do mundo além das meras opiniões. Por sua vez, o sistema de publicações acadêmicas, ao desempenhar seu papel disseminador de idéias não pode se fechar aos alunos de graduação reforçando o erro de que a eles caberia apenas assimilar acriticamente o saber ortodoxo e reproduzi-lo nas avaliações.

É isso que inspirou a escolha do nome *Alethes*, a possibilidade de apontar os holofotes para a questão da espécie de verdade que pretendemos ter, cuja formação constituirá o mundo no qual iremos viver.

Além de expor a verdade sobre a criação da *Alethes* como um grito insurgido contra a reserva da verdade às autoridades, é nosso desejo não cometer o erro de deixar de citar algumas pessoas que, embora não componham o expediente da revista, foram fundamentais à sua gênese. Referimo-nos a Douglas Maiolini, Johnny De Santana Ferreira e Robert Theodoro De Abreu, que acreditaram na *Alethes* enquanto ela era apenas um sonho, e a Olívia Lamounier Ferreira por ter sido o principal combustível deste editor na luta pela existência deste periódico.

Esperamos que esta revista e seu ideal se perpetuem e que essa edição que conta com seis artigos, dos quais quatro são de alunos da UFJF e dois são externos, a saber, da UFMG e UFMS,

inaugure um novo espírito crítico nos graduandos em Direito, incentivando a pesquisa e publicação de discentes.

Brahlio Soares de Moura Ribeiro Mendes
Editor da *Alethes* – Aluno do curso de Direito da UFJF

Os momentos da concepção e da criação são sempre momentos especiais, por vezes, cercados de misticismos e fábulas. Os livros sagrados narram os momentos da criação do universo, da separação entre os céus e a terra, a criação e a perdição do homem. Todas essas histórias são emolduradas num ambiente divino em que esse processo é concebido de cima para baixo, como um presente de Deus para os homens. *Alethes* fez o caminho oposto, criada por graduandos da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, foi idealizada para estimular a produção acadêmica e possibilitar aos alunos um veículo para publicação de seus trabalhos.

O periódico científico *Alethes* foi criado em prol dos graduandos em Direito que sentem a carência de um espaço para publicação de seus trabalhos frutos dos estudos realizados durante o curso. Propõe-se à publicação de artigos científicos, orientados ou não, produzidos por alunos de Direito que desejam ver seus estudos veiculados não só como meio de galgar reconhecimento pessoal, mas também, para servir de palco às discussões e análises dos temas tratados.

O periódico também é campo de luta contra a mentalidade arcaica que resiste aos estudos acadêmicos que retardam o desenvolvimento da Ciência Jurídica. Contam as lendas dos antigos mesopotâmios que o homem surgiu do barro para trabalhar para os deuses na construção de templos para a admiração e devoção dessas divindades, templos estes edificadas com o mesmo barro do qual se originou o homem. Os alunos têm na pesquisa científica a chance de estudar os grandes autores, construindo seu conhecimento e, desde o momento da graduação, iniciar seus estudos visando do desenvolvimento da Ciência do Direito.

Todos os assuntos podem ser estudados e discutidos, com o propósito maior de contribuir para o desenvolvimento do Direito. Em sua primeira edição serão publicados artigos científicos dos mais variados temas como Direito Administrativo, Direito Constitucional e Filosofia do Direito, produzidos por alunos de faculdades de Direito espalhadas pelo país.

Desde já, agradecemos aos amigos e colegas que apóiam o periódico, aos notáveis membros do conselho editorial, aos acadêmicos que enviaram seus artigos e aos leitores que visitam o site ou que tiveram acesso às versões impressas publicadas.

Fez-se a luz!

Victor Freitas Lopes Nunes
Editor da *Alethes* – Aluno do curso de Direito da UFJF

A Teoria da Argumentação de Chaïm Perelman

AUTOR

Carlos Augusto Lima Vaz ¹

ORIENTAÇÃO

Dra. Cláudia Toledo ²

Resumo: Exposição acerca do filósofo belga Chaïm Perelman, demonstrando em que medida suas idéias e concepções influenciaram a argumentação jurídica atual, traçando um paralelo principal com as idéias de Robert Alexy e sua teoria da argumentação jurídica como procedimento que busca racionalizar o discurso jurídico. Trabalhando os conceitos de orador, auditório, discurso, persuasão e convencimento, busca-se esclarecer a linha existente entre o pensamento destes autores. Desse modo, tem-se primeiramente uma visão panorâmica da teoria da argumentação de Perelman, com a apresentação de conceitos importantes para o entendimento da nova retórica. Posteriormente, partindo-se para o conceito perelmaniano de Auditório Universal, analisa-se sua importância como parâmetro para desenvolvimento da argumentação, bem como para a definição das estratégias argumentativas de persuadir e convencer. Por último, discorrendo acerca da inovação do filósofo belga, apresenta-se a ligação existente entre sua idéia de auditório universal e a Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy, especificamente, à concepção da situação ideal de fala por ele promovida, a partir do pensamento habermasiano.

PALAVRAS-CHAVE: Argumentação Jurídica – Chaïm Perelman – Auditório Universal – Persuasão – Convencimento – Universalidade

¹ Graduando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

² Professora adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Doutora em Filosofia do Direito e Teoria do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pós-doutora em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Abstract: Presentation on the Belgian philosopher Chaim Perelman, demonstrating the extent to which ideas and concepts influenced the legal arguments today, drawing a parallel with the main ideas of Robert Alexy and his theory of legal reasoning as a procedure that seeks to streamline the legal discourse. Working concepts of speaker, audience, speech, persuasion and conviction, we seek to clarify the line between the thinking of these authors. Thus, it has been primarily an overview of the theory of Perelman's argument, with the presentation of important concepts for understanding the new rhetoric. Subsequently, starting from the "perelmanian" concept of Universal Auditorium analyzes its importance as a parameter for development of the argument, as well as to the definition of argumentative strategies to persuade and convince. Finally, talking about innovation in the Belgian philosopher, shows the link between his idea of a universal audience and the Theory of Legal Argumentation of Robert Alexy, specifically the concept of ideal speech situation for him promoted from the Habermasian thought.

KEYWORDS: Legal Arguments – Chaim Perelman – Universal Auditorium –Persuasion – Conviction – Universality

Introdução

A prática do Direito se torna bem realizada à medida que se tem em mãos, o poderoso instrumento da argumentação. Nosso cotidiano é repleto de situações que confirmam essa hipótese. Daqueles que expõem os seus pedidos judicialmente, por escrito ou oralmente, da defesa ou acusação nos tribunais do júri, da atuação do magistrado ao fundamentar sua decisão, observa-se que a argumentação está em constante uso, sendo por isso, impossível discordar de Atienza, quando define que “a prática do Direito consiste em argumentar” (ATIENZA, 2006:17).

Atualmente, as maiores discussões sobre o tema recaem em autores como Robert Alexy³ e Neil MacCormick⁴, deixando-se outros de lado, como Chaïm Perelman, Stephen Toulmin e Theodor Viehweg, precursores dessa discussão, ainda na década de 50. Desse modo, contrariando a sistemática atual que cuida da matéria, a proposta se insere em um resgate da Teoria da Argumentação de Perelman, posta em segundo plano devido á constante evolução das idéias em questão. Resgate esse, fundado na importante contribuição desse autor para o patamar da discussão atual.

Chaïm Perelman foi um filósofo do Direito que apesar de nascido na Polônia, viveu grande parte de sua vida na Bélgica, tendo estudado Direito e Filosofia na Universidade de Bruxelas. Sua obra principal é o *Traité de l'argumentation - la nouvelle rhétorique*⁵ (1958), escrita juntamente com Lucie Olbrechts-Tyteca, obra base de sua Teoria da Argumentação. Importantes contribuições no campo filosófico o qualificam como um dos mais importantes teóricos da Retórica do século passado.

O estudo da argumentação em seu *Traité de l'argumentation* foi sistematizado em três grandes partes: os pressupostos, os pontos de partida da argumentação e as técnicas argumentativas, essas últimas, por exigirem um tratamento mais profundo do tema, não são indicadas para uma abordagem que se propõe inicial. Por esse motivo, considerando a proposta apresentada, trabalharemos basicamente com os pressupostos da argumentação.

³ Teoria da Argumentação Jurídica. Editora Landy. 2005.

⁴ Argumentação Jurídica e Teoria do Direito. Editora Martins Fontes. 2006

⁵ PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação** – A Nova Retórica. Editora Martins Fontes. 1996. São Paulo.

A sua idéia de redefinição da retórica centra-se no conceito de auditório, ou seja, os destinatários de um discurso. Trabalhando com a premissa de contato de espíritos, Perelman defende a argumentação como meio de promover uma adesão de espíritos por intermédio da não-coação. Pensamento de grande valia, uma vez que se alcança a adesão do destinatário, mediante suas próprias convicções. Desse modo, destaca o discurso como um importante elemento da argumentação, sendo o fator que efetuará a interação entre orador e auditório, entre emissor e destinatário.

Assim, para um completo tratamento do tema, torna-se importante apresentar os elementos da argumentação, visualizados nos conceitos de orador, discurso e auditório, que são pressupostos para o entendimento da nova retórica. Partindo posteriormente para o conceito perelmaniano de auditório universal, imprescindível destacar sua importância como parâmetro ideal para o desenvolvimento da argumentação, bem como para a definição das estratégias argumentativas pautadas na persuasão e no convencimento. Estas estratégias, em virtude de sua importância, também serão objeto de uma breve discussão, tendo em vista a ligação intrínseca que possuem com os auditórios a que são direcionadas. Finalmente, com a intenção de resgatar parte do pensamento do filósofo belga, cabe apresentar a ligação existente entre seu conceito de auditório universal e a concepção da situação ideal de fala, trabalhada por Habermas e Alexy, demonstrando em que medida tais idéias atuam na busca pela universalidade e racionalidade do discurso jurídico.

Os Elementos da Argumentação

A discussão proposta não está relacionada a um estudo da oratória, entretanto, sendo a Teoria da Argumentação de Perelman uma retomada da antiga arte retórica concebida por Aristóteles, o estudo do pensamento perelmaniano, poderia parecer em um primeiro momento, uma simples reedição dos antigos ensinamentos do filósofo grego. Todavia, o próprio Perelman afirmou que seu trabalho se tratava de uma nova visão acerca da antiga retórica, mantendo com relação a esta, basicamente a idéia de auditório (PERELMAN, 1996:7).

Em seus estudos, o filósofo belga destaca alguns pontos de suma importância para o entendimento desta nova retórica. O discurso é compreendido como argumentação. Orador e

auditório são, respectivamente, aquele que apresenta o discurso e aqueles a quem o discurso é dirigido (PERELMAN, 1996:7). Assim, Perelman promove interessante construção ao estabelecer discurso, auditório e orador como elementos da argumentação, entendida aqui em sentido amplo, como método para provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que lhes são apresentadas (PERELMAN, 1996:4).

Tal ponto de vista é bem fundado na idéia de que auditório e orador são elementos em profunda e constante ligação. O auditório determina o modo de proceder do orador⁶, enquanto o orador deve se adaptar às características do auditório, de modo a alcançar melhores resultados em sua empreitada. Dessa maneira, não há como afastar a idéia de que a argumentação se desenvolve para o auditório.

Acerca do orador, Perelman destaca a importância da constante adaptação do discurso aos destinatários, afirmando que cabe ao auditório o papel principal para determinar a qualidade da argumentação e o comportamento dos oradores (PERELMAN, 1996:27).

O auditório, entendido, a priori, como o conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação, pode ser concebido de três formas distintas. A partir de sua extensão, Perelman e Olbrechts-Tyteca nos apresentam três modelos: o primeiro é o auditório universal, constituído por toda humanidade, ou pelo menos, por todos os homens adultos e normais. O segundo formado apenas pelo interlocutor a quem se dirige, entendido como um diálogo. O terceiro auditório abrange o próprio sujeito, quando delibera consigo próprio, hipótese em que coincidem os elementos auditório e orador (PERELMAN, 1996:33-34).

Tal extensão não pode ser compreendida simplesmente como a visualização física dos destinatários do discurso. Essa dimensão física é facilmente visualizada em um discurso verbal, todavia, não é bem estabelecida em um discurso escrito. O exemplo clássico é o do escritor que publica um livro, mas não sabe ao certo, no momento da confecção ou publicação, quem é o seu auditório.

Desse modo, um dos grandes problemas colocados à frente do orador é descobrir quem de fato são os seus destinatários, os quais são imprescindíveis para o processo de adaptação e construção. Essa construção do auditório, à luz dos destinatários, não se trata de inovação dos nossos tempos, já sendo visualizada em Aristóteles, Cícero e Quintiliano, demonstrando estes

⁶ cf. tópico Persuadir e Convencer.

autores que o conhecimento daqueles a quem se dirige a argumentação é uma condição prévia para o desenvolvimento de uma argumentação eficaz (PERELMAN, 1996:23).

Essa extensão dos auditórios, a princípio, sem muita utilidade prática, acaba por se tornar essencial na definição de uma estratégia argumentativa pautada na convicção ou persuasão.

Apesar das críticas sobre a imprecisão destes conceitos, oportuna lição nos ensina Atienza, ao demonstrar a distinção entre persuadir e convencer sob o viés do pensamento perelmaniano. Com vistas ao auditório que se pretende argumentar, considera o jusfilósofo espanhol que *“uma argumentação persuasiva, para Perelman, é aquela que só vale para um auditório particular, ao passo que uma argumentação convincente é a que se pretende válida para todo ser dotado de razão”* (ATIENZA, 2006:63).

Nesse sentido, quando ocorre uma argumentação perante um único ouvinte, encarado como auditório particular, deve-se optar por uma estratégia argumentativa persuasiva, todavia, se o destinatário é encarado como auditório universal, deve-se optar por uma estratégia pautada no convencimento.

Acredita-se que o interesse maior do estudo da argumentação, seja a descoberta de técnicas argumentativas passíveis de se impor a todos os auditórios. Tal objetivo seria possível mediante um discurso pautado na objetividade, alcançando um modelo ideal de argumentação que se imporia a auditórios compostos por homens competentes ou racionais (PERELMAN, 1996:29).

O Auditório Universal

Tendo em vista que a própria concepção de auditório utilizada por Perelman deriva da definição tradicional de Aristóteles, especificamente, nessa parte, o filósofo belga inova em uma noção basilar de seu pensamento, ao estabelecer o conceito de auditório universal (Auditoire Universel).

Mediante a idéia de que é a partir dos destinatários que toda argumentação se desenvolve, ele destaca o auditório universal como um auditório *“constituído por toda humanidade, ou pelo menos, por todos os homens adultos e normais”* (PERELMAN, 1996:33-34). A partir disso, busca-se elucidar a objetividade desse conceito, citando Perelman, destaca-se que este auditório

“é constituído por cada qual a partir do que sabe de seus semelhantes, de modo a transcender as poucas oposições de que tem consciência” (PERELMAN, 1996:37).

Assim, para ele, o auditório universal é tido como um limite a ser atingido. Todavia, apesar dessa importância, ele não nega a imprecisão do conceito, uma vez que cada cultura ou cada indivíduo poderão ter sua concepção acerca do auditório universal (PERELMAN, 1996:37). Essa idéia desempenha importante papel como objeto de discussão aqui proposto, pois além de promover o parâmetro ideal de visualização do destinatário, permite ainda ao orador, em seu exercício de adaptação com relação àquele, escolher entre duas estratégias argumentativas: persuadir ou convencer (ATIEZA, 2006:63), as quais por também serem fonte de imprecisões, são igualmente objeto de forte crítica por parte de outros autores⁷.

A consideração do caráter ideal, atribuído ao conceito de auditório universal, permite uma aproximação deste com a situação ideal de fala, descrita por Habermas e utilizada por Alexy em sua Teoria da Argumentação Jurídica.

Atienza ao também analisar o conceito perelmaniano, enxerga aspectos positivos e negativos. Sob o aspecto positivo, o pensador espanhol concorda com Alexy e sua atribuição ideal ao conceito de auditório universal, situado como parâmetro de racionalidade e objetividade (ATIENZA, 2006:81), concordando com o papel central exercido pelo auditório universal. Já sob o aspecto negativo, destaca a noção obscura desenvolvida, apontando para tanto, as críticas de Aulis Aarnio e Letizia Gianformaggio (ATIENZA, 2006:81) ao conceito em comento

Alexy contempla importante papel à Teoria da Argumentação de Perelman no campo normativo, uma vez que os destinatários, considerados sob a forma de auditório universal, somente se convencem mediante argumentos racionais. Nota-se que, a aproximação entre auditório universal, convencimento e racionalidade é novamente alvo de deliberação (ALEXY, 2005:168).

Assim, de uma forma mais lúcida, acerca dessa ligação, assevera o mestre alemão que esse estado (o auditório universal) corresponde à situação ideal de fala Habermasiana. “*O que em Perelman é o acordo do auditório universal, é em Habermas o consenso alcançado sob condições ideais*” (ALEXY, 2005:170).

⁷ cf. tópico Persuadir e Convencer.

Acerca da racionalidade na argumentação, citando Alexy, observa-se estreita relação com a busca pela universalidade, “*o apelo a uma universalidade, visando à realização do ideal de comunidade universal é a característica da argumentação racional*” (ALEXY, 2005:140).

Finalizando, ainda nos dizeres do jusfilósofo alemão, este conceito de Perelman (auditório universal) não é uno, mas contempla duas visões: a primeira formando um auditório que os indivíduos ou uma sociedade representam para si próprios, e a segunda como a totalidade de seres humanos participantes do discurso. Sendo assim, será a concordância alcançada por parte do auditório universal, o critério de racionalidade e objetividade da argumentação, uma vez que o auditório universal só é convencido mediante argumentos racionais. Neste ponto, reside o caráter objetivo, alcançando-se uma validade para todo ser racional, conseqüentemente empreende-se uma argumentação racional, ao considerar que “*cada homem crê num conjunto de fatos, de verdades, que todo homem ‘normal’ deve, segundo ele, aceitar, porque são válidos para todo ser racional*” (PERELMAN, 1996:31).

Persuadir e Convencer

Em seu Tratado da Argumentação Chaïm Perelman e Olbrechts-Tyteca diferenciariam os procedimentos argumentativos, com base nos objetivos do orador, afirmando que se o objetivo deste está em obter um resultado, persuadir é mais do que convencer, entretanto, se a preocupação do orador reside no caráter racional da adesão, convencer é mais que persuadir (PERELMAN, 1996:30).

Assim, visualiza-se que a argumentação pode ser desenvolvida mediante um processo de persuasão ou de convencimento, a opção por um processo ou outro, como já dito, deriva da concepção que o orador faz do auditório e de suas extensões. Nesse sentido, para uma melhor visualização, as extensões já concebidas são divididas em dois modelos: o auditório particular e o auditório universal. O primeiro compreende a argumentação realizada perante um indivíduo, bem como aquela realizada pelo orador consigo próprio. O segundo compreende o auditório sob aspectos ideais, formado por todos os seres humanos racionais.

Com isso, busca o filósofo belga ligar uma estratégia argumentativa a um auditório específico, ao propor “*chamar persuasiva a uma argumentação que pretende valer só para um*

auditório particular e chamar convincente àquela que deveria obter a adesão de todo ser racional” (PERELMAN, 1996:31). Ao presente trabalho não cabe discorrer acerca da ligação entre auditório particular e as técnicas de persuasão, concentrando-se na análise de uma argumentação pautada na convicção e realizada perante o auditório universal, que está relacionada com o caráter de universalidade e racionalidade.

Assim, observando as diferentes formas que assumem as argumentações perante auditórios diversos, é nítido que a adaptação do orador ao seu auditório, não se refere somente à escolha dos argumentos a serem utilizados, mas também às estratégias de argumentação que devem variar de acordo com o auditório a que se destina.

Por fim, é certa a visão de Perelman, ao estabelecer que do ponto de vista racional, convencer é mais que persuadir, tornando uma argumentação formulada sob os ditames do convencimento, mais próxima do ideal de objetividade e racionalidade, ligada ao auditório universal. Por isso há uma convergência entre as concepções de auditório universal e situação ideal de fala, como parâmetros ideais de objetividade e racionalidade.

A situação ideal de fala

A Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy apóia seu caráter de universalidade na situação ideal de fala, idéia já concebida por Habermas. Trata-se de uma situação ideal em que todos os oradores têm direitos iguais e que não existe coerção, havendo uma relação simétrica entre os indivíduos (HABERMAS *apud* ATIENZA, 1996:163). Essas condições ideais de Habermas são utilizadas por Alexy em sua Teoria da Argumentação Jurídica e apresentadas sob a forma de regras, assim definidas como: regras fundamentais, de razão, de carga da argumentação, de fundamentação e de transição (ALEXY, 2005:283-286).

Muitas críticas pairam sobre as Teorias da Argumentação quando se discute acerca das possibilidades de sua realização, questionam os críticos, se este estabelecimento de regras abstratas, não tornaria a realização completa dos procedimentos, algo impossível de se obter na prática. Alexy frisa que é possível uma realização aproximada da situação ideal de fala (ALEXY, 2005:136). Além disso, importante destacar que a elaboração e cumprimento dessas regras, proporcionam a racionalidade do discurso, e é precisamente a racionalidade o que confere universalidade às conclusões obtidas consensualmente (TOLEDO, 2006:615).

Assim, o estabelecimento desses critérios a serem observados na prática do discurso, especificamente no discurso jurídico, não tem como condição *sine qua non* a exigibilidade de cumprimento de modo absoluto e em todas as situações a que são submetidos. Somente não se pode afastar o entendimento de que é mediante eles que devem ocorrer a fundamentação e orientação do discurso.

Ainda nesse entendimento, a própria racionalidade do discurso, não pode ser inferida somente mediante o cumprimento de todas as regras apresentadas, uma vez que se trata de uma situação ideal, e que devido a este aspecto não é real (TOLEDO, 2006:616). Entretanto, quando respeitados, alcançam padrões de racionalidade e universalidade, que proporcionam no âmbito do discurso jurídico a legitimidade da legislação e a controlabilidade das decisões judiciais, importantes bases para a consolidação da democracia e do próprio Estado de Direito (TOLEDO, 2006:619), fatores indissociáveis dos objetivos perseguidos pelo atual Estado brasileiro.

A busca pela universalidade

O próprio Alexy destacou a proximidade existente entre a situação ideal de fala Habermasiana, concepção utilizada em sua teoria, e o conceito de auditório universal perelmaniano (ALEXY, 2005:179). A proposta de resgatar o trabalho de Chaïm Perelman, demonstrando ainda seu caráter atual, foi aqui trabalhada evidenciando o seu conceito de auditório universal e a situação ideal de fala de Habermas, utilizada por Alexy, em teoria mais recente, como meio de se alcançar a racionalidade e universalidade do discurso jurídico. Desse modo, buscou-se uma ligação entre o conceito perelmaniano e conceitos mais recentes da atual discussão que cerca as Teorias da Argumentação Jurídica.

Perelman promove uma composição ideal do auditório universal, ao estabelecer sua formação “*por toda humanidade, ou pelo menos por todos os homens adultos e normais*” (PERELMAN, 1996:33-34). Considerando que o acordo para estes casos seria alcançado mediante o convencimento, estratégia argumentativa relacionada com os métodos racionais, tem-se o auditório universal como um limite a ser atingido, uma vez que a composição alcançada neste limiar é o critério de racionalidade e objetividade da argumentação.

Habermas estabelece a situação ideal de fala como um parâmetro, sendo considerada aquela em que todos os oradores têm direitos iguais e que não existe coerção, havendo uma relação simétrica entre os indivíduos (HABERMAS *apud* ATIENZA, 2006:163). Assim, o acordo é obtido mediante a igual participação entre os falantes, Nessa situação ideal, a elaboração e cumprimento de regras proporcionam a racionalidade, sendo ela o que confere a universalidade ao discurso.

Por fim, torna-se evidente que o resultado buscado pelos idealizadores de tais parâmetros é a busca pelo caráter universal da argumentação, aproximando-se do aspecto racional. Como se vê, seja mediante a situação ideal de fala, seja mediante o auditório universal, esse objetivo é alcançado.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica – A Teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 02 ed.. São Paulo: Editora Landy, 2005.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica*. 03 ed. São Paulo: Editora Landy, 2006.

PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação – A Nova Retórica*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1996.

TOLEDO, Cláudia. Teoria da Argumentação Jurídica. *Revista Forense*. São Paulo, vol. 395, p. 613-625, jan./fev., 2008.

A Revisão Constitucional Facilitada como Mecanismo de Concretização da Quarta Dimensão de Direitos Fundamentais: Novos Horizontes para a Democracia Brasileira?

AUTOR
Douglas Borges de Vasconcelos¹

ORIENTAÇÃO
Fabício Muraro Novais²
Silvia Araújo Dettmer³

Resumo: O presente trabalho tem por escopo a análise de novel construção teórica inerente ao processo formal de alteração dos delineamentos constitucionais. Trata-se da denominada *Revisão Constitucional Facilitada* (RCF): proposta *necessária*, que – se concretizada – trará laudável alteração dos cursos de nossa democracia. Divergindo da atual disposição constitucional inerente à qualificação de quorum para aprovar proposta de Emenda à Constituição (PEC) – que hodiernamente é de três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional – este novo processo revisional prevê – *prima facie* – a exigência de aprovação por *maioria absoluta* – na Câmara dos Deputados e no Senado Federal – jungida à basilar condição: envio do projeto emenda revisado à *referendo popular*, para que assim os titulares do Poder Constituinte promovam – ou não – sua ratificação. Destarte, enfatizando que tal inovação não compromete a rigidez do processo de alteração constitucional, expomos – também – que a sua adoção no Estado Democrático de Direito brasileiro seria uma forma de consolidação da 4ª Dimensão de Direitos

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), campus de Três Lagoas; Pesquisador bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). E-mail: borgesdevasconcelos@gmail.com

² Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP); Mestre e Doutorando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); Professor Assistente da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), campus de Três Lagoas; Assessor da Ministra Fátima Nancy Andriighi, do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

³ Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Marília; Especialista em Direito Processual Civil pelas Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo (FMU); Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru (ITE); Professora Assistente da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), campus de Três Lagoas.

Fundamentais, que – em consonância com as lições de Paulo Bonavides – consiste no exercício da Democracia direta.

Palavras-Chave: Constituição. Democracia Direta. Emenda Constitucional. Revisão Facilitada.

Abstract: This work has as scope the analysis the new theoretical construction inherent the formal process of the constitutional design's alteration. This is called *constitutional revision facilitated (CRF)*: proposal *needed*, which – if implemented – will bring laudable courses of our democracy changing. Diverging from the current constitutional arrangement inherent of the *quorum* qualification to approve the Constitution Amendment Proposal (CAP) – which nowadays is three fifth of the votes from each members' house of National Congress – this new review process foresee – *prima facie* – the approval demand by absolute majority – in the Parliament and Federal Senate – linked the basic condition: sending the amendment project reviewed to popular referendum, in order to the titular of the Constituent Power promote – or not – their ratification. This way, emphasizing that such innovation doesn't commit the accuracy of the constitutional alteration's process, we also expose that its adoption in the Democratic State of Brazilian Right would be a way to consolidate the 4th Dimension of Fundamental Rights, which – in agreement with Paulo Bonavides's lessons – consists in the direct Democracy's exercise.

Keywords: Constitution. Direct Democracy. Constitutional Amendment. Facilitated Revision.

1. Introdução

É de fácil absorção cognitiva a assertiva de que ao remetermos nosso raciocínio à análise da palavra *sociedade*, surge – *prima facie* – um elo, ou conexão, com o *direito*⁴, ou melhor, com um complexo normativo regulamentador das relações sociais, cuja manipulação incumbe a um ente maior, qual seja, o Estado, conforme depreende-se – além do senso comum – de algumas das definições propagadas por Aurélio Buarque de Holanda Ferreira quando se refere ao vocábulo em análise. Vejamo-las:

So.ci.e.da.de sf. Agrupamento de seres que vivem em estado gregário. Grupo de indivíduos que vivem por vontade própria sob normas comuns.; comunidade. Grupo de pessoas que, submetidas a um regulamento exercem atividades comuns ou defendem interesses comuns. Contrato pelo qual pessoas se obrigam a reunir esforços ou recursos para a consecução de um fim comum. (FERREIRA, 2001:642) *grifo nosso*

Nesse urdir, temos por hígida tal construção – ou *indução cognitiva* –, visto que da análise histórico-filosófica e teórico política da evolução social, observamos que desde a sofística grega do século V a.C. – com a *Teoria do Pacto Social* –; bem como dos pensamentos de Tomás de Aquino e – na filosofia moderna – das clássicas explicações de Hobbes, Rousseau e Kant, observa-se que para se viabilizar o escopo da pluralidade humana de se reunir para a persecução da convivência e coexistência pacífica, far-se-ia necessária não só a criação de uma complexa estruturação normativa capaz de reger as condutas dos homens que se sujeitassem a tal condição, mas – também – de um ente maior, qual seja, o Estado: capaz de criar, gerenciar e efetivar tais disposições. Por tais razões, Sociedade e Direito encontram-se jungidos, para que – destarte – seja possível a estruturação estatal necessária para realização daquele objetivo maior. Entretanto, para que tal intento concretize-se, tem-se por necessário que tais delineamentos encontrem-se expressos ou – na dicção jurídica – positivados numa *Constituição*, que aqui traduz o sentido de *decisão política fundamental* (SILVA, 2006:38) ou *decisão política do titular do poder constituinte* (LENZA, 2007:54), conceito estritamente *político* trazido por Carl Schmitt. Mas o que é Poder Constituinte? Na precisa lição de Michel Temer, seria a *manifestação soberana de*

⁴ Ressaltamos que essa conexão não necessariamente é condizente com o que venha a ser o direito pela perspectiva da doutrina jurídica, haja vista que corriqueiramente tal raciocínio realiza-se em dissonância com as controvertidas explicações doutrinárias do que aquele veja ser.

*vontade de um ou alguns indivíduos, capaz de fazer nascer um núcleo social,*⁵ capaz de fazer nascer um *Estado*, ou seja: uma sociedade devidamente estruturada e regida por um ente maior, ou – conforme leciona Paulo Bonavides –, consiste naquilo em que “se reduz formalmente a uma *ação constituinte*, capaz de criar ou modificar a ordem constitucional ou de produzir as instituições fundamentais de uma determinada sociedade”. Em consonância com os desdobramentos doutrinários, traz-se – para os escopos da presente análise – uma subdivisão dicotômica do Poder Constituinte⁶, que se caracteriza como *Originário*⁷, que – em conceito sintético – é aquele cuja atuação consiste na criação de uma nova constituição, ou seja, de um novo delineamento estruturante que culmina na criação de novel Estado, visto que antes da manifestação desse poder, o Estado – tal como veio a ser positivado – passa a existir apenas a partir da Constituição⁸; e *Derivado*. Para explicá-lo, valemo-nos – novamente – de significação veiculada por Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, que atribui ao vocábulo *derivar* a significação de “[...] *originar-se, resultar* [...]” (FERREIA, 2001:210). Logo, temos que o Poder Constituinte *Derivado* é aquele que se origina da manifestação inicial do Poder Constituinte Inaugural, ou seja, resultante de disposições inseridas na Constituição.

Posto isso, tem-se que uma constituição – quando do momento de sua elaboração – tem como razão existencial o escopo de ser eterna, mas não imodificável. Vale dizer: em decorrência da dinamicidade das relações sociais, faz-se necessário que o próprio criador do texto constitucional preveja mecanismos que possibilitem a reforma desse, evitando – destarte – que suas disposições tornem-se – diante das mutações sociais – obsoletas, o que demandaria a elaboração de uma nova constituição para a viabilização de uma *harmonia social*. Assim, surge o Poder Constituinte Derivado Reformador, que consiste em competência derivada da manifestação do Poder Constituinte Originário, em que atribui-se a uma instituição estatal a tarefa de promover a reforma daquele texto, mantendo-o condizente com as necessidades sociais e – mormente –

⁵ TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: MALHEIROS, 2007.

⁶ Embora a melhor doutrina desdobre o Poder Constituinte Derivado de modo mais abrangente, na presente análise trazemos apenas a subdivisão elementar para a concretização de nosso escopo científico.

⁷ Também conhecido como *inicial* ou *inaugural*, visto que inicia ou inaugura uma nova ordem jurídica, um novo estado.

⁸ TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: MALHEIROS, 2007. p. 35. Conforme expõe esse ilustre doutrinador, “*surge novo Estado a cada nova constituição [...] o Estado brasileiro de 1988 não é o de 1969, nem o de 1946, de 1937, de 1934, de 1981 ou de 1824. Historicamente é o mesmo. Geograficamente pode ser o mesmo. Não o é, porém, juridicamente. A cada manifestação constituinte editora de atos constitucionais como Constituição [...], nasce o Estado*”.

apto a dar *eficácia social* aos seus regramentos. Nesse contexto, para melhor conduzirmos o raciocínio aqui proposto propomos as seguintes indagações: Quem é o *Titular* desse Poder Constituinte? E – uma vez criada uma Constituição –, como ocorre o seu processo de modificação? É o que passamos a analisar.

Conforme dispõe o artigo 1º, parágrafo único, da vigente Constituição da República Federativa do Brasil,

*Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes, ou, de forma direta, via referendo, plebiscito e iniciativa popular*⁹.

Da análise dessa magna disposição constitucional, extrai-se que importante distinção, qual seja, a de *titularidade* e *exercício* do Poder Constituinte, evidenciando-se que nem sempre o titular desse poder poderá exercê-lo. Ou seja, de acordo com a sistematização constitucional brasileira, o *titular* desse poder é o Povo¹⁰, e o *exercente* seria aquele que – representando-lhe – é responsável pela implementação do Estado e elaboração da Constituição, sendo *inicialmente* esse exercício – conforme mostra-nos a história e doutrina – caracterizado por dicotômica forma de atuação, qual seja: *eleição de representantes populares que compõe uma Assembléia Nacional Constituinte*, incumbida da elaboração da *nova ordem constitucional*, ou, pela *Revolução*, caracterizada quando o exercício desse poder dá-se com a ausência de manifestação popular direta¹¹, e – em momento posterior a elaboração da novel constituição – evidenciado mormente pela atuação de representação parlamentar, ou, via convocação de *plebiscito* – consulta formulada ao povo, efetivando-se em relação àqueles que tenham capacidade eleitoral ativa, para que deliberem sobre matéria com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido –, *referendo* – consulta formulada ao povo com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição do mesmo –, e *iniciativa popular*.¹²

⁹ Grifamos.

¹⁰ Ressalta-se nossa compreensão de que o sentido a ser empregado para a palavra *povo* seria o de todos aqueles que estão em situação regular no que diz respeito as obrigações eleitorais e militares.

¹¹ Com relação a esse exercício *revolucionário* do Poder Constituinte, temos o Ato Institucional de nove de abril de 1.964, que assim trazia em sua disposição inaugural: “A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular, ou pela revolução [...] Os chefes da revolução vitoriosa [...] representam o povo e em seu nome exercem o poder constituinte, de que o povo é o único titular”.

¹² Dispõe o artigo 49 da Constituição da República Federativa do Brasil: “É de competência exclusiva do Congresso Nacional: XV – autorizar referendo e convocar plebiscito”. Já o artigo 62, §2º traz que “A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional,

2. A problemática da *alteridade parlamentar* e a teoria da revisão constitucional facilitada

Ex positis, feitas as observações supramencionadas, temos elementos suficientes para chegarmos à detecção do clímax da problemática que aqui intentamos abordar, qual seja: a de que embora o *povo* seja o titular do poder, na verdade ele pouco atua na *efetiva* atividade político-legislativa da República Federativa do Brasil, já que – *data venia* – entendemos ser utópico – para a realidade brasileira – o *sistema representativo* consagrado por nosso texto constitucional, já que inexistente o que convencionamos denominar de *alteridade parlamentar*, ou seja, a colocação intelectual-legislativa do exercente desse poder nas mais diversas realidades do território nacional, para que – destarte – seja possível a detecção dos *reais* anseios e necessidades do titular do poder, de modo a influenciar, ou melhor, *determinar* uma atividade parlamentar consonante com os anseios desse. Deste modo, a *alteridade parlamentar* é requisito para que – de fato – ocorra a representação – repete-se – dos anseios e necessidades do *povo*, e não de *interesses* – isolados – de *classes* ou *setores econômicos*, ocorrência caracterizadora da *politicagem* no Congresso Nacional: realidade que acaba por macular nosso sistema representativo, e desestimular os cidadãos de interagirem com a política. Ou seja, na verdade o Congresso Nacional funciona num sistema auto-poiético, que se auto-alimenta com idéias, anseios e demandas próprias, quando na verdade sua regência deveria ser como Poiético, que necessariamente deve valer-se de outras fontes de alimentação alheias a sua existência. Outrossim, verifica-se que nesses moldes o Estado Democrático de Direito não se legitima, pois não há atuação dos titulares do Poder Constituinte e efetividade da representatividade, sendo que o *procedimento* legitima o discurso auto-democrático, e isso – repita-se – é um absurdo, pois embora a Constituição de 1988 exalte o discurso da democracia, ninguém discute o procedimento democrático, caracterizado por ser um sistema fechado, auto-poiético.

Mas o que fazemos para alterarmos essa realidade? É nesse contexto que trazemos para a discussão acadêmica importante construção teórica, denominada *Revisão Constitucional Facilitada*. Antes de explicá-la, devemos expor qual o procedimento, ou melhor,

distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos por três décimos por cento dos eleitores de cada um deles”.

o *iter* delineado pelo Poder Constituinte Originário para que – de forma hígida – realize-se alterações da Constituição.

Dispõe o artigo 59, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil, que o *Processo Legislativo* – ou seja, o processo pelo qual se formam as leis – compreende a elaboração de *Emenda Constitucional*, cuja significação pode ser definida como *reforma ou acréscimo que se faz – por meio do intermédio de órgãos competentes – ao articulado numa constituição rígida*. E, em seguida, o artigo 60 – no *caput* e incisos – delimita que *os projetos de emenda constitucional poderão ser encaminhados por um terço – no mínimo – dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; pelo Presidente da República; e por mais da metade das Assembléias Legislativas das Unidades da Federação, manifestando-se – cada uma delas – por maioria relativa*¹³. Posto isso, recebida a Proposta de Emenda Constitucional (PEC), exigir-se-á que a mesma seja discutida e votada em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver – em ambos – três quintos dos votos dos respectivos membros, conforme dispõe o §2º do artigo 60, hipótese em que a PEC – já aprovada – será promulgada pelas mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, conforme a ordem. (artigo 60, §3º da CRFB).

Dessa sintética explanação acerca do processo legislativo inerente à alteração dos delineamentos constitucionais, é de fácil cognição que a atuação é *exclusiva* daqueles que representam o titular do Poder Constituinte. Destarte, considerando a supramencionada *ausência de alteridade parlamentar*, tem-se que – na verdade – ocorre de forma corriqueira a constitucionalização de interesses que divergem dos anseios do Povo, titular do poder.

Como sabemos, a Constituição da República Federativa do Brasil contempla a *Democracia Semi-Direta*, modelo – entre nós – caracterizado pelo exercício *freqüente* da *Democracia Indireta* – via representatividade – e, *excepcional* da *Democracia Direta*, via *Plebiscito, Referendo e Iniciativa Popular*.

A teoria que trazemos para a discussão acadêmica na presente análise tem por escopo alterar maculada realidade política que retro explanou-se, possibilitando-se tal intento por meio da exaltação do exercício da Democracia Direta. Explicamos. A *Revisão Constitucional*

¹³ *In casu*, a exigência de manifestação das Assembléias Legislativas para a hígidez da apresentação do Projeto de Emenda Constitucional (PEC), verificar-se-á se a PEC tiver sido deliberada e votada perante a maioria dos presentes *na sessão* de deliberação e votação, e não perante a maioria de todos os membros da Assembléia, hipótese em que estaríamos diante da exigência de *maioria absoluta*.

Facilitada prevê que para que fosse possível a alteração das disposições constitucionais delineadas pelo Poder Constituinte Originário, far-se-ia necessário a passagem por duas fases, quais sejam:

- *Primeira Fase:* o Projeto de Emenda Constitucional (PEC) deve ser submetido à discussão e votação – em cada Casa do Congresso Nacional – em dois turnos, sendo que somente será encaminhado para uma a segunda fase caso seja aprovado – em ambas – por quórum de *maioria absoluta*;
- *Segunda Fase:* observado aquele procedimento inicial em que obteve-se aprovação no Congresso Nacional, submeter-se-ia o PEC à análise do titular do Poder Constituinte, ou seja, o Povo, que – por meio de *referendo* – decidiria de forma *direta* pela aprovação ou não daquela modificação constitucional¹⁴.

Registre-se que concretização da Revisão Constitucional facilitada viabilizar-se-ia – no que tange a sua estruturação física – com o auxílio tecnológico, mormente do oriundo da cibernética, existindo em cada município – *verbi gratia* – *Centrais Legislativas* – que seriam uma espécie de elo-comunicante entre o *titular do poder*, e o *exercente do poder*.

Enfatize-se que embora – *prima facie* – se possa arquitetar que esse novel rito acabaria por violar uma cláusula pétrea implícita, qual seja, a *rigidez constitucional*, tal cogitação deve ser repelida, visto que na verdade, há uma *intensificação* dessa rigidez, pois na verdade o que se facilita não é a alteração, e sim o exercício da democracia direta, enquanto a modificação torna-se mais dificultosa, visto que deverá ser ratificada pelo anseio popular, ou seja, o processo é muito mais rígido considerando-se a subordinação desse a vontade dos Titulares do Poder Constituinte. Nesse sentido, aponta Michel Temer que

[...] Se eliminarmos a maioria de 3/5 mas adicionarmos a extrema dificuldade de aprovação popular, estaremos mantendo o processo mais dificultoso par a emenda à Constituição – e, portanto o mesmo ‘conteúdo conceitual’ dessa cláusula pétrea

¹⁴ Nesse sentido, entende Michel Temer “que é fundamental submetê-la a referendo popular, para que o povo, titular do poder constituinte originário, diga se está, ou não de acordo com o texto revisado”. Cf. TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: MALHEIROS, 2007. p. 43.

implícita. E a autorização para essa raciocínio está na nossa crença de que o art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal fixou a possibilidade do exercício do poder constituinte diretamente pelo povo ¹⁵.

2.1 A defasagem normativa do parágrafo único do artigo 1º da crfb-88

Segundo leciona a melhor doutrina, no parágrafo único do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil encontra-se além da evidenciação e concretização da titularidade do Poder Constituinte, as bases para o exercício do procedimento que viabiliza o Estado Democrático.

No supramencionado dispositivo, o legislador constituinte dispôs:

Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição ¹⁶.

Da análise dessa normatização, temos que nosso texto constitucional consagrou meios de realização do exercício democrático do poder: ou o povo, titular do poder constituinte o exerce diretamente via Plebiscito, Referendo e Iniciativa Popular, **ou** por meio dos seus representantes eleitos. Destarte, depreende-se que além da evidenciação – oriunda da análise lógico sistemática – privilegiar o exercício indireto da democracia, ou seja, dar ênfase ao exercício do poder pelos representantes, temos que no exercício da democracia direta há subordinação à volição dos representantes, já que é de sua competência, segundo dispõe o artigo 49, inciso XV da CRFB-88, a autorização de referendo, e a convocação de plebiscito. Com a devida *venia*, temos por aberrante tal previsão, já que nele positiva-se de o exercício *direto* do poder estar subordinado aos desígnios do Poder Legislativo, aos representantes, o que faz-nos concluir que o correto, é a propositura da alteração do supramencionado dispositivo para com a seguinte redação: *Todo poder emana do povo, que o exerce por meio dos seus representantes eleitos, e diretamente nos termos dessa constituição.*

¹⁵ TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: MALHEIROS, 2007.

¹⁶ CRFB-88, art. 1º, Parágrafo Único.

3. O elo entre a construção teórica da revisão constitucional facilitada e a quarta dimensão de direitos fundamentais

A fundamentação que buscamos para essa novel aproximação do Titular do Poder ao Poder, extrai-se das precisas lições do laudável jurista Paulo Bonavides. Esse eminente constitucionalista, ao discorrer sobre as três clássicas *dimensões* – ou gerações – de direitos fundamentais, acrescenta uma quarta, caracterizada pelo exercício da democracia, que – necessariamente – deve ser *direta*. Desse modo, sinteticamente explicitamos as três primeiras pela exaltação das expressões ***Liberdade*** – *adquirida com direitos civis e políticos* –, ***Igualdade*** – possibilitada pela previsão de direitos sociais, culturais, econômicos, bem como os coletivos ou de coletividade –, e ***Fraternidade*** – proporcionada pelo reconhecimento do direito ao desenvolvimento, a paz, ao meio ambiente, e a proteção dirigida não mais ao indivíduo ou coletividade, mas sim ao gênero humano.

Nesse urdir, surge a adição – extraída das lições do supramencionado constitucionalista – da *quarta dimensão*, caracterizada pelo exercício da Democracia Direta. Antes de expô-la, faz-se necessário esclarecimento acerca do emprego – aqui exaltado – da expressão *dimensão*, e não *geração* de direitos fundamentais, conforme encontra-se na celebre obra *Era dos Direitos*, de Norberto Bobbio ¹⁷.

Conforme expõe Paulo Bonavides, devemos dirimir um equívoco de linguagem, qual seja,

[...] o vocábulo “dimensão” substitui, com vantagem lógica e quantitativa, o termo “geração”, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade [...]. (BONAVIDES, 2006:572)

Atento à lastimável realidade brasileira – no que tange ao seu contexto político – o emérito professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará detecta que:

[...] O Brasil está sendo impelido para a utopia desse fim de século: a globalização do neoliberalismo, extraída da globalização econômica. O neoliberalismo cria, porém, mais problemas do que os que intenta resolver. Sua filosofia do poder é negativa, e se move, de certa maneira, rumo à dissolução do Estado nacional, afrouxando e debilitando os laços de soberania, e ao mesmo passo, doutrinando uma falsa despolitização da sociedade. A globalização política neoliberal caminha silenciosa,

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: CAMPUS, 1992.

sem nenhuma referência de valores. Mas nem por isso deixa de fazer perceptível um desígnio de perpetuidade do 'status quo' de dominação. Faz parte da estratégia mesma da formulação do futuro e proveito das hegemonias supranacionais já esboçadas no presente. Há, contudo, outra globalização política que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. Só assim aufere humanização e legitimidade um conceito que, doutro modo, qual vem acontecendo de último, poderá aparelhar unicamente a servidão do porvir. A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado Social [...]

Posto isso, o eminente jurista leciona que

[...] São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. A democracia positivada enquanto direito de quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. Desse modo, há de ser também uma democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do hermetismo da exclusão, de índole autocrática e unitarista, familiar aos monopólios do poder. Tudo isso, obviamente, se a informação e o pluralismo vingarem por igual como direitos paralelos e coadjuvantes da democracia; esta, porém, enquanto direito do gênero humano, projetado e concretizado no último grau de sua evolução conceitual[...]¹⁸ (grifamos)

Ressalta-se que conforme bem expõe Bonavides, os direitos de primeira, segunda, e terceira dimensão são *infra-estruturais*, formando uma pirâmide, cujo ápice é o direito à democracia, que consiste num “coroamento” de uma globalização política,

[...] para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a Humanidade parece caminhar a todo vapor após ter dado o seu primeiro e largo passo. Os direitos de quarta geração não somente culminam a objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes, como absorvem – sem, todavia, removê-la – a subjetividade dos direitos individuais, a saber, os direitos de primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão ficam opulentados em sua dimensão principal, objetiva e axiológica, podendo, doravante, irradiar-se com a mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico [...]¹⁹

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ *Idem.*

Destarte, cremos que interferência *direta* dos titulares do Poder Constituinte no processo de alteração formal da Constituição – proporcionada pela *Revisão Constitucional Facilitada* –, além de hígida, possibilita a concretização do direito à democracia direta, prevista pela quarta dimensão de direitos fundamentais, sendo não apenas uma adequação teórica, mas – mormente – uma necessidade do resgate do poder pelo povo, possibilitando-se – enfim – a tão necessária proximidade entre titular do poder e poder.

4. Considerações finais

Diante do exposto, convém enfatizar que seria inútil – hodiernamente – defendermos de modo isolado a *Teoria da Revisão Constitucional Facilitada* sem pensarmos em políticas públicas de efetivação de vital direito fundamental de segunda dimensão, qual seja, o *direito à educação*, haja vista que a participação do popular no processo de alteração da constituição só seria eficaz e efetiva se motivada pelo conhecimento da magnitude de sua atuação, jungida ao anseio de ver suas necessidades concretizadas e sedimentadas. Lastimavelmente, os cidadãos brasileiros – que em sua maioria sequer sabem o significado desse status que ostentam –, lobrigam o que seja cidadania, e preferem continuar subordinados a políticas paternalistas. Enquanto cremos que *a política é para políticos*, continuaremos a ouvir, ler, e presenciar a concordância de que a *globalização política* – advinda da reestruturação social por meio de políticas públicas que efetivem direitos fundamentais – é anárquica, enquanto na verdade, é ela que possibilitará – como quer a *Revisão Constitucional Facilitada* – a *globalização da democracia*: ocorrência em que o Homem configurará:

presença moral da cidadania. Ele é a constante axiológica, o centro da gravidade, a corrente de convergência de todos os interesses do sistema. Nessa democracia, a fiscalização de constitucionalidade daqueles direitos enunciados – direitos, conforme vimos, de quatro dimensões distintas – será obra do cidadão legitimado, perante uma instância constitucional suprema, à propositura da ação de controle, sempre em moldes compatíveis com a índole e o exercício da democracia direta. Enfim, os direitos de quarta dimensão compendiam o

futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será possível a globalização política. (BONAVIDES, 2006:572)

Referências

- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: CAMPUS, 1992.
- BENEVIDES, Mauro. *A Voz do Povo no Congresso Nacional*. Câmara dos Deputados: Brasília, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: MALHEIROS, 2006
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: SARAIVA, 2008.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS*. 3 ed. São Paulo: SARAIVA, 2003.
- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 29 ed. Organizador: Alexandre de Moraes. São Paulo: ATLAS, 2008.
- CHAUI, Marilena. *O que é Ideologia*. 39 ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini-aurélio Século XXI Escolar: O minidicionário da língua portuguesa*. 4. Ed. ver. Ampliada. Rio de Janeiro: NOVA FRONTEIRA, 2001.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 11 ed. São Paulo: MÉTODO, 2007.
- LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. 17 ed. 15 reimpressão. São Paulo: Brasiliense, 2006.
- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 23 ed. São Paulo: ATLAS, 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28 ed. São Paulo: MALHEIROS, 2006.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: MALHEIROS, 2007.

Inconstitucionalidade de lei municipal que isenta servidores municipais do pagamento de IPTU

AUTORES

Fábio Ferraz de Almeida²⁰

Ícaro da Silva Teixeira²¹

ORIENTAÇÃO

Luciana Gaspar Melquiades²²

Resumo: Este estudo pretende analisar a constitucionalidade da Lei Municipal que isenta os servidores públicos do município de Juiz de Fora/MG do pagamento de IPTU (Imposto sobre Propriedade Territorial e Urbana). Através do princípio da isonomia e tendo como *background* o conceito weberiano de estado racional burocrático, buscou-se, primeiramente, verificar a constitucionalidade ou não do referido dispositivo legal. Depois de concluída a análise jurídica propriamente dita, deu-se início a um trabalho empírico, consistente na realização de pequenas entrevistas com indivíduos aleatórios, com o intuito de verificar tanto o grau de informação, quanto a opinião dessas pessoas em relação a tal benefício. Diante dos dados obtidos, foram criadas duas categorias de cidadão: o do homem-comum e o do homem-incomum, de acordo com o seu conhecimento jurídico específico. Feita essa categorização, concluiu-se que existe uma enorme fenda nas relações entre o cidadão e o Estado, e que esse distanciamento acaba gerando desinformação ao homem comum, que se encontra cada vez mais alijado das decisões político-econômicas. Em suma, a presente pesquisa inicia-se com um debate jurídico tradicional e termina com um panorama social, esculpido por meio de uma análise empírica do benefício em questão, buscando indicar a relevância do tema para toda a sociedade.

Palavras-chave: IPTU – isonomia – constitucionalidade – desinformação – homem comum

²⁰ Graduando em Direito da UFJF.

²¹ Graduando em Direito da UFJF.

²² Possui mestrado em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (2005) e doutorado em Direito Público pela mesma Casa (2009). Atualmente é professora doutora da Faculdade Metodista Granbery e procuradora - Município de Juiz de Fora.

Abstract: This study analyzes the constitutionality of the Municipal Law which exempts Juiz de Fora/MG public officials payment of property tax (Property Tax Planning and Urban). Based on the principle of equality and the Weberian concept of rational bureaucratic state, we sought, first, to verify the constitutionality or not of this legal provision. After complete the legal analysis itself, has been started an important work, consisting of making small random interviews with individuals in order to determine both the degree of information and the personal opinion of these people about such benefit. In our data, two citizens' categories were created: "common man" "unusual man", according to the their specific legal knowledge. Made this categorization, it was concluded that there is a huge rift in the relationship between citizen and state, and that this gap has generated common man' disinformation, who is increasingly disconnected from the political and economic decisions. In short, this research starts with a traditional legal legal debate and ends with a social landscape, carved by an empirical analysis of the benefit in question, seeking to indicate the relevance of the theme for the whole society.

Key words: PTPU – equality - constitutionality – disinformation – common man

Introdução

A isonomia²³ é conceito sempre controverso nas formulações jurídicas. Trata-se de analisar regras segundo as quais critérios de distribuição são realizados. Sua formulação conceitual, hoje, acarreta pluralidade de sentidos. O Liberalismo Clássico, por exemplo, consagrou a isonomia sob um aspecto estritamente formal. Posteriormente, durante o século XIX e no início do século XX, as controvérsias, crises e seus movimentos sociais correspondentes engendraram uma concepção material da igualdade.

Outro ponto refere-se à justificação do princípio da igualdade. Pode-se abordar a questão a partir de uma concepção moral, mas também enquanto produto de relações de poder. A igualdade enquanto poder está vinculada à política e às formas de governo, ou seja, quando se fala em democracia é impossível não adotar qualquer critério de igualdade. A justificativa moral realiza-se, por exemplo, a partir de *concepções religiosas* “Somos filhos de um mesmo Deus”; de *concepções jus filosóficas* (a igualdade como direito natural, ou como princípio de argumentação pós-positivista); *concepções políticas* “cidadãos-filhos de uma nação”.

Igualdade de bens [1] ou igualdade de oportunidades [2]; igualdade perante a regra [3] ou igualdade criada pela regra [4]; igualdade proporcional [5]: “a cada um conforme suas necessidades” [5.1] ou “a cada um conforme seu merecimento” [5.2]. A lista quase se faz interminável, mas, sem dúvida, todas essas formulações decorrem de um mesmo ponto: as relações entre os seres sempre apresentam como pano de fundo relações de poder²⁴ acompanhadas de forças desiguais.

O que se almeja é levantar uma discussão sobre a isonomia no direito tributário. Existem benefícios ou privilégios concedidos pela atividade tributária? Como é possível interpretar um tratamento desigual? De que modo justificar diferenças num Estado Democrático de Direito?

Todas essas delimitações teóricas pautaram-se por um “fato gerador” de dúvida: o tratamento tributário diferenciado concedido pela administração pública da cidade de Juiz de Fora (MG) aos seus servidores municipais. O Código Tributário Municipal de Juiz de Fora/MG, Lei 5546/78, através do artigo 48, inciso I, institui a isenção do IPTU (Imposto sobre Propriedade Territorial e Urbana) para servidores municipais. A partir dessa questão levanta-se uma

²³ Adotar-se-á, aqui, o termo isonomia com o mesmo significado de igualdade.

²⁴ Aqui entendido genericamente como possibilidade de impor a própria vontade.

controvérsia: quais os fundamentos para a concessão dessa isenção? Como justificá-la frente ao Princípio da Isonomia? Deveria ser declarada a inconstitucionalidade do dispositivo ou o próprio IPTU é injustificável, devendo-se, portanto, estender o benefício a toda população?

Em suma: um privilégio foi concedido por uma norma jurídica, agora, cabe entendê-lo para, ou confirmá-lo - legitimando-o – ou combatê-lo.

O Estado racional

O ordenamento jurídico moderno é peculiarizado por sua racionalidade e coerência enquanto sistema. Contudo, não há como analisá-lo sem se ter por conta o Estado típico que representa. Estuda-se, então, neste artigo, o *Estado racional capitalista* assentado sobre o *direito racional* e sobre o *funcionalismo especializado*.

O *direito racional*²⁵ é acompanhado pelo pensamento *formal-jurídico* - herdado do direito romano. Significa perceber o direito como um conjunto de normas abstratas e genéricas, tidas como válidas na medida em que passaram por um procedimento legitimado de reconhecimento. Além disso, as normas, em geral, são positivadas em códigos sistematizados que refletem as experiências e os costumes sociais. A obediência aos dispositivos legais decorre da forma como se estrutura o imperativo, ou seja, ao ser abstrato e genérico, ele pode vincular todos os cidadãos submetidos à jurisdição de um Estado – é a *formalidade*. A *juridicidade* decorre do aparato coercitivo vinculado à desobediência da norma jurídica. Desse modo, o direito é capaz de ordenar condutas.

Formalidade e juridicidade contribuem, então, para a previsibilidade necessária à estabilidade e à calculabilidade das relações em um modelo produtivo capitalista. Quanto à tributação, a previsibilidade se faz, por exemplo, quando o Estado é capaz de levantar hipóteses e, a partir delas, fazer previsões de suas receitas e despesas.

Além disso, cabe referir-se ao *funcionalismo especializado* que acompanhou o processo de burocratização do Estado. O modelo de estado capitalista tem-se pautado pela maximização da

²⁵ As características destacadas não se apresentam totalmente ao Direito Internacional. Este ainda revela institutos e aspectos um tanto controversos. CARR em *Vinte Anos de Crise (1919-1939)*, dedica um capítulo à questão. Além da inexistência de um governo mundial centralizado, o autor declara que o pano de fundo político no espaço internacional também contribui para a não sistematização do Direito Internacional.

eficiência²⁶ e da produção. Estas somente puderam atingir seu grau máximo com a divisão e a especialização de tarefas (processo de profissionalização ou de desenvolvimento específico de *capitais culturais*²⁷). Acrescenta-se a isso a forma de organização de toda essa mão-de-obra: o modelo burocrático. A *burocracia* é uma estrutura administrativa pautada pela hierarquização de cargos. Os ocupantes desses agem nos limites previstos pelas regras (competência claramente definida). Há uma distinção entre a pessoa ocupante do cargo e o cargo em si; e os empregados (funcionários) não possuem os recursos administrativos dos quais devem prestar contas. A partir da hierarquia forma-se a carreira, uma espécie de percurso realizado pelo empregado de modo a alcançar o mais alto posto da série²⁸. O último atributo é maximização da impessoalidade das relações por meio de documentos e de papéis estipulados conforme um padrão pré-determinado.

Após esse exame analítico de nosso Estado, pode-se seguir com o estudo sobre a concessão de benefícios a funcionários públicos municipais.

Sobre o princípio constitucional da isonomia tributária

O princípio da isonomia tributária revela-se como um desdobramento do preceito geral contido no artigo 5º da Constituição Federal. Este estabelece a igualdade perante a lei, só se admitindo discriminação em razão de outro valor também tutelado constitucionalmente (de forma implícita ou explícita). Para isso, deve haver correlação entre o critério de discriminação e a desequiparação pretendida (sob pena de esta não se tornar eficaz). No direito tributário, o princípio constitucional da capacidade contributiva justifica tratamento desigual entre os administrados – na medida da sua desigualdade – porquanto busca considerar a força econômica de cada contribuinte para participar das despesas do Estado. Para isso, se utiliza freqüentemente de critérios como os chamados signos presuntivos de riqueza, que seriam capazes de revelar a capacidade contributiva de cada um.

Como se vê, o critério deve ser adequado à finalidade, e esta, ter respaldo constitucional.

²⁶ É ilustrativo o princípio da eficiência no caput do art. 37 da CF. No entanto, este é só um aspecto mínimo de um fenômeno muito maior: a massificação do mercado. Também consideráveis são os vários protestos feitos por ambientalistas segundo os quais a produção mundial hodierna pode conduzir ao “esgotamento do planeta”.

²⁷ O conceito é baseado em Bourdieu: trata-se de uma forma típica de saber que de algum modo será reconhecida no mercado. Os advogados, por exemplo, são detentores de um capital jurídico.

²⁸ Benefícios trabalhistas e aumentos graduais no salário estimulam a imaginação daqueles que se encontram nos mais baixos cargos e lá continuarão durante alguns delongados anos.

Feitas essas breves considerações, torna-se facilmente compreensível a lógica do artigo 150, inciso II, da Constituição Federal, que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios “instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”.

O mesmo princípio encontra-se reproduzido pelo parágrafo 1º do artigo 171 da Constituição do Estado de Minas Gerais, o qual determina que o município se sujeite às limitações ao poder de tributar de que trata o artigo 150 da Constituição da República, dentre elas, a transcrita acima.

De acordo com Luciano Amaro, esta norma dirige-se tanto ao aplicador do direito quanto ao legislador. Ao primeiro na medida em que este não pode diferenciar as pessoas com a finalidade de ora submete-las, ora não, ao mandamento legal. Ao segundo, no que diz respeito à edição de leis que estabeleçam tratamento diverso para situações que não as justifiquem.

Da isenção

A isenção é definida pelo Código Tributário Nacional como a exclusão do crédito tributário (artigo 175, I). Trata-se de técnica que o legislador se utiliza para delimitar o campo de incidência de determinado tributo, excluindo certos fatos, em razão de um critério pré-estabelecido, da aplicação de normas de incidência de tributos. Nas palavras de Luciano Amaro “a técnica da isenção consiste em estabelecer, em regra, a tributação do universo, e, por exceção, as espécies que ficarão fora da incidência, ou seja, continuarão não tributáveis”. Constitui-se uma opção de política legislativa. Entretanto, não pode ficar a mercê da livre discricionariedade do legislador, deve haver um valor significativo que justifique tal isenção, vez que ela pode violar os princípios Constitucionais que regem o Direito Tributário, tais como isonomia e capacidade contributiva ou solidariedade.

É nesse contexto que surge a discussão: o Código Tributário Municipal de Juiz de Fora (Lei 5546/78) ao isentar, em seu artigo 48, inciso I, os servidores municipais do pagamento do IPTU, contraria toda essa argumentação. É flagrante a ofensa ao Princípio da Isonomia

Tributária, e conseqüentemente, ao artigo 150, II, CF, pelo legislador municipal na concessão da mencionada isenção.

Do controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade praticado pelo Poder Judiciário pode ser realizado na forma difusa (Controle de Constitucionalidade Concreto) ou na concentrada (Controle de Constitucionalidade Abstrato).

Pela via concentrada o controle se dá através da instauração de um processo objetivo em que se busca a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo abstratamente considerado, contrastando-o com a Carta Magna. Em outros termos, tem por objeto a lei em si mesma, independentemente da existência de uma lide que reclame sua aplicação. Tal controle é efetivado no âmbito de Ação Declaratória de Constitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade ou, ainda, através de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Seus efeitos atingem a todos (*erga omnes*) e, regra geral, opera-se *ex tunc* (retroativamente).

Cabe ressaltar que uma lei municipal (objeto último desse estudo) pode ter sua constitucionalidade discutida, em controle concentrado, mediante Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental perante o Supremo Tribunal Federal. Esse instrumento está previsto no artigo 102, parágrafo 1º, da Constituição Federal, e regulado pela Lei 9882/99 (artigo 1º, parágrafo único, inciso 1º). Poderá, também, haver controle concentrado em face da Constituição Estadual perante o Tribunal de Justiça do Estado, por Ação Direta de Inconstitucionalidade, conforme o artigo 125, parágrafo 2º, da Constituição Federal.

Por sua vez, o controle difuso ocorre no âmbito de um caso concreto posto à análise do Poder Judiciário e se efetiva de forma incidental em qualquer processo (em primeira instância ou dos Tribunais, inclusive superiores). Seus efeitos, via de regra, operam-se *ex nunc* (a partir de então), e somente entre as partes.

Admite-se falar também em Controle de Constitucionalidade Político, realizado pelo Poder Legislativo e Executivo. Este ocorre, na inconstitucionalidade por omissão, quando o Poder competente adota as providências necessárias para promulgação da norma que torna eficaz o texto constitucional dependente de legislação infraconstitucional; ou ainda, quando rejeita

projeto de lei considerado manifestamente inconstitucional. Trata-se de um controle prévio, mas sem o condão de retirar a executoriedade da lei inconstitucional que já está em vigor.

Percebe-se pela análise do modelo brasileiro que a declaração de inconstitucionalidade com caráter legislativo negativo (de retirar a executoriedade da lei ou ato) é conferida constitucionalmente somente ao Supremo Tribunal Federal, considerado o guardião da Constituição. Deve-se atentar, nessa oportunidade, para o fato de que a declaração definitiva de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário deverá ser comunicada oficialmente ao Poder Legislativo responsável pela elaboração da norma, o qual tomará as providências previstas constitucionalmente para retirar a executoriedade na norma inquinada.

Um desdobramento dessa discussão diz respeito à polêmica sobre se lei que versa sobre matéria tributária vincularia a Administração Pública, quando sua inconstitucionalidade ainda não tiver sido declarada pelo Judiciário. Pela resposta negativa, alega-se que somente o Poder Judiciário pode declarar inconstitucional uma lei ou um ato do Poder Público, de forma que os demais Poderes não podem se furtar à sua aplicação, enquanto esta não for oficialmente declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário. O Executivo e o Legislativo somente possuiriam o controle abstrato preventivo, que, em tese, já teriam sido exercidos.

Há, entretanto, quem entenda de forma diversa, justificando sua posição com base no Controle Difuso de Constitucionalidade. Esse não está previsto em parte alguma da Constituição, mas ocorre na prática, sendo justificado pela própria força normativa da Carta Magna: o que permite a não aplicação da lei inconstitucional é o entendimento do ordenamento jurídico como um todo sistêmico e vinculante. Dessa forma, seria permitida à Administração Pública a conduta referida.

Do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana

O IPTU é, tradicionalmente, um imposto municipal. Assim tem sido desde a Constituição de 1934 até a Constituição atual. Esta última prevê, no artigo 156, inciso I, a competência dos municípios para instituir imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana.

O regime do IPTU é complementado pelo Código Tributário Nacional (artigos 32 a 34). Esse diploma determina o fato gerador (propriedade, domínio útil ou a posse de bem imóvel

localizado na zona urbana) e a base de cálculo (valor venal do imóvel). A alíquota é fixada pelo poder tributante, podendo ser proporcional ou progressiva, a depender do caso.

Cabe também à norma instituidora do tributo estabelecer isenções, como visto acima.

Da inconstitucionalidade da norma municipal

O artigo 48, inciso I, do Código Tributário Nacional dispõe:

Art.48- “São isentos do Imposto Sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana:

I- O Servidor Municipal da Administração Direta e Indireta, os servidores Federais e os Estaduais cedidos ao Município para prestação de serviços junto ao Sistema Único de Saúde, bem como os empregados das Empresas Públicas e da Sociedade de Economia Mista, nas quais o Município direta e indiretamente detenha a maioria do capital social com direito a voto, ou os respectivos cônjuges sobreviventes, quanto ao imóvel de sua propriedade ou usufruto, ou do qual possua contrato do Sistema Financeiro de Habitação e que sirva para residência própria;”

Como se vê, a presente norma estabelece um privilégio, consubstanciado numa isenção, em razão de ocupação profissional ou função.

Nesses termos, contraria o princípio da isonomia consagrado no artigo 150, inciso II, da Constituição, transcrito anteriormente.

Trata-se de uma evidência já constatada, em outro caso idêntico, pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em sede de Ação direta de Inconstitucionalidade, julgada em 10 de agosto de 2005.

Na oportunidade, julgava-se a constitucionalidade de lei orgânica do município de Janaúba que instituiu isenção de IPTU sobre imóveis exclusivamente resididos por funcionário público municipal efetivo.

O Egrégio Tribunal acolheu a tese do Procurador de Justiça, que expunha:

“A hipótese discriminatória não apresenta qualquer justificativa, a não ser na maldade clara daqueles que produziram tal lei diabólica, sendo manifestamente desarrazoado o critério de *discrímen*, função exercida pelo contribuinte do IPTU, contrária à expressa disposição constitucional”.

O mesmo entendimento foi corroborado pelo Tribunal de Justiça da Paraíba, que em agosto de 2007, julgou apelação cível declarando a inconstitucionalidade de lei do município de João Pessoa que outorgava isenção de IPTU a determinadas categorias de servidores.

Da desinformação do “homem comum”²⁹”

Sendo o Direito uma ciência essencialmente social, não poderia o presente trabalho deixar de ter como objetivo principal o levantamento de uma discussão sobre o tema, procurando esclarecer a toda sociedade as causas e as conseqüências dessa isenção.

Com o intuito de reunir num mesmo trabalho, considerações teóricas e informações práticas, optou-se pela utilização, tanto do método qualitativo quanto do quantitativo. Assim, foi realizada uma série de pequenas entrevistas com cidadãos das mais variadas classe sociais, a respeito da norma municipal que isenta os servidores do município de pagar o IPTU.

Perguntados se conheciam ou não tal dispositivo legal, a enorme maioria (cerca de 88% dos entrevistados, o que corresponde a 44 pessoas) demonstrou total desinformação.

Mais interessante ainda foi que, dentro do grupo acima, encontravam-se 2 (dois) servidores municipais, os quais, embora soubessem de sua isenção frente ao IPTU, não conheciam a causa deste “privilégio”.

Prosseguindo a entrevista, foi perguntado a cada um dos que detinham conhecimento sobre a Lei, se estes concordavam ou não com seu conteúdo.

A maioria das respostas, as mais variadas, convergiam para a aceitação do dispositivo legal (dos 6 (seis) entrevistados que sabiam da existência de tal norma, 4 (quatro) deles, coincidentemente servidores municipais, concordavam com a isenção). Grande parte argumentava que, trabalhando para o Município, nada mais justo que haver alguma vantagem monetária para esses servidores.

Dos que não concordavam, todos eles execraram o tratamento desigual desses servidores pelo simples fato de trabalharem em órgão municipal.

Em resumo, percebeu-se, através da realização dessas breves entrevistas, a preocupante desinformação dos cidadãos juiz-foranos, que em sua esmagadora maioria, desconhecia a existência de norma municipal que isentava os servidores da cidade do pagamento do IPTU.

²⁹ Foram criados dois “tipos ideais” weberianos para representar os cidadãos entrevistados. O “homem comum”, aquele que, independente de saber ou não sobre a isenção, não tem conhecimentos jurídicos específicos; e o “homem incomum”, ou seja, aquele que, independente de conhecer ou não a isenção, possui conhecimentos jurídicos específicos e, portanto, afasta-se da primeira categoria.

Além de alarmante, o total desconhecimento demonstrado é prova cabal do quão deteriorada encontra-se a relação indivíduo / Estado. Chegou-se ao ponto de que, nem mesmo o poder municipal, o mais próximo ao cidadão, estabelece um diálogo com seu povo. O distanciamento do homem-comum das decisões político-econômicas mostra-se cada vez maior. Assim, é fácil perceber como normas flagrantemente inconstitucionais e ilegítimas continuam a vigor no ordenamento pátrio.

Conclusão

A despeito de grande parte dos temas jurídicos ensejarem hercúleo esforço intelectual para serem debatidos, a (in)constitucionalidade de lei municipal que isenta servidores do município do pagamento de IPTU não faz parte desse grupo (ao menos para se chegar ao objetivo principal, qual seja, o de confirmar a hipótese de que referida lei vai de encontro ao conteúdo constitucional, quebrando a coesão do ordenamento jurídico vigente e promovendo desigualdades ilegítimas dentro da sociedade).

A análise da doutrina específica, embora muito deficiente no que se refere ao assunto central abordado no presente estudo, permite, com a ajuda providencial da jurisprudência pátria, concluir que não há razão para que norma flagrantemente inconstitucional continue a vagar por nosso ordenamento, sem que nenhum dos órgãos competentes procure combatê-la.

A isonomia tributária (como desdobramento da isonomia em sentido amplo) reflete no conteúdo do artigo 150, inciso II, da Constituição Federal, que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios “instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”.

Não se pode deixar de lembrar ainda, a relevância social do tema, pois que a transferência de carga tributária decorrente da isenção de impostos atinge toda coletividade, onerando os demais contribuintes não alcançados pelo benefício, tendo em vista a manutenção dos níveis de arrecadação; tem relevância jurídica, no momento em que somos levados a refletir acerca da efetiva realização do controle de constitucionalidade em âmbito municipal; e tem relevância

política quando se analisa as verdadeiras justificativas para concessão de tais benesses, bem como a falência das instituições encarregadas de fiscalizar tais atos.

Diante de tais considerações, acertadas foram as decisões do TJMG e TJPB que concluíram pela inconstitucionalidade de leis semelhantes à ora analisada, porquanto pautaram-se em critérios “legais” (Constituição entendida como Lei Maior) e principiológicos (sobretudo no que tange à isonomia ou igualdade, como preferirem).

Agora, resta saber apenas, quando teremos, no município de Juiz de Fora, o dever de declarar a inconstitucionalidade da referida lei, cumprido?

Tomando por base os resultados do procedimento empírico realizado, no qual, mais uma vez, restaram demonstrados, a falta de interação entre indivíduo e Estado e a desinformação do “homem-comum”, é difícil acreditar que, sendo do interesse do Estado a manutenção da lei, venha ela ser retirada do ordenamento jurídico num futuro próximo.

Referências

- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 13ª ed. Brasília: UNB, 2007.
- BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.
- BRANCO, Paulo G. G.; COELHO, Inocêncio M.; MENDES, Gilmar F. *Curso de Direito Constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007
- CARR, Edward Hallett. *Vinte Anos de Crise*. 2ª ed. Brasília: UNB, 2001.
- Código Tributário Municipal de Juiz de Fora (Lei 5546/78)*
- FERRAZ JR, Tércio S. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MELLO, Celso A. B. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. 4ª ed. São Paulo: UNB, 2004.

Eficácia do Direito À Saúde: O Contributo Da Hermenêutica Constitucional

AUTOR

Gabriel Ângelo de Oliveira Santos ¹

ORIENTAÇÃO

Bruno Wanderley Junior ²

Resumo: O presente trabalho propõe-se a entender as contribuições que o modelo de interpretação da Hermenêutica Constitucional pode apresentar para a eficácia do direito à saúde. No cerne do estudo está a hipótese de o Judiciário, a partir de uma releitura de caráter principiológico da Constituição, conferir a adequada dimensão de realização desse direito – elevado ao patamar de fundamental em nossa Lei Maior de 1988, sem, contudo, ignorar os obstáculos que se impõem diante dessa penosa tarefa: a separação dos poderes, o equilíbrio da balança orçamentária e a índole programática dessas normas.

Palavras-chave: Direito à saúde; Hermenêutica Constitucional.

Abstract: This dissertation aims to understand the contributions the interpretation model of Constitutional Hermeneutics can offer to the effectiveness of the right to health. In this work's heart is the hypothesis that Judiciary, through a principle-based reading of the 1988 Constitution, can confer the adequate accomplishment of this right – raised to the level of fundamental right in our Constitution – with no disregard of the obstacles that show up in this arduous duty: the separation of powers, the budget balance and the programmatic character of these norms.

Keywords: Right to health; Constitutional Hermeneutics.

¹ Aluno do 6º período da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

² Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1992), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1999) e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2000). Atualmente é professor Adjunto da Universidade Federal de Minas Gerais, professor da Faculdade de Direito do Unicentro Dom Helder Câmara, professor da Fundação Getúlio Vargas - RJ e professor Adjunto III da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Introdução

Nosso Estado Democrático de Direito abraça, como baldrames essenciais de seu ordenamento jurídico, os direitos fundamentais, trazendo consigo a magna missão de sua concretização. Sendo estes direitos projeções emanadas pelo núcleo central da dignidade da pessoa humana, cabe ao Estado velá-los, sob pena de violar os direitos mais caros a seus cidadãos, perdendo o seu significado maior: o de atendimento daqueles que o tornam legítimo.

Avulta, dentre os direitos fundamentais, o direito à saúde, enquanto faceta de destaque do chamado “mínimo vital” comprometida com a preservação da vida humana em sua qualidade existencial. Umbilicalmente associado, portanto, à preservação da dignidade humana.

A Constituição Federal de 1988, exatamente quarenta anos após a Declaração Universal dos Direitos do Homem, reservou lugar de destaque para esse direito, reconhecendo sua fundamentalidade e mostrando-se em sintonia com as principais declarações internacionais de direitos humanos.

Entretanto, distante de uma satisfação minimamente razoável, o Estado não vem cumprindo com seu dever de realização das promessas constitucionais, valendo-se de diversos argumentos, como o respeito às restrições orçamentárias, os limites impostos pela separação de poderes e o caráter programático das normas instituidoras de direitos sociais, carecedoras de regulamentação infraconstitucional.

Nos dias que correm, a concretização do direito à saúde é assunto palpitante na doutrina e na jurisprudência pátrias e levanta acalorados debates na busca de suas respostas.

Nesse ponto, ganha relevo a Hermenêutica Constitucional, na medida em que, enquanto instrumento de interpretação do Direito, se mostra apta à realização da justiça e à construção e efetivação dos direitos fundamentais; uma hermenêutica atuante sob a luz da Constituição. O que deixa cristalina, portanto, sua disposição ética, postura imprescindível para edificar o Direito sobre os alicerces da justiça e da positivação social da liberdade.

Sem a pretensão de esgotar o tema, o presente estudo ambiciona analisar a extraordinária contribuição que a Hermenêutica Constitucional tem a oferecer para a realização do direito à saúde no contexto do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, valeu-se o ensaio da técnica da revisão bibliográfica como método de pesquisa, uma vez que esta foi a que se apresentou mais consentânea aos propósitos do artigo, pois tornou

possível a identificação dos paradigmas e dilemas subjacentes ao tema, como também permitiu deslindar um caminho capaz de prestar grande suporte à concretização do direito em apreço.

Se a Constituição, ordem jurídica fundamental de nossa sociedade, deu primazia aos direitos fundamentais, e reverenciou, em seu cerne, a vida e a dignidade do homem – cujos laços se ligam estreitamente ao direito à saúde, é indispensável a preservação deste direito se se quer a implantação de uma genuína cidadania, em harmonia com as finalidades supremas de nossa Nação.

Em virtude do acima exposto, se justifica a importância do estudo da Hermenêutica Constitucional, pedra de toque no erigir e no legitimar do Estado Democrático de Direito.

Definição de hermenêutica

Segundo a doutrina dominante, hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar, cujo objeto é o estudo sistemático dos processos aplicáveis para precisar o sentido e o alcance das expressões do Direito. (MAXIMILIANO, 2001:1) Ela se distingue da interpretação, uma vez que essa consiste na explicitação do sentido e alcance da norma. O intérprete, ao estabelecer contato direto com o dispositivo legal, confere concreção ao direito, revelando seu sentido apropriado, isto é, interpreta-o, mediante a utilização de um conjunto sistêmico de princípios, métodos e técnicas norteadores da interpretação – a hermenêutica.

Encarada a interpretação como a construção de sentido e alcance da norma, corrente é na doutrina a afirmação de que inexistente norma que não careça de interpretação. Contrariando a velha máxima “in claris cessat interpretatio”, as normas jurídicas não possuem sentido absoluto de autonomia significativa preexistente, fazendo-se necessário o laboro intelectual do intérprete, desenvolvido à luz de critérios hermenêuticos, para a determinação do conteúdo, sentido e alcance das normas jurídicas. Destarte, toda aplicação do direito pressupõe prévia interpretação.

O sentido da norma não é imposto ao intérprete, antes, é ele quem o define, influenciado que é por seus valores, sua formação cultural, ideológica e sua concepção de mundo e de vida. O intérprete é quem influencia a interpretação da norma. Mas não de forma qualquer a seu talante. Para prevenir interpretações desarrazoadas ou sem fundamento, a hermenêutica indica métodos, regras e princípios capazes de garantir certo controle, buscando o equilíbrio da atividade

interpretativa. Ademais, ele não dispõe de arbítrio algum para interligar as normas aos fins que lhe aprouverem. Pelo contrário, deve ser serviente às balizas postas pelo ordenamento, que é quem determina os fins a serem realizados, os valores a serem preservados e os bens jurídicos essenciais a serem buscados. Destarte, “*deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e valores entremostrados na linguagem constitucional*”. (ÁVILA, 2009:35) Por conseguinte, há, para a atividade judiciária de construção de significados, limites a serem observados, cujo desrespeito engendraria uma situação de assimetria entre a previsão constitucional e sua concretização. (ÁVILA, 2009:34)

Não só o intérprete, aliás, influencia a norma. A interpretação também é dependente da realidade, diretamente influenciada pelo mundo dos fatos. Trazemos a feliz síntese de Hesse: “*a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade*” (HESSE, 1991:14).

Hermenêutica e interpretação, por conseguinte, possuem um estreito liame, imbricando-se. Inconcebível uma hermenêutica dissociada da interpretação, pois aquela fornece os necessários subsídios para a realização desta, que não existe de per si nem exaure-se em si mesma, mas somente tem sua existência justificada quando da aplicação das normas a situações concretas. (GOMES, 2001:29)

Velha e Nova Hermenêutica

A Hermenêutica Jurídica, entretanto, não nasceu como hoje a conhecemos. Ela percorreu um tortuoso caminho de incessante mutação e superação.

A denominada Velha Hermenêutica, em apertada síntese, compreendeu variadas escolas com diversas características, mas que de maneira geral tinham como traço marcante um grande aprisionamento do aplicador do Direito ao texto legal – como é, *exempli gratia*, o notório caso da Escola da Exegese. Era o apogeu do culto à lei, intimamente conexo ao pressuposto da plenitude do ordenamento jurídico. Alçando a lei ao patamar de possuidora das soluções para todos os casos eventualmente suscitados, o intérprete se detinha em uma operação de subsunção do fato concreto à norma em abstrato aplicável, chegando a uma conclusão silogística. A neutralidade do juiz era buscada e exaltada, por força da qual sua função se cingiria à de boca da lei, demonstrando imparcialidade no processo de desvelar a significação do texto, já elaborado e exaurido de sentidos. (SILVA JÚNIOR, 2009:12)

Relativamente ao ponto de vista das possibilidades de significados do dispositivo legal, ele era tido como rígido, perfeito e acabado pelo sistema tradicional. Extremamente legalista e de marcante perfil dogmático, a inflexibilidade desse sistema vedava ao intérprete qualquer extensão de sentido diante dos problemas que surgissem concretamente, mesmo que não previstos pelo legislador. Era indispensável rigorosa conformidade à vontade do elaborador, *“como se fosse possível esgotar numa tabela textual todas as possibilidades de sentido que a realidade, em sua riqueza fenomênica, se desdobra”* (SILVA JÚNIOR, 2009:11).

Fácil é apreender uma constante que permeava o Direito nos tempos de esplendor da Velha Hermenêutica, sobre a qual esta debruçou-se obsessivamente na tentativa de sua plena realização: a segurança jurídica. Em virtude desse princípio, era conferido ao intérprete um espaço exíguo, ou mesmo inexistente, de interpretação. O objetivo era impossibilitar ao juiz usurpar o lugar do legislador, impedindo-o de fazer prevalecer sua vontade em detrimento da vontade dos representantes do povo. Não invadindo o globo de atuação de outro Poder, estaria garantida, além da supracitada segurança jurídica, a erradicação das injustiças e abusos de autoridade. (PELAYO, 2007:107) Outro traço que sobressaiu nesse período era o fato de que as regras eram de extrema importância, ao passo que os princípios careciam de normatividade, assumindo uma índole de não-vinculação.

Desvanecida pela legalidade, também a legitimidade era menoscabada no legalismo positivista. Despolitizando o Estado, esse ideário não guardava deferência alguma a valores e fins. Glorificando a neutralidade axiológica e teleológica, o conceito da legalidade agigantava-se (BONAVIDES, 2007:37).

As técnicas clássicas de interpretação eram insubordinadas aos valores e, por conseqüência, inócuas na concretização dos direitos fundamentais.

As bases sobre as quais estava assentado o entendimento do Direito começaram a tremular diante da crescente complexidade das relações sociais e das novas demandas daí decorrentes. A concepção de legalidade então em voga, tomada por um normativismo vazio e impermeável a valores, era repleta de lacunas, erros e imperfeições que só faziam agravar as injustiças, síndrome da inaptidão daquele Direito em atender as necessidades e reivindicações sociais das classes desamparadas (BONAVIDES, 2007:67). Era visível que a lei não era mais capaz de acompanhar a sociedade.

Diante das dificuldades que foram surgindo em função da escassa normatividade dos princípios, da exacerbação do papel das regras e, principalmente, do distanciamento dos valores, da ética e da justiça, os tradicionais métodos de interpretação se mostravam insuficientes, e inevitável foi a cisão entre a Velha e a Nova Hermenêutica, que, apesar de não haver eliminado os procedimentos clássicos daquela, superou-os, a partir de uma profunda mudança.

Barroso assinalou esse momento de transformação com maestria:

o direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a cauda da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade. (BARROSO, 2008:28)

Dessarte, a nova atividade de compreensão do Direito evolve para agasalhar, já em uma etapa mais avançada, o indispensável papel da abertura da linguagem. E é precisamente a partir desse novo prisma, em que a linguagem permanece constantemente aberta a releituras e reconstruções, que a normatividade dos princípios expressos e implícitos estruturadores da ordem jurídica florescerá. Passam a ser reconhecidos “*como normas mais abstratas e fecundas, portanto, flexíveis a [diferentes] possibilidades de compreensão e concretização*” (SILVA JÚNIOR, 2009:9). Há profunda ligação entre abertura da linguagem e interpretação principiológica, como corroboram Barroso e Barcellos:

as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar [...] À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido. (BARROSO, 2008:332)

Ao intérprete é aberta a seara da construção e reconstrução das normas, visando, mormente, à verdadeira concretização de valores, e deixando em segundo plano a subsunção imediata dos fatos aos textos normativos. O que, contudo, “*não implica a rejeição das técnicas*

da hermenêutica clássica, que também é necessária à interpretação da Constituição, muito embora seja insuficiente” (MAGALHÃES FILHO, 2002:9).

Cabe aqui uma distinção entre Nova Hermenêutica Jurídica e Hermenêutica Constitucional. Perfilhando-se a tese de Hesse da igualdade com particularidades, a Nova Hermenêutica Jurídica é o gênero do qual a Hermenêutica Constitucional constitui espécie, devido à peculiaridade dos princípios de interpretação constitucional, cujo fim é a delimitação de novos parâmetros interpretativos decorrentes da particularidade da natureza da Constituição (PEREIRA, 2006:99-102).

Hermenêutica Constitucional

A Nova Hermenêutica Jurídica nasce umbilicalmente ligada a uma releitura publicista do Direito, tendo a Constituição seu trono no centro do sistema. Ela ganha primazia e passa a figurar no topo do ordenamento, com tudo o mais girando ao seu redor. A Lei Maior, ademais de suprema na hierarquia, é lente para a compreensão de toda a ordem jurídica.

Esse primado da Constituição, essa superioridade jurídica, é o sinal mais emblemático do procedimento de interpretação constitucional. Por força dela todo o restante da ordem jurídica é seu obsequioso servo. Ato jurídico algum subsiste, validamente, no âmbito do Estado, se não segue fielmente seu sentido. O que pode ser ilustrado pelo conjunto dos elementos que promovem o controle de constitucionalidade das leis. (BARROSO, 1996:101) Além disso, transmite a Lei Fundamental sua hegemônica força normativa do alto do vértice do ordenamento, destacando-se não somente como paradigma de validade para as normas infraconstitucionais, mas também como bússola que norteia a interpretação de todo o ordenamento:

[a] Constituição passa a ser, assim, não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e aprendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. A constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional. À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. (BARROSO, 2008b:197)

Assumindo a merecida essencialidade da realização do ideário da justiça e dos direitos fundamentais, a Constituição é enxergada com olhos que reconhecem-na “*como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos [...], no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central*” (BARROSO, 2008:30).

No tocante ao aplicador da lei, a nova atividade de interpretação constitucional viabilizou-lhe uma saída do estreito enclausuramento do texto legal, abrindo-lhe as portas para lidar com o incessante devir da realidade, cujas formas não admitem correntes ou amarras, se o que se busca é a materialização do dever ético (BROCHADO, 2006:222).

Sua tarefa não mais se esgota em narrar com neutralidade os já previamente acabados, do ponto de vista de suas potenciais significações, dispositivos. Ele agora edifica essas significações, assume uma postura criadora. Não se trata mais de aplicar o Direito mediante uma banal “*subsunção entre conceitos prontos antes mesmo do processo de aplicação*” (ÁVILA, 2009:32).

Urge ser superado, portanto, o equívoco de que dispositivo e norma não são uma e mesma coisa: na verdade, o primeiro é ponto de partida para a construção e interpretação dos sentidos da segunda – o que torna inconcebível a manutenção da ultrapassada crença de que o intérprete apenas descreve significados (ÁVILA, 2009:34).

Muito além de apenas iluminar seus sentidos, a interpretação deve igualmente atingir o fito de promover a *atualização* do texto constitucional, levando em conta os fatos do mundo real. (BONAVIDES, 2003:483)

Ainda no que concerne aos agentes que promovem a interpretação, Peter Häberle acrescenta uma interessante perspectiva. Ele abre o leque de intérpretes constitucionais, desenvolvendo uma democratização da Constituição, da interpretação e do Direito, na medida em que propugna pela evolução de uma sociedade fechada de intérpretes da Constituição - restritos aos órgãos e instituições oficiais – para uma sociedade aberta, democrática e plural:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição. (HÄBERLE, 1997:15)

A consagração dos princípios e a Hermenêutica Constitucional

Se “a nova interpretação constitucional é fruto de evolução seletiva, que conserva muitos dos conceitos tradicionais, aos quais, todavia, agrega idéias que anunciam novos tempos e acodem a novas demandas” (BARROSO, 2008:332-333), uma dessas idéias, e talvez a que seja digna de mais aplausos, é o novo reino em que habitam os princípios; ao passo que as novas demandas, talvez as que mais profundamente toquem o coração, certamente são as demandas sociais.

Os princípios assumiram sua legítima função no Direito sob os auspícios da Hermenêutica Constitucional. Enquanto reinou a Velha Hermenêutica, estavam engolidos na sombra dos Códigos, inferiorizados, com seu campo de atuação circunscrito ao meramente subsidiário e suplementar, sua importância era secundária, e eram utilizados somente em casos de lacuna legislativa.

A aurora dos princípios e das Constituições foi um inarredável conseqüência do declínio das regras e dos códigos, de forma que “*ocorre o primado do princípio sobre a regra, da Constituição sobre a lei, do direito sobre a norma, da justiça sobre a segurança [...]*” (BONAVIDES, 2007:8-9).

A constitucionalização dos princípios evidenciou ser inexpugnável sua ampla dimensão normativa – máxima do juspublicismo de nossa era – após uma superação conceitual que os converteu em ponto pinacular da pirâmide jurídica (BONAVIDES, 2008:24), que auxiliam na construção do sentido de outras normas, são imperativas diretrizes interpretativas e fundamentam decisões em princípios materiais.

Cresceram tanto em prestígio que é usual na doutrina a afirmação de que desrespeitar um princípio é mais preocupante que infringir uma regra.³ Abonando este entendimento, citamos Bandeira de Mello:

³ Não obstante seja esta doutrina a majoritária – sustentada, entre outros, por Celso Antônio Bandeira de Mello, cujas idéias abordaremos logo adiante, não ignoramos que eminentes vozes perfilham tese diversa. Segue o exemplo de Humberto Ávila, que merece transcrição literal: “[...] convém registrar a importância de rever a concepção largamente difundida na doutrina juspublicista no sentido de que a violação de um princípio seria muito mais grave do que a transgressão a uma regra, pois implicaria violar vários comandos e subverter valores fundamentais do sistema jurídico. Essa concepção parte de dois pressupostos: primeiro, de que um princípio vale mais do que uma regra, quando, na verdade, eles possuem diferentes funções e finalidades; segundo, de que a regra não incorpora

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico. [Eis porque:] violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (MELLO, 2009:53)

Princípios da Hermenêutica Constitucional

Compreende a Hermenêutica Constitucional uma atividade de interpretação que reconhece a abertura da linguagem e a normatividade dos princípios estruturadores da Constituição. É chegada a hora de observarmos a colaboração efetuada pelo modelo de interpretação principiológica para a efetivação dos direitos fundamentais, cabendo-nos, para tanto, versar alguns desses princípios.

Sendo por muitos apontado como ponto fulcral da Nova Hermenêutica, o princípio da *supremacia da Constituição* se baseia na superioridade da Lei Maior relativamente aos demais atos normativos, de maneira que nenhum ato jurídico pode subsistir válido se com ela incompatível.

O princípio da *unidade da Constituição* finca suas bases no fato de não ser a Lei Maior um acúmulo de normas casualmente amontoadas, mas uma unidade orgânico-sistêmica sedimentada “*em determinadas idéias que configuram um núcleo irreduzível, condicionante da inteligência de qualquer de suas partes*” (BARROSO, 1996:181-182). Ele evita a contradição

valores, quando, em verdade, ela os cristaliza. Além disso, a idéia subjacente de reprovabilidade deve ser repensada. Como as regras possuem um caráter descritivo imediato, o conteúdo do seu comando é muito mais inteligível do que o comando dos princípios, cujo caráter imediato é apenas a realização de determinado estado de coisas. Sendo assim, mais reprovável é descumprir aquilo que “se sabia” dever cumprir. Quanto maior for o grau de conhecimento prévio do dever, tanto maior a reprovabilidade da transgressão. De outro turno, é mais reprovável violar a concretização definitiva do valor na regra do que o valor pendente de definição e de complementação de outros, como ocorre no caso dos princípios. [...] a reprovabilidade deve [...] estar associada, em primeiro lugar, ao grau de conhecimento do comando e, em segundo lugar, ao grau de pretensão de decidibilidade”. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 103-104.

entre suas normas, de forma a impor “*ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas*” (BARROSO, 1996:182).

O princípio do *efeito integrador* preconiza que “*na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social (...)*” (CANOTILHO, 2003:1224).

De fundamental interesse na concretização dos direitos fundamentais é o princípio da *máxima efetividade*, segundo o qual deve ser acolhido o sentido que proporcione maior efetividade à norma constitucional frente às condições de cada caso. Diante de dificuldades ou incertezas quanto à interpretação, deve-se dar prevalência àquela que confere maior eficácia aos direitos fundamentais.

O princípio da *conformidade funcional* objetiva a preservação da estrutura organizacional do Estado, por via da manutenção da repartição das funções estatais designadas pela Constituição, evitando-se sua alteração.

Conforme Canotilho, o princípio da *concordância ou harmonização* determina a “*coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros*” (CANOTILHO, 2003:1225). Sua esfera de incidência engloba somente os direitos fundamentais e os bens jurídicos constitucionalmente protegidos (SILVA JÚNIOR, 2009:75).

Pelo princípio da *força normativa da Constituição*, “*deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a “actualização” normativa, garantindo, ao mesmo pé, a sua eficácia e permanência*” (CANOTILHO, 2003:1226).

De acordo com o princípio da *interpretação conforme a Constituição*, quando diante de uma pluralidade de caminhos interpretativos, busca-se aquele que seja conforme a Constituição. Afirma Barroso que “*além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziriam a resultado contrastante com a Constituição*” (BARROSO, 1996:175).

Cumpre, ainda, fixar os olhos mais detidamente em um princípio cuja importância só faz crescer no Direito brasileiro: o princípio da *proporcionalidade* – ainda mais se atentarmos para o

fato de que ele se consubstancia em poderoso mecanismo de controle e fiscalização dos atos oriundos do Poder Público.

Trata-se de uma minuciosa averiguação do binômio custo-benefício da medida adotada pelo Estado, sendo que, em suma, consiste em sopesar, de um lado da balança, os prejuízos suportados e, de outro, os benefícios colhidos. É um princípio tripartite, que pode ser decomposto em: i) exame da *adequação*, que vai perquirir se as medidas tomadas pelo Poder Público são idôneas à consecução de seus propósitos; ii) exame da *exigibilidade* ou *necessidade*, que constata a ausência de método menos nocivo para o alcance das finalidades colimadas; e iii) exame da *proporcionalidade em sentido estrito*, qual seja, uma criteriosa observação da relação entre o gravame sofrido e o proveito auferido, essencial para avaliar se a ingerência do Poder Público na esfera de direitos dos cidadãos é justificada.

Alexy identifica esse princípio com o exercício da ponderação, que pode ser sintetizado no ensinamento de que “*quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro*” (ALEXY, 2008:593).

Humberto Ávila assinala que a proporcionalidade necessita do arrimo de três subsídios imprescindíveis à sua aplicação, é dizer: um meio, um fim concreto, e um nexos causal entre ambos, sem os quais não pode haver o exame da proporcionalidade, haja vista não possuir a mesma aplicabilidade irrestrita (ÁVILA, 2009:164). Em suas palavras:

A proporcionalidade constitui-se em um postulado⁴ normativo aplicativo, decorrente do caráter principal das normas e da função distributiva do Direito, cuja aplicação, porém, depende do imbricamento entre bens jurídicos e da existência de uma relação meio/fim intersubjetivamente controlável. Se não houver uma relação meio/fim devidamente estruturada, então [...] cai o exame da proporcionalidade, pela falta de pontos de referência, no vazio.

[...]

O exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma *medida concreta* destinada a realizar uma *finalidade*. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame da adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito). (ÁVILA, 2009:164-165)

⁴ Segundo o autor, a proporcionalidade se encaixaria mais adequadamente não na categoria de princípio, mas na de postulado. Ele envereda por um distinto e interessante caminho ao abordar essa questão, fazendo distinções entre postulados, princípios e regras. Embora sua obra seja de grande originalidade e indiscutível repercussão, não nos aprofundaremos na referida distinção para não tergiversar do tema a que nos propusemos no presente artigo. Para maiores detalhes, vide: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2009.

Hermenêutica Constitucional e o direito à saúde

Como visto acima, pelos novos ventos soprados pela Hermenêutica Constitucional, o magistrado não pode se apartar das concepções éticas e, sob o pretexto da neutralidade, conformar-se com o insuficiente processo de subsunção lógico-formal clássico. É fora de dúvida que para a realização da justiça ele deve realizar os direitos fundamentais e os valores entremostrados pela Lei Maior, valendo-se, para isso, do caráter principiológico da nova atividade de interpretação e do papel exercido pela Constituição de norte do ordenamento jurídico.

As normas que veiculam declaração e garantia dos direitos fundamentais preferem, na perspectiva cultural e axiológica, às demais normas constitucionais no Estado Democrático de Direito, pois seu objetivo maior e fundamento de legitimidade é exatamente a realização dos valores que constituem esses direitos (SALGADO, 1996:32).

No papel que cabe à nova atividade interpretativa, somente é constitucionalmente adequada a interpretação que proporciona a eficácia ótima de suas normas. Sabe-se que, pelos objetivos positivados no art. 3º da Constituição, a meta final da República é a preservação da dignidade revelada em cada ser humano. Sua teleologia é a dignificação da pessoa, como o sentido maior do paradigma estatal, que ganha vida para conceber uma existência condigna com a substância humana. A Hermenêutica Constitucional deve proteger e realizar todas as dimensões dos direitos fundamentais. Não há argumento superior para a presença do Estado Democrático de Direito (GOMES, 2008:315).

Assentes sobre o trono do novo Estado de Direito estão, portanto, os direitos fundamentais e suas defesas e salvaguardas previstas pela Lei Maior. A teoria dos direitos fundamentais sedimenta-se no “*fundamento da dignidade humana*” (BARROSO, 2008:336). Eles conectam-se visceralmente, em sua dimensão histórica e filosófica, à liberdade e à dignidade humana, o que implica reconhecer a “*universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana*” (BONAVIDES, 2008:562).

Vinculando a dignidade humana não somente ao núcleo dos direitos fundamentais, mas também ao centro de todo o ordenamento, está Ingo Sarlet:

[...] a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o artigo 1º, inciso III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas (embora também e acima de tudo) uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de status constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente carregado de eficácia, alcançando, portanto, [...] a condição de valor jurídico fundamental. Importa considerar, neste contexto, que na sua qualidade de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa [...]. A dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que ‘atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais’, exige e pressupõe o reconhecimento de proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões. [...] Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade. (SARLET, 2001:71-72)

A saúde é um componente da maior relevância para a concretização da dignidade humana. Sua plena realização engrandece o ser humano, na medida em que está comprometida com a preservação da vida humana em sua qualidade existencial. Ela é consagrada na Constituição da República Federativa do Brasil, mormente em seu artigo 196, como “direito de todos e dever do Estado”, além de ser o “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

O constituinte de 1988, ciente do grande impacto que o direito em tela tem na consecução das metas a que se propõe a República, reservou-lhe um cuidado especial em inúmeros dispositivos de nossa Lei Maior.

Na dicção do art. 6º, é enunciado que a saúde é um direito social. O art. 7º, IV fixa que o salário-mínimo deve ser capaz de satisfazer as necessidades vitais básicas do trabalhador e sua família, inclusive a saúde, e o inciso XXII determina que devem ser reduzidos os riscos inerentes ao trabalho, através de normas de saúde, higiene e segurança. O art. 23, II exprime que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios zelar pela saúde. Pelo art. 24, XII a União, os Estados e o Distrito Federal têm competência concorrente para legislar sobre a proteção e defesa da saúde. Sendo a saúde tema de indiscutível interesse local, também compete aos municípios legislar sobre esse direito, conforme o art. 30, I, e o inciso VII do mesmo artigo confere aos Municípios competência para prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população. O art. 34, VII, e (acrescida pela Emenda Constitucional 29/2000) prevê a possibilidade de intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal na hipótese de não ser aplicado o mínimo exigido da receita

resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. O art. 35, III (alterado pela Emenda Constitucional 29/2000) determina a possibilidade de o Estado intervir nos Municípios, e a União, nos Municípios localizados em Território Federal, se não for aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. O art. 167, IV (também modificado pela Emenda Constitucional 29/2000) excepcionou que a vinculação de receitas de impostos não se aplica à destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde. O art. 196 reconheceu a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas 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. O art. 197 é outra mostra da preocupação do constituinte em promover a efetividade do direito à saúde, ao considerá-lo como serviço de relevância pública (e releve-se que pelo art. 129, II cabe ao Ministério Público zelar pelo efetivo respeito aos serviços de relevância pública, executados com vistas a atender aos direitos garantidos na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia), sendo função do Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por intermédio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. O art. 198 estruturou o Sistema Único de Saúde, integrando as ações e serviços públicos em uma rede regionalizada e hierarquizada, organizada de acordo com as seguintes diretrizes: descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e participação da comunidade. De acordo com os §§ 1º, 2º e 3º do referido artigo, esse sistema será custeado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes, sendo estabelecidos recursos mínimos a serem aplicados, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde. O art. 199 e seus §§ 1º, 2º e 3º abrem à iniciativa privada a possibilidade de tomar parte na assistência à saúde, facultando às instituições privadas participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos, proibindo a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos, assim como a participação direta ou indireta de

empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, com exceção dos casos previstos em lei. Pelo art. 200 são enumeradas, de forma não taxativa, as atribuições do sistema único de saúde: 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 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. O art. 208, VII insere a assistência suplementar à saúde dentro dos deveres do Estado na educação. Segundo o art. 220, §3º, II lei federal pode estabelecer lindes à propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. O art. 227 coloca, entre os deveres da família, da sociedade e do Estado, a garantia, à criança e ao adolescente, do direito à saúde; e seu § 1º admite a participação de entidades não governamentais no dever de promoção do Estado de programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, sendo que no inciso I fica determinada a aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil. Nem mesmo o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias se olvidou de conferir-lhe especial tratamento, ao dispor sobre a saúde nos arts. 53,IV, 55, 77 e outros mais.

Do que se infere que o referido direito foi objeto de obsessivo zelo, não só por parte do constituinte originário, mas também do derivado, de forma que fosse a todos os brasileiros assegurado um patamar de subsistência digna.

Entretanto, é evidente que a pretensão normativa do texto legal supremo se encontra em candente contradição com a realidade da grande maioria dos brasileiros. Há riqueza de preceitos constitucionais, mas pobreza de resultados.

Mesmo o direito à saúde contando, assim como todos os direitos e garantias fundamentais, com aplicabilidade imediata – por força do artigo 5º, §1º da Constituição, o Estado, por vezes, termina por não lhe agregar concreção, seja pela falta de normas regulamentadoras, seja pela ausência de ações fáticas.

É corriqueira, ainda, a justificativa de insuficiência de recursos, em função da qual o referido direito vem sendo constantemente ultrajado.

O Judiciário, sob o argumento de que falece-lhe competência para decidir sobre a destinação e aplicação do orçamento público, também se exime, por indeclinável amor à separação de poderes, da incumbência de sua concretização.

Não podem ser tão inocentemente acatados os motivos referidos supra quando se trata do direito à saúde, o bem maior da vida humana, pois, conforme evidencia Ingo Sarlet:

a denegação dos serviços essenciais de Saúde acaba - como sói acontecer - por se equiparar à aplicação de uma pena de morte para alguém cujo único crime foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário, tudo isto, habitualmente sem qualquer processo e, na maioria das vezes, sem possibilidade de defesa, isto sem falar na virtual ausência de responsabilização dos algozes, abrigados pelo anonimato dos poderes públicos. (SARLET, 2003:314)

Assim, não obstante seja o Poder Público o maior encarregado de proporcionar a realização do direito à saúde, este acaba por não ganhar eficácia, o que, além de demonstrar a mais cabal alheação aos fins estatais, afronta as mais prementes necessidades existenciais dos cidadãos.

Insta que a fundamentalidade atribuída a esse direito saia da exaltação demagógica e torne-se realidade, pois qualquer negativa da obrigação de sua efetivação equivale à rejeição de seu reconhecimento como verdadeiro direito.

É a partir da equação entre a urgente necessidade de efetivação (tendo em vista a imediata aplicabilidade do direito em apreço e o grande valor do bem jurídico em tela) e a tão propalada escassez de recursos, a natureza programática das normas explicitadoras de direitos sociais e o dogma da separação de poderes que avulta a Hermenêutica Constitucional. Sem menoscabar a dificuldade dos óbices impostos pelo direito à saúde, a teoria científica de interpretação à luz da Constituição pode nos orientar para um denominador comum, e revelar a magnitude de sua força na concretização os direitos fundamentais – a finalidade maior do Estado Democrático de Direito.

Vejamos então três muralhas, antes irremovíveis, para a realização do mencionado direito, que podem ser superadas com o amparo da Hermenêutica Constitucional.

O caráter programático das normas definidoras de direitos sociais

Historicamente, por força de suas próprias peculiaridades de direitos que reclamam do Poder Público ações positivas, dependentes de recursos não só materiais, mas também jurídicos, essas normas nem sempre ganharam eficácia em vista de cenários de carências e limitações financeiras e legais.

Sem muito esforço, sua juridicidade foi inicialmente posta em xeque e sua normatividade questionada. O próximo passo foi ficarem circunscritos à esfera programática, uma vez que não dispunham das garantias aptas à sua realização fática, como os mecanismos processuais que os direitos da liberdade continham para sua proteção. Até então, era prevalente o conceito de que somente os direitos individuais eram imediatamente aplicáveis, enquanto aos sociais era indispensável a iniciativa do legislador (BONAVIDES, 2008:564-565).

Proporcionavam aos jurisdicionados uma situação jurídica menos sólida que as típicas normas de conduta, vez que apontam fins a serem perseguidos sem indicarem precisamente os meios, ou seja, não explicitando o comportamento a ser adotado por parte do Estado, apenas indicam diretrizes. Em outras palavras, não investiam os cidadãos na faculdade de exigir judicialmente seus direitos subjetivos (BARROSO, 1996:103).

Imperando o conceito programático sobre as normas mormente associadas à disciplina das relações econômico-sociais, o grande óbice que a doutrina tinha que debelar para viabilizar sua plena concreção fática era a conquista de instrumentos constitucionais e a construção de uma base teórica robusta o bastante para sobrelevar a essência relativamente vaga e incompleta das normas veiculadoras de direitos sociais (SILVA, 1999:140).

Desse modo, o conteúdo das normas programáticas foi se tornando cada vez menos palpável, pois a ausência de dispositivos infraconstitucionais regulamentadores era – e ainda é – constante. O imobilismo legislativo chegou mesmo a ser batizado de “*síndrome da inefetividade das normas constitucionais*” (SILVA JÚNIOR, 2009:106).

Vivenciaram, como seria de supor, um tormentoso ciclo de aplicabilidade, por cujo fim pugnamos, juntamente com nossa lapidar Constituição. O supracitado comando do art. 5º, § 1º, deu importante passo nesses sentidos, ao ordenar imediata aplicação aos direitos fundamentais, estando aí compreendidos os direitos sociais, de forma a possuírem tanta justiciabilidade quanto

os direitos individuais. Pelo menos o subterfúgio de negar-lhes efetividade com estribo em sua índole programática terá de ser revisto (BONAVIDES, 2008:565).

É com a paulatina substituição da ultrapassada mentalidade de que têm essas normas pouca densidade normativa, pela convicção de que “*podem embasar pretensões a ações fáticas, que se fala em combate à inefetividade à qual foram relegadas*”(SILVA JÚNIOR, 2009:106-107).

Por conseguinte, afastado deve ficar

da doutrina e do Direito Constitucional contemporâneo o engodo da norma programática no texto constitucional que declara direitos. [...] Norma que cria direito, que depende do próprio direito e não da economia do País ou de outras circunstâncias estranhas ao direito para ser aplicada, é norma auto-aplicável, porque o direito, ou está previsto em normas positivas, ou está implícito, ou omissivo, cabendo ao Judiciário declará-lo, explicitá-lo ou preencher as lacunas da ordem jurídica, se for o caso. [...] Esse princípio de imediatidade é válido também para os direitos sociais (direito ao trabalho, direito à saúde e direito à educação), correlatos de um dever do Estado (SALGADO, 1996:34-35).

O Supremo Tribunal Federal também teve a oportunidade de pronunciar-se nessa direção:

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.⁵

Bobbio, com inigualável virtude, já questionou se um “direito” pode ostentar essa denominação quando seu reconhecimento e sua proteção são indefinidamente deixados para depois, sob os cuidados de agentes que procedem como se o dever de realização de seu texto fosse meramente moral ou, quando muito, político (BOBBIO, 1992:78). Obviamente não. Para ser digno desse nome, o direito deve ganhar efetividade, o que significa o desempenho concreto de sua função social, materialização da norma no mundo dos fatos, a simetria mais perfeita possível entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social (BARROSO, 1996:83).

⁵ RE-AgR n.º 271.286. Relator: Min. CELSO DE MELLO, DJ 24/11/2000.

A questão da separação de poderes

Não é infrequente deparar-se com situações de inércia do Poder Legislativo, ou mesmo do Executivo, que seria o incumbido de implementar as políticas públicas, de modo que os direitos cuja satisfação depende da atuação desses Poderes saiam prejudicados. São levantadas até hoje fortes objeções contra o fornecimento minimamente digno das prestações públicas sociais.

Intimamente conexo ao problema da índole programática dessas normas está o embaraço causado pelo clássico dogma da separação de poderes.

Uma comumente referida, e intimamente conexa ao problema da índole programática das normas, é o embaraço causado pelo clássico dogma da separação de poderes.

Ao Judiciário caberia tão-somente a resolução das controvérsias que lhe fossem submetidas. Sempre estar-lhe-ia interdito ingerir-se em atribuições conferidas a outro Poder. O intérprete originário da Constituição seria o legislador, que disporia, por conseguinte, de total juízo de conveniência e oportunidade, outorgado pela própria Lei Fundamental, para determinar a forma e a extensão em que o direito deve ser garantido. Já a execução dos projetos caberia exclusivamente ao Poder Executivo, que determinaria, com absoluta discricionariedade, o quando e o como de sua realização. Referendados pelos votos dos cidadãos, os rumos tomados por esses dois Poderes seriam, *ipso facto*, sempre legítimos.

Em razão desse tradicional princípio, recoberto de índole excludente, negativa, descaberia ao juiz irrogar-se a função de outros Poderes para fixar suas próprias escolhas, menoscabando os dizeres da própria Constituição, que conferiu esse papel aos sufragados pelo povo. De maneira que, lhe sendo essa competência vedada institucionalmente pelo sistema de poderes mutuamente limitados, qualquer atuação nesse sentido traduziria, além de desrespeito à soberania popular, usurpação de atribuições, contumélia imperdoável à separação de poderes.

Obra de grandiosa repercussão do insigne Barão de Montesquieu, a tripartição de poderes não é uma verdade inelutável, mas uma construção já bem antiga com o notório desígnio político-ideológico de garantir a liberdade das pessoas contra as arbitrariedades dos governantes, através do impedimento da concentração dos poderes, que passariam a se limitar reciprocamente (MELLO, 2009:31). Ela chegou ao auge de seu reconhecimento na Declaração dos Direitos do Homem, que em seu art. 16 celebrava que “*Toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos nem a separação de poderes não possui constituição*”.

Esse princípio, ao menos em sua obsoleta interpretação, confeccionada para o Estado Liberal burguês dos fins do século XVIII, merece ser mais bem pensado para os nossos dias. Ele

Representou seu papel histórico. O constitucionalismo democrático tem por ele a mais justa e irredimível dívida de gratidão. Merece, com efeito, a homenagem e o reconhecimento dos que, na doutrina política, consagram sua luta aos ideais de liberdade e democracia. Ajudou a implantar na consciência ocidental o sentimento valorativo dos direitos e garantias individuais, de que foi, no combate aos déspotas do absolutismo, a arma mais eficaz.

[...]

Desde que o constitucionalismo entrou a evoluir no sentido do enriquecimento de seu conteúdo, para deixar de ser forma e se converter em substância, abrangendo paulatinamente novas áreas da realidade social, notadamente as de teor econômico, passou aquele princípio a ter interesse secundário, por haver deixado de corresponder ao sentido atual da organização democrática, na qual fatores estranhos, desconhecidos à teoria política do século XVIII, começaram de interferir na estrutura da sociedade, modificada por relações imprevistas de caráter social e econômico. (BONAVIDES, 2007:64-65)

Vindo do nascedouro com o propósito de limitação máxima dos fins do Estado, estava a separação de poderes fadada a entrar em contradições irremissíveis ao ir de encontro às transformações por que passaria a sociedade. Lançado o novo ideário político, econômico e social, com suas conseqüentes aspirações, o anacrônico dogma, em sua concepção clássica, entrou em declínio.

Com a ampliação dos fins estatais saltou aos olhos a premente necessidade de se derrubar as intransponíveis barreiras doutrinárias que mantinham os poderes ilhados, acorrentados tão longe quanto possível uns dos outros.

A direção a que o constitucionalismo contemporâneo aponta é a de colaboração e intercomunicação entre os poderes.

O desafio do Judiciário, atualmente, é extrair da norma constitucional sua máxima eficácia, sem, no entanto, extrapolar seus limites. Ocorre que é inaceitável pensar a sua função como a de singelo boca da lei, autômato aplicador de dispositivos legais, porquanto se a sentença consistisse em um procedimento mecânico, dispensável seria a própria existência do órgão jurisdicional, bastando um agente executivo que interviesse na aplicação das normas (BROCHADO, 2006:221).

O único papel condigno da confiança conferida pela sociedade ao magistrado é aquele que promove uma contribuição justa e racional para a realização dos direitos fundamentais, pois

[O] Estado de Direito, no seu elemento definidor, é o que declara e garante na Constituição os direitos fundamentais. Ora, declaração sem garantia desses direitos é vazia. E a garantia dos direitos fundamentais só é possível se está a cargo do Judiciário [...]. (SALGADO, 1996:38)

Sabe-se que a formulação e implementação de políticas públicas estão a cargo das escolhas políticas feitas por aqueles que se acham investidos de mandato eletivo. A princípio, o próprio Poder Judiciário não foi estruturado para deliberar acerca de políticas públicas ou recursos. Contudo, diante do quadro de catástrofe social, é absurdo defender que a liberdade de atuação do Executivo e do Legislativo são absolutas. Esses poderes vêm dando mostras eloqüentes de incapacidade de cumprimento racional dos ditames constitucionais. Se o gozo dos direitos sociais é aniquilado ou comprometido, mediante um comportamento de injustificável inércia ou arbitrariedade governamental, lícita se faz a intervenção do terceiro Poder para assegurar o acesso do povo a um núcleo de condições essenciais à sua existência digna. Tão seguro quanto o dever do Estado de garantir a fruição dessas condições é o direito de se servir do Judiciário para executar essa obrigação. Não foi por razão outra que a Constituição assim declarou em seu art. 5º, XXV.

A constitucionalização do direito à saúde teve como conseqüência a ampliação material e formal de sua dimensão normativa, na medida em que essas normas constitucionais sempre podem arrimar pedidos e embasar decisões judiciais.

Diante desse cenário, o Judiciário deveria, sem grandes dificuldades, exigir pelo menos um “padrão mínimo” irredutível de execução das tarefas estatais, pois são extensas as possibilidades de aplicação judicial desse direito, ainda mais se tomarmos em consideração o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Desafortunadamente, essa perspectiva mais evoluída e humana do Direito ainda não se constitui na inteligência preponderante da jurisprudência do país, muitas vezes por forças ideológicas e não jurídico-rationais (BARROSO, 1996:155). A interpretação constitucional de grande parte da magistratura ainda se baseia no anacrônico formalismo jurídico, que talvez seja o maior obstáculo para a preservação mais consistente dos direitos fundamentais.

Essa técnica, fruto do juspositivismo, se pauta em uma operação meramente lógica de silogismo, dando preferência às formas em detrimento das finalidades buscadas pela norma, isto é, da realidade social perseguida, que é o que paira acima da exterioridade das formas (BOBBIO, 1995:146;221).

O direito fundamental à saúde, consagrado na Constituição Federal, não pode continuar a ser uma expectativa inatingível para os administrados. Deve abandonar o formato de utopia vazia de qualquer significado real, de proclamação meramente retórica. O acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde deve ser garantido.

Para tanto, se faz necessária uma releitura do vetusto dogma da separação de poderes. Pela nova lente da Hermenêutica Constitucional, o intérprete não pode mais se ancorar na ingênua distribuição de poderes, na busca obtusa pela segurança jurídica, na neutralidade e na imparcialidade estritamente legalistas para desviar-se da exigência de construção de um Direito ético, material e comprometido com a transformação social da realidade. Como já assinalou Bonavides:

Enfim, os juristas liberais são conservadores; os juristas sociais, ao revés, criativos e renovadores; os primeiros ficam com a metodologia clássica, os segundos criam a Nova Hermenêutica; aqueles se comportam nos conceitos como juristas do Estado e só secundariamente da Sociedade; estes, ao contrário, tendem a buscar o direito nas suas raízes sociais e desertam o formalismo rigoroso dos positivistas da norma. (BONAVIDES, 2007:19)

Devido a sua grande dimensão simbólica, a separação de poderes ainda é um entrave paralisante – ou um pretexto conveniente – para se denegar as reivindicações sociais. Não pode o princípio se resignar em servir somente a seu primitivo objetivo de garantir os direitos fundamentais individuais contra a arbitrariedade e o despotismo, mas deve investir também contra o descaso e a omissão do Estado na garantia dos direitos sociais.

A doutrina da reserva do possível

A idéia de que a efetivação dos direitos sociais é possível somente na medida da disponibilidade de recursos do Estado influenciou o surgimento, na Alemanha, nos idos de 1970, da doutrina da reserva do possível. Sendo direitos que não dispunham de autonomia frente às possibilidades materiais dos cofres públicos, sua eficácia dependia diretamente da disponibilidade dos recursos, que constituíam verdadeiros entraves fáticos para sua efetivação.

Os direitos da segunda geração impõem, para sua concretização, prestações estatais positivas. Sempre onerosas, essas prestações caracterizam-se por um inarredável laço de dependência com o quadro financeiro do Poder Público. Entretanto, a reserva do possível é,

muitas vezes, indiscriminadamente invocada como uma impenetrável barreira para a atuação do Estado na realização dos direitos sociais, como se bastasse o fato de se vincular à situação econômico-financeira para justificar todo e qualquer descumprimento dos encargos conferidos pela Lei Maior.

No polo oposto a esse entendimento está o de que a intangibilidade do direito à saúde tem sempre prevalência frente a interesses meramente financeiros. Diante da dimensão jusfundamental desse direito, previsto na Constituição, seria devido, em qualquer hipótese, reconhecer a insignificância de aspectos orçamentários. Conforme a observação do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, na apreciação da Pet. 1246-SC:

entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana.

Arroubos extremistas, conquanto, devem ser evitados. Primeiramente, cabe notar que os recursos públicos também mereceram cuidadosa atenção do constituinte. É defeso, na Constituição Federal de 1988, o início de programas e projetos não previstos pela lei orçamentária anual (art. 167, inc. I); a realização de despesas superiores aos créditos orçamentários (art. 167, inc. II); a transposição, remanejamento ou transferência de recursos de um tipo de programação para outro, ou de um órgão para outro, na ausência prévia permissão legislativa (art. 167, inc. VI), entre outros procedimentos. O que deixa evidente a disposição da Lei Fundamental em planejar rigorosamente a realização de gastos do Poder Público.

Nesse ponto de vista se baseia a crítica tecida por Gouvêa, ao aduzir que:

A atividade burocrática que cerca a implementação do fornecimento estatal de medicamentos (notadamente aquela ligada à previsão e ao controle orçamentários), de fato, pode ceder espaço a outras normas sobranceiras (prioritárias por imperativo constitucional ou jusfundamental) quando de sua aplicação, mas nem por isso deve ser considerado um "problema secundário" ou burocrático. O tom do aresto coligido, porém, parece olvidar que o orçamento público, ele também, é algo "previsto constitucionalmente", correspondendo aos importantes imperativos de transparência e racionalização da gestão financeira.⁶

⁶ GOUVÊA, Marcos Masseli. O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id2.htm>> Acessado em: 16 jan. 2010

Há que considerar, ainda, que a possibilidade orçamentária não é o único item a que se deve voltar a atenção. A obrigação pleiteada em juízo deve ser compatível com o que o sujeito pode razoavelmente demandar da sociedade. Caso contrário, não é exigível do Estado prestação que não se atenha às balizas assinaladas pela razoabilidade, mesmo se ele dispõe de recursos e tem poder de disposição.⁷

Nesse diapasão, unicamente quando razoabilidade da pretensão e disponibilidade financeira do Poder Público afirmarem-se em cumulativa ocorrência é que pode-se falar em missão de realização fática dos direitos econômicos, sociais e culturais. De outro modo, não restará configurado dever estatal algum de concretizar tais direitos.⁸

Não obstante, só será admissível ao Estado recorrer à reserva do possível diante de causa legítima, passível de constatação objetiva. Se sua finalidade é furtar-se de incumbências constitucionais, arquitetando meios de frustrar e inviabilizar o acesso ao direito pelos cidadãos, então sua atitude é iníqua e repreensível. Se da ação governamental advier “*nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade*”⁹, o óbice artificial engendrado pelo Poder Público restará maculado pelas nódoas da arbitrariedade e da injustiça.

Longe de desconhecer o peso que a realização dos direitos sociais tem na balança orçamentária do Governo, Alexy assevera que os cofres públicos perfazem certas restrições a essas positivas prestações fáticas. Contudo, não podem constituir uma justificativa para sua total ineficácia, pois o princípio da competência orçamentária do legislador não é absoluto, nem sua força é ilimitada (ALEXY, 2008:512-513). Direitos fundamentais podem, sim, pesar mais que argumentos político-financeiros.

Engenhosa saída foi aventada por Ana Paula de Barcelos:

Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da

⁷ SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 29.

⁸ ADPF 45 MC / DF - DISTRITO FEDERAL. Relator: Min. CELSO DE MELLO, DJ 04/05/2004.

⁹ ADPF 45 MC / DF - DISTRITO FEDERAL. Relator: Min. CELSO DE MELLO, DJ 04/05/2004.

Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível. (BARCELLOS, 2002:245-246)

O que se está a defender é que o condicionamento financeiro é onipresente e não pode ser tratado com descaso. Ao deliberar sobre suas economias, porém, não pode o ente estatal ser indiferente à realização das metas fundamentais da Constituição, que além de se constituírem em motivo determinante do recolhimento de recursos pelo Estado, são também sua razão de ser. O objetivo primário das despesas públicas deve ser a criação de condições materiais de existência minimamente digna. Somente após esse estágio ser atingido pode-se questionar o destino dos gastos remanescentes. Assim, é viável uma coexistência harmoniosa entre mínimo existencial e reserva do possível. Mesmo que de grande valor e de observância obrigatória, não se pode aceitar que a simples menção a restrições orçamentárias seja suficiente para impedir a fruição do direito fundamental à saúde por parte dos cidadãos.

Conclusão

O Estado Democrático de Direito é um novo paradigma estatal, que, norteadado pelo valor-guia positivado constitucionalmente da dignidade humana, tem como fim supremo a realização dos direitos fundamentais para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

O fundamento para a interpretação da Constituição de 1988 é, portanto, a dignidade humana, e seu cerne, o “mínimo existencial”. O direito à saúde, embora fundamentalmente vinculado à idéia do mínimo existencial e ao princípio da dignidade da pessoa humana, não vem sendo efetivado pelo Poder Público.

Do embate entre sua premente necessidade de efetivação e a privação de recursos, o caráter programático das normas e a separação de poderes surgiu convenientemente um terreno fértil, adequado para justificar a negligência estatal. E lamentavelmente em um campo extremamente frágil e delicado, como é o caso dos direitos sociais, cuja eficácia contribui em tão

alto grau para a realização de todos os outros direitos, como os da primeira geração e da própria liberdade.

Tendo em vista a singularidade desse problema, pugna-se que sempre que possível os imperativos éticos e constitucionais conducentes ao direito à saúde devem ser seguidos, porque o único desfecho justo para essa *vexata quaestio* é aquele em que a vida é preservada.

Para isso, se faz imprescindível que o intérprete do Direito, consciente de seu novo papel de agente da transformação social renuncie a seu agir retórico-legalista. Um Judiciário com as faculdades da razão escurecidas, com intransponíveis raízes fixadas na Velha Hermenêutica, permaneceria silente diante das novas demandas da Sociedade.

Mudando sua formal visão do Direito e passando a enxergar sob a perspectiva da Hermenêutica Constitucional, o magistrado passa a ser um compromissário dos anseios da Sociedade e da concretização dos direitos fundamentais.

Com a interpretação mais criativa, flexível, teleológica e valorativa da Lei, coloca-se o humano antes do econômico e do formal, e, sem perder de vista o indeclinável princípio da segurança jurídica, torna-se possível a salvaguarda do mais magnífico bem do ser humano: a vida – sem o qual nenhum outro tem valia.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto (org). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais, e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008b.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BROCHADO, Mariá. *Direito e Ética: A Eticidade do Fenômeno Jurídico*. São Paulo: Landy Editora, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.
- GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica Constitucional: Um Contributo à Construção do Estado Democrático de Direito*: Curitiba: Juruá, 2008.
- GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica e Constituição no Estado de Direito Democrático*: Rio de Janeiro: 2001.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- PELAYO, Manuel Hallivis. *Teoría General de la Interpretación*. México: Porrúa, 2007.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XIV, n. 3, v. 20, 1996.
- SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado Ético e o Estado Poiético. In: *Revista do tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 27, n. 2, abr./jun, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SILVA JÚNIOR, Décio de Abreu e. *A nova hermenêutica e a efetivação de direitos sociais*. Dissertação de Mestrado. Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, 2009.

Reescalonamento de normas no caso do depositário infiel

Johnny de Santana Ferreira¹⁰

Brahwlio Soares de Moura Ribeiro Mendes¹¹

RESUMO: O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, deu aos tratados internacionais sobre direitos humanos posição hierárquica diferenciada no ordenamento jurídico brasileiro, pois, segundo o próprio Excelso Pretório, os colocou em hierarquia superior às leis e inferior somente à Constituição Federal. Esse fenômeno, juntamente com suas consequências, em especial o caso do depositário infiel, e o contexto de grande enfoque na proteção da pessoa humana são os objetos de reflexões feitas neste trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Depositário Infiel, Tratados Internacionais, Direitos Humanos, Posição Hierárquica.

Rescheduling of standards in the case of an unfaithful trustee

ABSTRACT: The Federal Supreme Court, in the Extraordinary Resource judgement 466,343, gave the international treaties on human rights hierarchy rank differently in the Brazilian legal system, because, according Supreme Court, put them in the hierarchy above the law and only under the Federal Constitution. This phenomenon with its consequences, in particular the case of an unfaithful trustee, and the context of strong focus on protection of human beings are the objects of reflections in this work.

KEY-WORDS: Unfaithful Trustee ,International Treaties , Human Rights , Hierarchy Rank.

¹⁰ Acadêmico do 5º período da graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora.

¹¹ Acadêmico do 5º período da graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora.

1. Proteção da pessoa humana e o contexto de sua universalização

O Estado brasileiro elegeu como um de seus princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), fato esse que se evidencia em vários dispositivos constitucionais como no direito de não sofrer pena de trabalhos forçados (CF, art. 5º, XLVII, c), cruéis (CF, art. 5º, XLVII, e), o direito a não ser torturado (CF, art. 5º, III), dentre outros. Por tal motivo, iniciou-se uma discussão acerca do grau de relevância dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro em face da tentativa de maximizar a efetividade dos Direitos e Garantias Fundamentais. Antes de tal discussão ser apreciada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), tais tratados eram vistos no ordenamento brasileiro da mesma forma que qualquer outro tratado internacional assinado pelo Brasil, com o status normativo de lei.

Entretanto, a atual Carta Magna elencou diversos direitos classificados como fundamentais em seu artigo 5º e existe o entendimento de que há outros direitos fundamentais espalhados pelo restante do texto da própria Constituição (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008:238), além disso, por causa do contexto de sua criação que foi em um período que sucedeu a ditadura militar, entende-se que a Carta da República brasileira dá especial atenção à proteção do ser humano, e ainda pelo fato de outros países colocarem os tratados internacionais de direitos humanos em posição hierárquica especial em seus ordenamentos jurídicos pátrios, a Corte Constitucional brasileira resolveu também analisar a questão da importância de tais tratados para o ordenamento jurídico do Brasil.

Vários direitos humanos previstos em tratados, como no Pacto de San José da Costa Rica (Dec. 678), são coincidentes com os direitos já elencados na Carta da República de 1988 como sendo fundamentais, pois como já mencionado, a Constituição brasileira deu especial atenção à proteção do ser humano. Esse fato se evidencia em vários direitos previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992, que já estão previstos no ordenamento jurídico brasileiro como: direito a não sofrer penas cruéis (CF, art. 5º, XLVII, e; Dec. 678, art. 5, 2), direito a não sofrer tortura, tratamento desumano ou degradante (CF, art. 5º, III; Dec. 678, art. 5, 2), princípio da irretroatividade da lei penal (CF, art. 5º, XXXIX; Dec. 678, art. 9), princípio da retroatividade da lei penal benéfica (CF, art. 5º, XL; Dec. 678, art. 9), direito de reunião (CF, art. 5º, XVI; Dec. 678, art. 15), liberdade de associação (CF,

art. 5º, XVII; Dec. 678, art. 16). Por tal motivo, a questão da importância dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos somente poderia ser discutida no Excelso Pretório em algum caso no qual o tratado fosse além do ordenamento jurídico criando algum direito ou o diploma internacional que contrariasse de alguma forma o ordenamento jurídico pátrio. Essa situação aconteceu no caso de prisão civil do depositário infiel, pois o direito brasileiro prevê o direito a não sofrer prisão civil por dívida, salvo nos casos de responsável por inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia ou do depositário infiel (CF, art. 5º, LXVII) e o Pacto de San José da Costa Rica prevê o direito a não ser preso por dívida, salvo nos casos de inadimplemento de obrigação alimentar (Dec. 678, art. 7, 7). Portanto o âmbito de incidência do direito a não ser preso por dívida no referido tratado é maior do que no direito brasileiro, pois naquele diploma normativo, o direito mencionado abarca também a situação do depositário infiel, caso que não acontece no texto da Constituição Federal.

As fronteiras de uma ordem jurídica estatal, atualmente, não são suficientes para delimitar a proteção do indivíduo, pois com a facilidade e eficiência dos transportes e dos meios de comunicação, e o fato de o mundo estar vivendo em uma *aldeia global*, na qual pessoas espalhadas por todo o mundo vivem de maneira interrelacionada, se faz necessária uma espécie de proteção universal do indivíduo, até mesmo para que esse possa se sentir em um ambiente com segurança jurídica. Também como salienta Nicola Matteucci, o indivíduo não é um ser livre e autônomo da forma como era pensado pelo Iluminismo, não obstante é um ser dotado de fragilidade, insegurança e desamparo. Atualmente a ameaça contra o ser humano não é somente por parte do Estado como acontecia antigamente, mas também da sociedade industrial e da sociedade de massa. Por isso, está havendo um retorno à luta pelos direitos civis, e não somente pelos sociais, para que as pessoas possam ter defendido seu âmbito pessoal da interferência alheia, tanto por parte do Estado, quanto de outros particulares, garantindo-se assim a liberdade. Portanto a situação do indivíduo não é garantida de maneira definitiva como previa o Iluminismo (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998:354-355). Nesse contexto, diz o Ministro Gilmar Mendes, mencionando o entendimento do constitucionalista alemão Peter Härbele, que estamos em um *Estado Constitucional Cooperativo*, ou seja, um Estado que

não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o

papel dos direitos humanos e fundamentais. (STF, voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 466.343, p. 14-15)

2. O voto do ministro Gilmar Mendes

Gilmar Ferreira Mendes analisa a questão do status normativo dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, no Recurso Extraordinário 466.343, interposto pelo Banco Bradesco S.A., contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, com o intuito de prender Luciano Cardoso Santos.

O ministro inicia sua reflexão expondo e analisando as quatro correntes doutrinárias e jurisprudenciais acerca do assunto: a corrente que considera tais tratados como tendo status normativo supraconstitucional, a vertente defensora de que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos possuam hierarquia constitucional, o posicionamento que os considera com status legal e a interpretação que dá a tais diplomas normativos o status supralegal, porém infraconstitucional.

Analisando a primeira corrente, o mencionado Ministro do Supremo Tribunal Federal, salienta que tal posicionamento não seria adequado ao Direito Brasileiro que preza pela supremacia formal e material da Constituição Federal e também porque a Magna Carta não precisa citar expressamente sua supremacia com relação aos tratados internacionais, assim como não precisa fazê-lo com as leis, pois ambos os diplomas normativos são sujeitos à aprovação do legislativo e ao controle de constitucionalidade pela Corte Constitucional brasileira, competências dadas pela Lei Maior. Além disso, o ministro argumenta ainda que as autoridades públicas brasileiras que atuam nas relações internacionais fazem isso respeitando a Carta da República formal e materialmente.

Avaliando o posicionamento que equipara os Tratados Internacionais de Direitos Humanos à Constituição, Gilmar Mendes considera que esse fato iria de encontro à competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal de fazer controle de constitucionalidade de tais tratados, uma vez que os decretos legislativos que os aprovam são passíveis de impugnação por Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Ação Declaratória de Constitucionalidade. Finalizando a análise sobre essa corrente, o ministro defende que devido à Emenda Constitucional nº 45/2004 os tratados internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados no Congresso Nacional com quorum de Emenda Constitucional valerão como tal, e que tais tratados anteriores à Emenda

e os que não forem aprovados com tais condições não podem possuir status normativo constitucional.

Ainda discorrendo acerca da Emenda mencionada, o Ministro Gilmar Mendes, diz que pelo fato de os tratados internacionais sobre direitos humanos poderem ser equivalentes à Emenda Constitucional, eles possuem caráter especial em relação aos demais tratados assinados pelo Brasil, por isso a equiparação entre aqueles tratados e as leis não se mostra mais suficiente, assim sendo, eles devem possuir posição especial no ordenamento jurídico brasileiro.

Com base nas críticas feitas aos posicionamentos anteriores com relação ao status normativo dos tratados internacionais sobre direitos humanos, Gilmar Mendes começa a defender a quarta corrente, na qual, tais tratados têm status supralegal, porém infraconstitucional¹². Nesse entendimento, haveria ainda a supremacia da Constituição Federal, entretanto seria dado valor especial aos diplomas internacionais que visam proteger a pessoa humana, colocando-os em posição especial no ordenamento jurídico pátrio.

3. Consequência do posicionamento adotado pelo supremo tribunal federal

A posição adotada pela Corte Constitucional brasileira de dar status normativo supralegal e infraconstitucional gerou uma situação que certamente merece algumas reflexões.

Primeiramente, se o tratado sobre direitos humanos amplia um direito que a Magna Carta brasileira restringiu expressamente, como aconteceu com a situação jurídica do depositário infiel, pois para a Constituição Federal, esse tipo de devedor deveria ser preso e para o Pacto de São José da Costa Rica não, surge uma situação de invalidade material, pois como os tratados mantiveram sua natureza infraconstitucional, apesar de agora possuírem posição hierárquica superior às leis, eles não podem contrariar a norma superior, que no caso é a Carta da República, sendo assim, o que consta na Lei Maior deveria prevalecer, entretanto não foi dessa maneira. O Pacto de São José da Costa Rica ampliou o direito a não ser preso por dívida, que possuía âmbito

¹² Convém mencionar que quando o ministro faz referência a tal posicionamento no início de seu voto, cita, em nota de rodapé, a Constituição da França como exemplo de Magna Carta que dá posição especial aos diplomas internacionais sobre direitos humanos, o que pode gerar, em uma provável e inadequada interpretação *a contrario sensu*, a ideia de que outros tratados internacionais não possuem mesmo grau hierárquico, até mesmo porque a posição defendida é somente para os tratados internacionais sobre direitos humanos. No entanto o referido dispositivo constitucional não faz menção a tratados sobre direitos humanos, mas sim a tratados ou acordos devidamente ratificados ou aprovados, ou seja, a qualquer tratado internacional.

de incidência expressamente menor na Constituição Federal e o que prevaleceu, foi o previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Pelo atual entendimento da Corte Constitucional, qualquer diploma normativo que estiver abaixo dos tratados sobre direitos humanos, como Lei e ato de natureza administrativa, deve tirar seu fundamento de validade da Constituição e dos mencionados tratados, ou seja, deve haver um controle de constitucionalidade e de adequação aos tratados sobre direitos humanos (convencionalidade), por tal motivo se um dispositivo legal, por exemplo, contrariar tais tratados, mesmo estando completamente de acordo com a Lei Maior, será inválido, fato esse que aconteceu com o artigo 652 do Código Civil, porque o mencionado dispositivo legal obriga o depositário, seja voluntário ou necessário, a restituir o depósito, quando isso não foi feito no momento no qual foi exigido, mediante prisão que não pode exceder um ano. Apesar de esse artigo estar de acordo com a Constituição que excepciona o caso do depositário infiel ao direito de não ser preso por dívida, vai de encontro ao Pacto de São José da Costa Rica, que excepciona somente o devedor de pensão alimentícia, por esse motivo, o artigo teve aplicação suspensa pelo referido tratado.

Há de se considerar que pelo antigo entendimento do Excelso Pretório brasileiro acerca da posição hierárquica dos tratados internacionais sobre direitos humanos esses diplomas normativos possuíam *status* normativo legal. Desse entendimento, o Pacto de São José da Costa Rica, ao restringir a possibilidade de prisão por dívida não fazia alteração alguma no ordenamento jurídico brasileiro, porque o referido tratado não possui poder de Emenda Constitucional¹³. Além disso, até mesmo uma Emenda Constitucional que retirasse a situação do depositário infiel das exceções do direito a não ser preso por dívida não é uma opção juridicamente adequada, porque elencado no artigo 5º da Constituição Federal, a prisão do depositário infiel se tornou, assim como a prisão do devedor inescusável de pensão alimentícia, um verdadeiro direito fundamental do credor de dívida por pensão alimentícia ou por depósito, assim sendo, tal dispositivo constitucional não pode ser alterado, porque se tratando de uma cláusula pétrea, um direito fundamental não pode ser restringido de maneira alguma como reza o inciso IV do parágrafo quarto do artigo 60 da Carta Magna.

¹³ Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal citada pelo Ministro Moreira Alves em seu voto no *Habeas Corpus* número 72.131

Se como colocado pelo Supremo Tribunal Federal, o Pacto de São José da Costa Rica, não retirou a aplicação de uma norma constitucional, apenas revogou as normas legais que versam sobre o assunto, no período entre a ratificação pelo Brasil de tal tratado e a entrada em vigor do Código Civil de 2002, também não deveria haver a prisão civil do depositário infiel, porque o Decreto 678, como tem status normativo legal e foi promulgado em 1992, revogaria o artigo 1.287 do Código Civil de 1916, vigente então, pela regra *lex posterior derogat legi priori* de solução de antinomias de normas de mesmo grau hierárquico e por sua vez teria aplicação retirada pelo Código Civil de 2002¹⁴. No entanto não ocorreu de tal forma, pelo fato de que o Pacto de São José não pode restringir as exceções dispostas na Constituição, justamente por seu grau hierárquico inferior.

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, em voto-vista do Recurso Extraordinário 349.703, não haveria revogação da prisão civil do depositário infiel no direito brasileiro, mas somente afastamento da aplicabilidade desse instituto diante do efeito paralisante ocasionado na legislação infraconstitucional gerado pelo Pacto de São José da Costa Rica e pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (STF, voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 349.703, p. 35-36), entretanto isso parece dizer praticamente a mesma coisa de maneira diferente, porque o que aconteceu de fato não faz diferença entre uma revogação e uma inaplicabilidade por efeito paralisante da legislação ordinária, pois de toda forma, nessa situação, está havendo superioridade dos diplomas internacionais em relação à Constituição Federal, porque em desconformidade com a Carta da República, está sendo aplicado o que consta nos tratados.

De acordo com o Ministro Celso de Mello, adepto da corrente que dá posição hierárquico-normativa constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos, inclusive citando jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a prisão civil no ordenamento jurídico brasileiro não é caracterizada como uma obrigação feita pela Lei Fundamental, mas somente uma faculdade dada ao legislador para que regule ou não tal instituto no direito brasileiro de modo que ele tem a opção de fazer com que haja os dois tipos de prisão civil por dívida existentes na Carta da República, somente um ou até mesmo nenhum (STF, voto do Ministro Celso de Mello no RE 349.703), no entanto não parece ser esse o sentido do inciso LXVII do artigo 5º da Carta Magna, que é totalmente imperativo. Celso de Mello cita, no direito

¹⁴ Para o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Ilmar Galvão, o Pacto de São José revogou o artigo 1.287 do Código Civil de 1916, entretanto esta foi uma situação que passou despercebida para os ministros do Supremo Tribunal Federal, inclusive para ele na votação do *Habeas corpus* 72.131.

comparado, vários casos nos quais os tratados internacionais sobre direitos humanos foram colocados em posição especial nos ordenamentos pátrios, no entanto não menciona o problema de afetação a possíveis cláusulas pétreas das constituições locais, nem se há esse tipo de cláusula, que é o maior problema no caso do depositário infiel no caso da Constituição brasileira.

Portanto, pelo que foi exposto, na tentativa de manter a supremacia da Constituição e dar posição especial aos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, o Supremo Tribunal Federal deu status normativo supralegal e infraconstitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos. Entretanto, tal posicionamento fez com que, na situação do depositário infiel, houvesse prevalência do diploma internacional de direitos humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, em detrimento da Lei Maior, porque tal tratado teve até mesmo o poder de retirar a aplicação de uma norma constitucional, pois sendo o tratado conflitante com a Constituição Federal, o que deveria acontecer é a invalidação do diploma internacional, e não foi dessa forma que aconteceu.

4. Preocupação com uma proteção humana universal: um direito constitucional que transcende as fronteiras nacionais

Como supramencionado, estamos em um contexto de Estado Constitucional Cooperativo, nesse sentido está havendo uma tendência ao abandono do dogma da soberania, que é um dos maiores empecilhos para a concretização dos direitos humanos para dar prevalência ao Estado cooperativo, ou seja, o Estado deixa de ser soberano, para se tornar cooperativo, assim exalta o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes homenageando o constitucionalista Peter Häberle em discurso feito durante simpósio na Espanha no dia 15 de maio de 2009. Salienta o ministro, aproveitando a ideia do professor alemão, a necessidade da existência de um Direito Constitucional comum, ou seja, deve haver uma comunidade universal de Estados Constitucionais que não sejam fechados em si mesmos, que sirvam como referência para os demais Estados Constitucionais da comunidade.

Nesse sentido, as principais características constitucionais ficariam mantidas, entretanto haveria uma intercomunicação com troca de informações cada vez maior entre os Estados no plano internacional.

O objetivo central desse Estado Constitucional Cooperativo é a ampliação da proteção à pessoa humana, por isso os direitos humanos e os direitos fundamentais teriam principal enfoque.

Nesse caminho, para a formação de um Estado Constitucional Comum Iberoamericano, o Pacto de São José da Costa Rica representou um enorme avanço, porque fez com que os países latino-americanos caminhassem de maneira convergente para um Direito Constitucional comum, incorporando em seus respectivos ordenamentos jurídicos pátrios o referido tratado de maneira a compartilhar uma ordem jurídica de proteção ao ser humano com os demais países.

A Argentina¹⁵ é uma nação que concedeu grande importância aos tratados internacionais sobre direitos humanos, pois no referido país tais diplomas normativos receberam posição hierárquica de norma constitucional. Ainda nesse sentido a Argentina¹⁶ e o Paraguai¹⁷ positivaram em suas constituições a possibilidade da supranacionalidade, o que também representa um passo importante rumo a um Direito Constitucional comum.

5. Breves colocações sobre o mau uso dos direitos humanos no cenário internacional

Em uma abordagem próxima à teoria sistêmica¹⁸ podemos afirmar que a diferenciação funcional da sociedade em seus diversos subsistemas autopoieticos, com o devido fechamento operacional e abertura cognitiva, sofre com uma dificuldade no plano internacional. É uma dificuldade relativa ao sistema jurídico, cujo alcance espacial é limitado pelo dogma da soberania. Tal limitação se mostra um problema pelo fato de não existir com tamanha força nos outros subsistemas da sociedade, como o político ou econômico, que devido à expansão extra

¹⁵ É conveniente fazer menção da maneira adequada com a qual o assunto foi tratado na Carta Magna argentina, pois na referida Lei Maior no artigo 75, item 22, são mencionados expressamente quais diplomas internacionais possuem hierarquia constitucional, assim não haverá qualquer confusão acerca da dúvida da posição hierárquica de tratados futuros, porque os tratados sobre direitos humanos que vierem a ser assinados pela Argentina precisarão ser aprovados de maneira sublime no Congresso do país para gozarem de hierarquia constitucional. Os demais tratados internacionais assinados pela Argentina possuem status normativo supralegal. Também é interessante salientar que na Constituição da Argentina está prevista a maneira pela qual os tratados internacionais podem ser revogados.

¹⁶ Artigo 75, item 24 da Constituição argentina

¹⁷ Artigo 145 da Magna Carta paraguaia.

¹⁸ Em especial à sua versão luhmanniana.

nacional atuam perante a abertura cognitiva do sistema jurídico com irritações que ele se mostra incapaz de responder de forma adequada.

Assim a esfera pública, que há tempos não se encontra atrofiada pelos limites do Estado, não se contenta apenas com um sistema jurídico atento aos direitos humanos para si, mas pretende que tais direitos sejam expandidos para cidadãos de outros Estados. A grande dificuldade está em promover essa expansão sem recair no que Marcelo Neves chama de “human rights imperialism” (NEVES, 2007:432), que seria um uso político-retórico dos direitos humanos objetivando impor os interesses das potências internacionais. Embasados em idéias como “moralidade” e “racionalidade” alguns autores parecem não se opor veementemente à imposição unilateral dos direitos humanos, um eminente exemplo seria Habermas:

According to this understanding of the ‘moral’ and ‘rational’ nature of the ‘humanitarian intervention’ carried out unilaterally by western great powers, Habermas’ proposal does not indicate a ‘global domestic politics’ for the imposition of human rights, but rather a foreign policy of the West to monitor and enforce ‘human rights’ policy in the weakest countries in the international power relations. (NEVES, 2007:435) ¹⁹

Desta forma, não obstante os grandes avanços trazidos pela Idéia de Direitos Humanos e por sua ratificação em diversos tratados internacionais é importante que fiquemos atentos ao seu mau uso pelo sistema político que no plano internacional não se encontra tão limitado pelo sistema jurídico. Entendemos que os direitos humanos devem ser implementados de uma forma dialógica ²⁰ e não monológico-impositiva, pois os impor desta última forma é também negá-los e não acreditamos no paradoxo do fortalecimento pela negação ²¹, não é negando os

¹⁹ Quanto à posição de Habermas cabe a ressalva feita pelo próprio Marcelo Neves em outra oportunidade: “*Mais tarde, com relação à invasão do Iraque pelas tropas norte-americanas, Habermas (Der gespaltene Westen: Kleine Politische Schriften X. Frankfurt sobre o Meno: Suhrkamp) toma uma atitude diferente, ao criticar a pretensão de ‘unilateralismo hegemônico’ dos Estados Unidos da América, considerando que estes contrariam o ‘núcleo universalista da democracia e dos direitos humanos’.* Entretanto, não rejeita a sua posição concernente ao conflito de Kosovo, antes a reitera, continuando a justificar um certo ‘intervencionismo racional’, ‘moralmente fundado’, mesmo sem a aprovação pelos procedimentos jurídicos do Direito Internacional Público.” (NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. p. 278)

²⁰ Uma proposta de diálogo entre ordens jurídicas autônomas foi apresentada recentemente (26/5/09) por Neves como tese de titularidade da USP sob o título de *TRANSCONSTITUCIONALISMO*, o trabalho baseado na ideia de racionalidade transversal de Welsch, pode ser um excelente caminho para a efetivação dos direitos humanos.

²¹ Este paradoxo seria uma extensão da idéia retributiva de justiça, segundo a qual se deve retribuir ao mal feito o mesmo mal que cometeu, sendo justo, portanto, combater o desrespeito aos direitos humanos com desrespeito aos

direitos humanos em um determinado momento que se alcançará sua efetivação no futuro. Em conclusão achamos indispensáveis as palavras de Neves:

Institutionalization of human rights in the international or global sphere requires selective procedures that are open to the various perspectives, but it also depends on a consensual basis regarding these procedures addressed to mediate dissent. The claim to impose a single political culture, be it by hard power or soft power, would therefore contradict a consequent policy of protecting human rights as rights to inclusion and dissent. (NEVES, 2007: 436)

6. A inconstância do posicionamento do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal vem reiterando sua posição de aplicação do Pacto de São José da Costa Rica na situação do depositário infiel, fazendo com que esse não possa ser preso pelo inadimplemento de sua obrigação para com o credor. Esse fato se confirma com a súmula vinculante 25²², aprovada por unanimidade no pleno da Corte Constitucional²³, a qual ratifica essa posição.

No entanto, o posicionamento de dar prevalência ao tratado internacional sobre a Constituição Federal é aplicado somente a essa situação, porque a Corte Suprema vem descartando tal possibilidade em outros casos como fica evidente em recentes jurisprudências.

Caso, por exemplo, no qual o Supremo Tribunal Federal considera inaplicável o Tratado Internacional em certas ocasiões por causa de incompatibilidade com a Constituição Federal é o do princípio do duplo grau de jurisdição (Dec. 678, Art. 8, 2, h), que é considerado pelo Excelso Pretório como não sendo absoluto e como tal devem ser aplicadas as exceções previstas na Magna Carta brasileira de modo que tal princípio não cria um tipo de recurso inominado.

Por isso, como foi exposto, a Suprema Corte vem aplicando os tratados internacionais sobre direitos humanos, até mesmo contra a Constituição Federal, somente no caso do depositário

direitos humanos. Para uma análise mais detalhada desta questão, MENDES, Brahwlio S. M.R. *Com e além de Hans Kelsen por uma desparadoxização da tolerância discursiva*. pp. 138-140.

²² Teor da súmula: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.”

²³ Ministros presentes na sessão: Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli.

infiel, pois em outras situações o STF afirma que os referidos diplomas internacionais não podem afrontar a Magna Carta e como tal essa tem que manter sua supremacia. Fato tal que deve nos deixar em alerta, por sugerir que nossos ministros podem estar manobrando a Constituição de forma descriteriosa, vez que tratam normas dispostas no mesmo diploma como tendo hierarquias distintas.

7. Conclusão

A opção de colocar em posição especial os tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico se mostra uma boa iniciativa, pois é adequada para aumentar a proteção do ser humano, gerando ainda um clima de segurança jurídica aos estrangeiros no país quanto aos seus direitos. Sendo relevante mencionar que também parece interessante, para fins de honrar os compromissos assinados em convenções internacionais, a opção de colocar todos os tratados internacionais em posição superior às leis, como fez a França e a Argentina. No entanto, a melhor forma de se realizar isso não é pela Corte Constitucional, mas sim pelo Congresso Nacional, pois esse órgão possui competência para fazer tal escolha. Porque não é simplesmente decidir qual o status normativo dos tratados internacionais. A mudança é mais profunda e exige que o ordenamento jurídico seja preparado para a opção escolhida.

A opção francesa de colocar os tratados internacionais acima das leis foi feita pelo Poder Constituinte, que colocou o posicionamento adotado na Constituição, entretanto a Magna Carta do referido país não somente escolheu qual seria o modelo adotado, no artigo 55, mas colocou, no artigo 54, uma condição para que a França assine algum compromisso internacional, que é a de que ele não contrarie a Constituição francesa, caso isso aconteça, o referido compromisso somente poderá ser assinado, se a Magna Carta do país for reformada de modo a não haver antinomia. Dessa forma, a supremacia constitucional foi mantida e, além disso, manteve-se também a lógica do critério de validade.

Entretanto a situação do depositário infiel, na atual ordem constitucional brasileira não poderia ser alterada de forma alguma, se a intenção é manter a supremacia da Constituição Federal, porque o fato de o depositário infiel poder ser preso pelo inadimplemento de sua

obrigação é direito fundamental do credor dessa relação jurídica e como tal, caracteriza cláusula pétrea na Lei Maior.

O Estado Constitucional Cooperativo previsto por Peter Häberle se mostra bastante interessante nesse contexto de foco nos direitos humanos, entretanto, apesar de passos importantes já terem sido dados, como a Convenção Americana de Direitos Humanos e a posição especial dada aos tratados sobre direitos humanos nos ordenamentos de alguns países, o caminho rumo a um Direito Constitucional Comum, ainda parece longo, porque esbarra no dogma da soberania e também possui como grande obstáculo, a divergência cultural existente entre as nações, o que faz com que seja necessário um diálogo entre os países, no qual as partes dialoguem de maneira igualitária para não ocorrer o domínio de uns países sobre os outros através de um imperialismo jurídico-cultural.

Referências

ARGENTINA. Constitución Nacional, del 1º de mayo de 1853. Disponível em: <<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php>>. Acesso em: 27 mai. 2009, 21:09.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. v. 1, p. 353-355.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 14 mai. 2009, 11:16.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/m_678_1992.htm>. Acesso em: 13 mai. 2009, 21:40.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil (revogado). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L3071.htm>>. Acesso em 26 mai. 2009, 23:56.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 17 mai. 2009, 04:43.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 72.131. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=73573&idDocumento=&codigoClasse=349&numero=72131&siglaRecurso=&classe=HC>>. Acesso em: 26 mai. 2009, 14:37.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=tratados+internainterna+direitos+humanos&pagina=1&base=baseAcordaos>> Acesso em: 20 fev. 2010, 14:19.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Proposta de Súmula Vinculante 31. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_31.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2010, 03:09.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 349.703. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406&pgI=1&pgF=10000>>. Acesso em: 23 fev. 2010, 01:33.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343. Voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2009, 13:08.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmulas vinculantes 1 a 27. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_1_a_22_da_Sumula_Vinculante.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2010, 01:13.

FRANCIA. Constitución de 4 de octubre de 1958. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/constitution-espagnol_juillet2008.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2009, 00:57.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil*. In: SIMPÓSIO COMEMORATIVO AO 75º ANIVERSÁRIO DO PROFESSOR E CONSTITUCIONALISTA PETER HÄBERLE, 2009, Granada, Espanha. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/discHaberle.pdf>>. Acesso em: 27 mai. 2009, 15:03.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008 p. 231-254.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NEVES, Marcelo. *The symbolic force of human rights*. In: *Philosophy & Social Criticism*, v. 33, 2007, p. 411-444.

PARAGUAY. Constitución de la República del Paraguay, del 20 de junio de 1992. Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/paraguay.htm>>. Acesso em: 20 fev. 2010, 21:15.

RIBEIRO MENDES, Brahwlio S. M.. *Com e além de Hans Kelsen por uma desparadoxização da tolerância discursiva*. In: *Phronesis*, n.5, jan-dez, 2009. pp. 131-150.

O Direito como Integridade na Ordem Jurídica Internacional Fragmentada

AUTORES

Leonardo Ostwald Vilardi¹

Pedro do Carmo Baumgratz de Paula²

ORIENTAÇÃO

Raphael Vasconcelos³

Resumo: O presente estudo visa a estabelecer um diálogo entre as teorias do Direito como Integridade de Dworkin (2003) e do Direito Internacional Fragmentado de Koskeniemi (1990; 2004 e 2005). Tal diálogo tem como objetivo último a propositura de uma teoria do Direito Internacional que contemple a multiplicidade de temas tratados na seara internacional mas que, ao mesmo tempo, comporte uma noção unívoca do Direito. Dessa forma, buscou-se adequar uma visão do Direito que o sustente como forma de organização social que só existe enquanto preze pela coerência com a inesgotável variedade de temas que são tratados atômicamente nos debates jurídicos internacionais. Almejou-se, portanto, demonstrar como a fragmentação da ordem jurídica internacional em fóruns de discussões específicas não compromete a noção de Direito enquanto Integridade, cujo traço marcante é a coerência decisória.

Palavras-chave: Teoria do Direito; Interpretação jurídica; Direito como Integridade; Dworkin; Direito Internacional; Ordem Fragmentada; Multiplicidade; Koskeniemi.

Abstract: The main goal of this paper is to design a parallel comprehension of Dworkin's (2003) Theory of Law as Integrity connected to Koskeniemi's (1990; 2004, and 2005) Theory of Fragmented International Law. The intended comprehension foresees a Theory of International Law that encompasses the multiple themes subject to International discussion but that is, at once,

¹ Graduando do 10º período do curso de Direito da UFJF.

² Graduando do 10º período do curso de Direito da UFJF.

³ Mestre em Direito Internacional pela UERJ.

consentaneous with a single and consistent vision of the Law. In this sense, a notion of Law as a form of organizing societies only if coherent to its principles was sought to be applied to the various subjects that are treated separately in the International Law arena. It was intended, therefore, to demonstrate how the multiple discussion forums concerning diverse International Law subjects doesn't compromise the concept of Law as Integrity, which has as its gravity center the idea of coherence in juridical decision making.

Keywords: Jurisprudence; Legal Interpretation; Law as Integrity; Dworkin; International Law; Fragmented Order; Multiplicity; Koskenniemi.

Introdução

Este estudo pretende fazer uso do conceito de Direito ligado a uma moral institucional proposto por Dworkin como um meio hábil à regulação jurídica em cada uma das esferas do Direito Internacional fragmentado. Intenta-se, pois, averiguar se seriam compatíveis, complementares, as teorias de Ronald Dworkin e Martti Koskeniemi, buscando-se soluções necessárias à compreensão do moderno Direito Internacional.

Ronald Dworkin em seu “*O Império do Direito*” busca estruturar uma teoria do ordenamento e da interpretação jurídica que esteja ligada e seja construída a partir de uma moral institucional. Para tanto, o autor se vale de conceitos como “comunidade personificada de princípios” e “Direito como Integridade” sendo esse último composto por outros três, quais sejam: justiça, equidade e devido processo legal adjetivo. Neste sentido, almeja construir uma concepção do Direito que compreendendo compartimentações internas apenas as aceitas sob o ponto de vista da operacionalidade, visto entender o direito como sistema uno, coerente e íntegro.

Martti Koskeniemi ao tratar do Direito Internacional afirma ser esse fragmentado, ou seja, para o autor existiriam vários planos jurídicos na esfera internacional que ora por matéria, ora por jurisdição se distinguiriam enquanto esferas jurídicas autônomas e diversas das demais. Assim, o Direito Internacional consistiria em sua concepção não em um, mas em vários direitos que teriam seus conteúdos elaborados, suas fronteiras traçadas e suas jurisdições determinadas a partir das influências que os regimes jurídicos, políticos e econômicos internos exerçam na esfera global.

A partir de tais questionamentos destaca-se o seguinte problema: Seria o referencial teórico de Ronald Dworkin, pautado na comunidade personificada de princípios e na integridade do Direito, plenamente aplicável à concepção de fragmentação do Direito Internacional proposta por Martti Koskeniemi, sem gerar incompatibilidades teóricas inaceitáveis em uma ciência como o Direito?

Frente a tais proposições, surge a tentativa de conciliar ambos arcabouços teóricos a fim de atingir um denominador comum que sane dificuldades conceituais e estruturais do Direito Internacional.

Para tanto, proceder-se-á a uma descrição dos conceitos utilizados da teoria do direito de Ronald Dworkin. Posteriormente, demonstrar-se-ão os pontos atinentes ao Direito Internacional fragmentado conforme exposto por Martti Koskenniemi. Por fim, analisar-se-á em que medida tais teorias se mostram compatíveis e adequadas à estruturação de propostas teóricas ao Direito Internacional.

Direito como Integridade e Direito Internacional: os possíveis caminhos

Incumbe, preliminarmente, elucidar as principais temáticas que cercam a Teoria do Direito estruturada por Dworkin (2003). Tenta-se expor a intrínseca conexão entre Direito e Moral que permeia toda a elaboração teórica do autor. Tal exposição se funda na compreensão da noção de Direito como Integridade e da Comunidade Personificada de Princípios. Nesse sentido, estarão formadas as bases conceituais necessárias ao entendimento da diferenciação entre Direito e Política e das questões atinentes ao Direito Internacional ⁴. Estas estão intimamente ligadas à comunidade personificada de princípios, capaz de garantir a flexibilidade normativa crucial ao cenário de fragmentação jurídica no plano internacional.

Dworkin acredita que Direito e Moral estão unidos de forma indissociável já que sua teoria se baseia em dois grandes pontos; quais sejam: o Direito como Integridade, composto pela Justiça, Equidade e Devido Processo Legal Adjetivo; e a Comunidade Personificada de Princípios. Para o autor a Justiça se relaciona com a repartição de bens, de oportunidades, entre outros aspectos sociais. Já a equidade se refere à distribuição de participação política em uma sociedade, ao quanto cada membro da sociedade pode influir nas decisões políticas que a ele são impostas. Por fim o devido processo legal adjetivo se refere ao procedimento que deve ser considerado em se tratando de relações jurídicas, a fim de que as decisões resultantes dessas não impliquem em escolhas políticas – discricionárias – mas sim em escolhas de princípio que garantem a abstração necessária à concretização da igualdade na sociedade.

Os conceitos que compõem a noção de Direito como Integridade, também fundam bases estruturais à comunidade personificada de princípios. Nessa esteira:

⁴ O autor na obra utilizada não faz uma análise do Direito Internacional, o que se expõem aqui, é uma adaptação da sua teoria a este.

A Integridade política supõe uma personificação particularmente profunda da comunidade ou do Estado. Pressupõe que a comunidade como um todo pode se engajar nos princípios de equidade, justiça ou devido processo legal adjetivo de algum modo semelhante àquele em que certas pessoas podem engajar-se em convicções, ideais ou projetos (,,,) como se uma comunidade política realmente fosse alguma forma especial de entidade distinta dos seres reais que são seus cidadãos. Pior ainda, atribui influência e responsabilidade morais a essa entidade distinta. Pois, quando digo que uma comunidade é fiel a seus próprios princípios, não me refiro a sua moral convencional ou popular, às crenças e convicções da maioria dos cidadãos. Quero dizer que a comunidade tem seus próprios princípios que pode honrar ou desonrar, que ela pode agir de boa ou má-fé, com integridade ou de maneira hipócrita, assim como fazem as pessoas. (...) A personificação é profunda: consiste em considerar seriamente a comunidade como um agente moral. Mas será ainda uma personificação, e não uma descoberta, pois reconhecemos que a comunidade não tem uma existência metafísica independente, que ela própria é uma criação das práticas de pensamento e linguagem nas quais se inscreve. (DWORKIN, 2003, p.204-208)

Supõe, então, o autor que a comunidade alvo de determinado ordenamento jurídico será o reflexo desse. Sendo assim, não há como dissociar a moral institucional que permeia tal compreensão social do Direito. Não se trata de uma moral específica, determinada *a priori*, e pautada nas crenças dos cidadãos, mas sim em uma ordenação social fundada em princípios que são a caracterização máxima de um procedimento democrático que leva em conta a justiça, equidade e devido processo legal adjetivo, como expostos acima.

Resta claro que tal conceituação de comunidade personificada de princípios, como basilar ao Direito como Integridade, configura uma postulação político-teórica liberal, a qual possibilita a cada grupo que estruture seus princípios jurídicos de forma coerente com sua concepção institucional e política. Isso, porém, poderia levar à errônea interpretação de que a proposta teórica de Dworkin coaduna com uma pluralidade de “Direitos”. Tal afirmação seria, ao menos, pueril. Uma vez que a proposta do autor possibilita uma maior flexibilidade na escolha de determinados princípios a nortear determinadas situações, sem, com isso, afrontar a noção de Direito enquanto sistema.

O Direito deve ser considerado como um todo, mesmo em se tratando de concepções particulares e específicas. A coerência é o traço principal da Integridade. Por essa razão que toda a Integridade se pauta em escolhas de princípio, que não impliquem em decisões arbitrárias ou conciliatórias. Desse modo, pautando-se em princípios, garante-se a segurança jurídica almejada pelo Direito e possibilita-se a flexibilidade à conformação das decisões frente a moral

institucional da sociedade. O Direito deve, portanto, ser íntegro; coerente com seus princípios, que não podem ser autoexcludentes. Assim,

O Estado carece de integridade porque deve endossar princípios que justifiquem uma parte dos seus atos, mas rejeitá-los para justificar o restante. Essa explicação distingue a integridade da coerência perversa de alguém que se recusa a resgatar alguns prisioneiros por não poder salvar todos. Se tivesse salvado alguns, escolhidos ao acaso, não teria violado nenhum princípio do qual necessita para justificar outros atos. Mas um Estado age desse modo quando aceita uma solução conciliatória salomônica; o que a integridade condena é a incoerência de princípio entre os atos do Estado personificado. (DWORKIN, 2003, p 223).

A Integridade só existe enquanto exista coerência na formulação e na aplicação do Direito. Tal coerência deve ser observada quanto aos princípios emanados da comunidade personificada, frutos da moral institucional desta.

Cabe, nesse ponto, uma última distinção de suma importância à completa compreensão da abordagem aqui exposta. As escolhas de princípio são aquelas que, ao mesmo tempo em que possibilitam uma flexibilização construtiva da prática jurídica, garantem a segurança e certeza intrínsecas à noção de Direito. Já as escolhas de política são aquelas cambiantes, determinadas pelo bem entender do intérprete, que alterna justificativas e determinações tendo em vista suas próprias opiniões e interesses no caso em questão, violando, assim, os postulados de justiça e equidade.

A distinção entre princípio e política não pode ensejar o raciocínio de que o Direito como Integridade - conforme proposto por Dworkin - é incoerente, visto se pautar em uma moral política e, posteriormente, negar a política no Direito. Trata-se de conceitos de política diversos usados em momentos distintos.

A moral política que estrutura e dá forma ao Direito como Integridade é justamente fruto de uma interpretação de princípio da sociedade, atenta às questões de justiça, equidade e devido processo legal adjetivo. Sendo política apenas por possibilitar a conformação temática de acordo com as determinações próprias daquela comunidade personificada, sem, contudo, olvidar-se de que as escolhas de política, nessa esfera (criação do Direito), respeitam sempre questões de princípio. A moral política é, logo, coerente e íntegra. Além disso, é ela que possibilita ao

aplicador e ao interprete do Direito a prerrogativa de ser coerente com os princípios daquela sociedade, conformando a realização futura desta, sem comprometer a segurança jurídica.

Conclui-se que o Direito para Dworkin (2003) está completamente ligado à moral e dissociado das escolhas e determinações políticas no momento de aplicação do Direito. Sendo assim, ainda que em sede de Direito Internacional, âmbito no qual conceitos e estruturas clássicas do direito interno perdem sua efetividade, não haveria meios de se usar de questões de política no Direito. Esse é sempre fruto de uma moral política e pautada por questões de princípio.

A Ordem Fragmentada Internacional

Martti Koskenniemi ao tratar do Direito Internacional afirma ser este fragmentado. Esta conclusão pode ser apontada como resultado de uma crítica formulada pelo autor à aplicação do conceito de Estado de Direito no âmbito internacional, com o intuito de minar o subjetivismo político, bem como, à idéia de um Mundo governado por uma única Lei Internacional.

O Estado de Direito, fundado nos princípios liberais do Iluminismo, desde o séc. XVIII, vem sendo utilizado pelos juristas na esfera da sociedade internacional, da mesma forma que o é no domínio interno dos países. Esse uso tem como objetivo estruturar e justificar uma ordem jurídica única no Direito Internacional. Tal fato pode ser atribuído à crença de que as normas legais são dotadas de uma objetividade não constatável nas idéias, preferências e visões políticas. Sendo assim, presume-se serem as normas gerais, abstratas e pretensamente universais.

Koskenniemi irá afirmar que esta objetividade, a independência da política das normas jurídicas, não é empiricamente verificável por não atender a dois pressupostos necessários à completa formação desvinculada da política, quais sejam: concretude e normatividade.

A concretude resultaria da idéia liberal de subjetividade dos valores. A Lei deve se basear em algo concreto, como em um comportamento social, para que se evitem subjetivismos políticos e constrangimentos ilegais.

Já a normatividade advém da necessidade de aplicação da Lei independente de preferências políticas sobre matérias legais. Assim, a Lei Internacional deveria ser aplicável mesmo a um país que discordasse desta aplicação.

A concretude e a normatividade garantem, assim, a previsibilidade, a segurança jurídica e a coercibilidade inerentes à idéia de Direito e, dessa forma, buscam afastá-lo da discricionariedade característica da política.

O autor afirma que esses dois pressupostos se cancelam no âmbito do Direito Internacional, uma vez que a concretude simboliza a aproximação da norma a uma prática estatal. Estando a norma mais próxima de uma prática estatal, ela acaba por se afastar da normatividade e se aproximar da política.

Da mesma forma, ao se intentar demonstrar a normatividade da norma através do distanciamento da vontade e da prática estatal, mais próximo da política o Direito aparenta estar. Pois, diminui-se a possibilidade de argumentar sobre a alusão ao contexto social.

Ao demonstrar a não objetividade normativa pretensamente apontada pelos juristas liberais, o autor afirma: “...our inherited ideal of a World Order Based on the Rule of Law thinly hides from sight the fact that social conflict must still be solved by political means...”⁵ (KOSKENNIEMI, 1990:7).

Segundo Koskenniemi (1990) o Direito Internacional não teria, pois, um caráter eminentemente apolítico, sendo o resultado de uma construção histórica baseada na disputa de interesses. O uso da lógica por uma pessoa irá depender das premissas que são politicamente tomadas por ela como verdades. Textos, fatos e a própria história podem ser interpretados de várias formas. O operador do direito ao realizar interpretações se pauta em concepções que não mais são auto-sustentáveis, mas cujos significados dependem de suas orientações políticas.

A idéia de um Mundo governado por uma única Lei Internacional é combatida por Martti Koskenniemi tendo em vista os seguintes aspectos: desformalização, império e fragmentação.

O primeiro é vislumbrado na crescente administração das relações mundiais através de redes informais, flexíveis e não-territoriais, por intermédio das quais, decisões podem ser tomadas de forma rápida e efetiva. Tratados Internacionais em matéria comercial são regulados não por leis internacionais, mas sim pela *Lex mercatoria* e por arbitragens internacionais. Seguindo este raciocínio, entende-se que em um cenário internacional globalizado as relações internacionais não são totalmente dependentes de governos estatais soberanos, mas figuram como importantes membros dessas relações agentes capazes de governar ainda que desprovidos de

⁵ “Nosso ideal de uma Ordem Mundial fundada no Estado de Direito mal consegue esconder o fato de que os conflitos sociais ainda precisam ser solucionados por meios políticos.” (Tradução livre)

soberania, o que representaria para sua teoria uma desformalização das relações jurídico políticas internacionais.

O segundo aspecto apontado por Koskenniemi se refere à sobreposição da vontade de uma potência mundial ao interesse dos demais países. No caso de um determinado sujeito de Direito Internacional, dotado de grande força política, impor seus interesses independentemente da ordem jurídica internacional vigente. Como exemplo, tem-se o caso dos Estados Unidos que em dois anos consecutivos (2002-2003) contrariou decisões do Conselho de Segurança da ONU.

Já a fragmentação é a divisão da regulação internacional em campos especializados. Assim, não há mais um Direito Internacional, mas sim, Direitos Humanos, Direito do Meio Ambiente, Direito Penal Internacional, ou seja, vários planos jurídicos na esfera internacional.

Essas esferas jurídicas atuam de forma autônoma, obedecendo a lógicas e estruturas jurídicas próprias. Todavia, o cenário político gera situações tais que não respeitam as divisões preliminarmente estabelecidas, o que acaba por ocasionar conflitos negativos ou positivos de competência. Nesta situação, uma esfera jurídica especializada poderia buscar impor sua lógica aos demais quando se tratasse em verdade de uma questão interdisciplinar. Surge, pois, a seguinte questão: Quais parâmetros gerais deverão ser observados, na perspectiva de um Direito Internacional fragmentado, caso ocorra um conflito de normas geradas por fontes jurídicas internacionais diversas?

Uma pretensa unidade é criticada por Koskenniemi no seguinte sentido:

“A unidade é um projeto hegemônico. Ela busca o predomínio da *minha* perspectiva, da *minha* instituição. Contra isso, estamos acostumados a descrever o mundo – ou alguma característica dele – como homogeneamente opressor, regulado por uma lógica de poder totalizante, pela globalização, pelo império”⁶ (KOSKENNIEMI, 2005:5).

Em resposta à imposição desta unidade destacam-se, nesse contexto, três teorias de fragmentação, quais sejam;

A primeira se caracteriza na proposta de adoção de novas interpretações da concepção geral de direito a ser orientada pela perspectiva de novas instituições, como a OMC. A segunda

⁶ No inglês : “Unity is a hegemonic project. It seeks the predominance of my perspective, my institution. Against this, we are accustomed to depicting the world – or some aspect of it – as oppressively homogenous, ruled by totalizing logic of power, globalization, empire.” (tradução livre).

busca estabelecer novos regimes jurídicos como exceções à idéia geral de Direito Internacional. Por fim, a terceira, que coloca as diversas esferas do Direito Internacional umas contra as outras.

A idéia do Direito Internacional fragmentado, contudo, seria, nessa toada, rejeitada por duas correntes teóricas unitaristas principais, o constitucionalismo e o pluralismo legal.

O constitucionalismo tende a aplicar a idéia de Constituição no âmbito do Direito Internacional, estabelecendo, assim, entes supra-estatais, uniformizando suas jurisdições, hierarquizando o ordenamento jurídico, enfim, aplicando a estrutura político-jurídica dos Estados na esfera internacional.

Já o pluralismo legal seria a abordagem que busca organizar todas as diferentes racionalidades efetivas no plano global e intenta fazê-lo de forma a compreender cada racionalidade como autônoma e desvinculada das demais.

Ambas visões pressupõem um regime de coordenação entre os Estados, tomando estes entes como unidades elementares, cujas fronteiras são determinadas e cujos princípios não se contradizem.

De fato, as relações no plano internacional não obedecem a tal pressuposta coordenação, os princípios que regem a interação não são fixos e quando o são se mostram indeterminados. Desta forma, conclui-se que o cenário Internacional esta configurado de forma fragmentada e não unitária como pressupõem os defensores do constitucionalismo e do pluralismo legal.

*“Múltiplos sistemas jurídicos e múltiplas formas de raciocínio – sim, mas nunca fixos, determináveis, sempre em movimento de aproximação e afastamento uns dos outros”*⁷ (KOSKENNIEMI, 2005:21).

Portanto, a fragmentação no Direito Internacional pode ser compreendida como uma pluralidade de fontes de Direito e de jurisdições, referentes a diferentes searas das relações no âmbito internacional, que mesmos atuando de forma autônoma acabam por interferir umas nas outras em razão de suas matérias não serem estanques.

⁷ No inglês: “Multiple legal regimes and mutiple modes of thought – yes but never fixed, never determinabel, always in motion into and away from each other”.

A fragmentação, a moral institucional e o Direito enquanto sistema

A idéia de fragmentação acima exposta permite uma tentativa de utilização do aporte teórico de Dworkin (2003), a fim de se valer da comunidade personificada de princípios como os sujeitos de direito de cada uma das esferas fragmentadas do Direito Internacional. Propõe-se que o Direito, mesmo em um cenário internacional fragmentado, deva ser entendido a partir de uma base estrutural formal comum, restando a cada uma das esferas sua conformação normativa específica.

Dworkin parte da noção de que o Direito é primordialmente coerente. Neste ponto, Koskenniemi argumenta no mesmo sentido: “*O Direito é um todo. Não se pode tirar um dedo dele fora e crer que esteja vivo. Posto que para o dedo funcionar o corpo inteiro deve acompanhá-lo*”⁸ (KOSKENNIEMI, 2005:10).

Assim, cada plano jurídico internacional seria fruto de uma formação normativa conforme a comunidade personificada de princípios, ou seja, todos os ordenamentos deles emanados representariam a moral institucional que os compõem. Portanto, não se nega a utilização da política na elaboração jurídica fragmentada internacional. Os diversos diplomas normativos são, de fato, resultado das inclinações políticas das instituições que os criaram. Todavia, não se pode olvidar que o Direito é uno.

Sendo assim, mesmo aceitando a influência de decisões políticas na formação do Direito, estas sempre terão que observar a utilização de um princípio que as justifique. A necessidade de atenção a um princípio garante unidade do direito enquanto sistema e a não sucunção deste frente aos demais.

Nesta toada, a noção de Direito Internacional aqui proposta, ainda que se pautando na teoria estruturada por Koskenniemi, diverge desta ao buscar imbuir o direito da moralidade institucional e distanciá-lo da política em sua aplicação. Contudo, converge no sentido de aceitar a política na etapa de formação do direito.

Portanto, concebendo o Direito Internacional de forma fragmentada, tendo as diversas esferas autonomia para consubstanciá-lo, mas limitadas a concepções gerais de como o direito

⁸ No inglês : “Law is a whole. You cannot just take one finger out of it and pretend it is alive. For the finger to work, the whole body must come along.”

deve ser, surge o problema de solucionar eventuais controvérsias que, não se limitando a uma esfera jurídica, abranja temáticas tratadas de forma diversa por estas. Não existindo hierarquia e autorizando as diversas esferas de Direito Internacional a dar substância aos seus ordenamentos, como seria solucionada uma eventual controvérsia envolvendo mais de uma esfera e suas respectivas normas?

Propõe-se como solução uma melhor interpretação do caso. Em verdade, não há um conflito normativo. As várias esferas emanadoras de direito estão sempre vinculadas, uma vez que são comunidades personificadas de princípios, aos postulados do direito como integridade. Neste sentido, no caso de um aparente conflito o diálogo formador de uma nova comunidade personificada de princípios seria a solução.

Tal resposta em princípio parece frágil, já que a proposta de diálogo em torno de questões jurídicas no plano internacional estaria sujeita a fortes dominações políticas e econômicas. No entanto, a formação de uma comunidade personificada de princípios gera a necessidade de se observar os postulados de justiça e equidade conforme descritos anteriormente. Sendo assim, tal diálogo tenderia a ter como resultado uma elaboração normativa que fosse expressão da moral institucional da interseção em questão.

Tal proposta visa ainda evitar a sobreposição da racionalidade própria de uma das esferas envolvidas sobre as demais. O que se intenta realizar através da utilização de critérios como justiça e equidade é impedir que a arena jurídica se torne meio hábil a conformar decisões a barganhas políticas, olvidando-se ou até contrariando seus preceitos básicos.

Conclusão

Ao longo do presente estudo, tentou-se abordar a questão da estrutura jurídica do Direito Internacional partindo do referencial teórico que vincula o Direito à Moral e valendo-se, também, de uma análise do Direito Internacional fragmentado que o relaciona com a política.

As teorias utilizadas apresentam flagrantes divergências. Entretanto, através de uma interpretação dos conceitos expostos por cada uma delas, verificou-se ser possível a elaboração de uma proposta coerente com ambas e além, com a noção de Direito enquanto sistema.

Acredita-se ter alcançado o objetivo traçado inicialmente, realizando uma análise crítica das teorias abordadas, almejando a obtenção de uma nova concepção do Direito Internacional.

Restam, por óbvio, questões acerca dos postulados aqui expressados, como uma análise detalhada da temática em termos práticos e seus eventuais desdobramentos, entre outros.

Poder-se-ia, por fim, questionar a razão de não se ter elaborado uma resposta concreta e objetiva de como solucionar os conflitos das esferas no Direito Internacional fragmentado. No entanto, tal concretude se mostraria impossível de ser alcançada, uma vez que para determinar em que medida a moral institucional é fruto de um diálogo justo e equânime, necessita-se de dados empíricos.

Ademais, tal tentativa ainda que pautada em exemplos concretos não seria válida, tendo em vista a complexidade das relações travadas na seara internacional. Para tanto, propõe-se o diálogo atento aos princípios básicos do direito como possível solução.

Referências

DWORKIN, R. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KOSKENNIEMI, M. **Global Governance and Public International Law**. *Kritische Justiz*, 2004, 37: 241-254.

KOSKENNIEMI, M. **Global Legal Pluralism: Multiple Regimes and Multiple Modes of Thought** (Harvard, 2005). in TEUBNER, G. *Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Frankfurt am Main, 2006.

KOSKENNIEMI, M. **The Politics of International Law**. *European Journal of International Law*, 1990, 1 (1):4-32.