

Temas de Direito Constitucional:
Estudos em Homenagem ao Prof.º Carlos
Augusto Alcântara Machado

Ubirajara Coelho Neto

Organizador e Editor

Especialista, Mestre e Doutor em Direito Constitucional - UFMG

Ex. Prof.º do Curso de Direito - UFMG

Ex. Prof.º Adjunto do Curso de Direito - UFRN e UFT

(Graduação e Mestrado)

Prof.º Adjunto II do Curso de Direito - UFS

(Graduação e Mestrado)

Temas de Direito Constitucional:
Estudos em Homenagem ao Prof.º Carlos Augusto
Alcântara Machado

Ubirajara Coelho Neto Editor

Aracaju - 2013

© *Copyright* 2013
Ubirajara Coelho Neto

Catálogo da Publicação na Fonte. UFS / Biblioteca Setorial
Divisão de Serviços Técnicos

Coelho Neto, Ubirajara (Organizador e Editor).

Temas de Direito Constitucional: estudos em homenagem ao Prof.º Carlos Augusto Alcântara Machado / Ubirajara Coelho Neto (Organizador e Editor). - Aracaju: Ubirajara Coelho Neto Editor, 2013. 235 p.

Inclui bibliografia.

ISBN 978-85-905346-4-8.

1. Ativismo Judicial. 2. Concretização. 3. Constitucionalismo. 4. Constitucionalização do Direito. 5. Controle Judicial. 6. Convenção. 7. Correntes Filosóficas. 8. Deficiência. 9. Direito Autoral. 10. Direito Constitucional Contemporâneo. 11. Direito Penal Contemporâneo. 12. Direitos Fundamentais. 13. Direitos Humanos. 14. Eficácia. 15. Filosofia. 16. Fraternalidade Constitucional. 17. Hermenêutica Constitucional. 18. Imperatividade. 19. Neoconstitucionalismo. 20. Normas e Princípios Constitucionais. 21. Políticas Públicas. 22. Pós-Positivismo. 23. Seguridade Social. 24. Teoria da Complementariedade. 25. Tratados Internacionais. I. Título.

SE/BS/CCSA

CDU 342

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS - É proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos do autor (Lei n.º 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Lei n.º 10.994, de 14 de dezembro de 2004.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

Aos mestrandos em Direito UFS - Turma 2012-2: Alan Jefferson Santos Varjão, Alexandre Albagli Oliveira, Eunices Bezerra Santos e Santana, Guilherme da Costa Nascimento, Manoel Cabral Machado Neto, Maria Lucia Ribeiro dos Santos, Mariése Garcia C. Rodrigues de Alencar, Silvio Roberto Oliveira de Amorim Junior e Waltenberg Lima de Sá, coautores do presente trabalho.

Ao Graduando em Direito UFS, Yuri André Pereira de Melo, coautor.

Em especial, a Prof.^a Dr.^a Flávia Moreira Guimarães Pessoa (prefaciadora) e ao Prof.^o Me. Carlos Augusto Alcântara Machado, homenageado da presente obra.

SUMÁRIO

Apresentação.....	IX
Prefácio.....	XI
Alan Jefferson Santos Varjão: <i>A Proposta da Constitucionalização do Direito Como via de Legitimidade para o Direito Penal Contemporâneo</i>	15
Alexandre Albagli Oliveira: <i>Os Direitos Fundamentais no Estado Moderno: matriz, conteúdo, gerações, dimensões, efeitos e limites</i>	37
Eunices Bezerra Santos e Santana: <i>O Controle Judicial das Políticas Públicas como Reflexo do Modelo Constitucional Brasileiro</i>	59
Guilherme da Costa Nascimento: <i>Direito da Seguridade Social e a Constituição</i> ...	79
Manoel Cabral Machado Neto: <i>Neoconstitucionalismo e Pós-Positivismo: fundamentos teóricos para o controle judicial de políticas públicas</i>	95
Maria Lucia Ribeiro dos Santos: <i>Da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a sua Recepção com Hierarquia Constitucional</i>	121
Mariése Garcia C. Rodrigues de Alencar: <i>A Constitucionalização do Direito Autoral no Brasil: efetivação do princípio da função social</i>	141
Silvio Roberto Oliveira de Amorim Junior: <i>A Constituição Filosófica</i>	159
Waltenberg Lima de Sá: <i>O Círculo Hermenêutico como Fator de Legitimação da Jurisdição Constitucional</i>	181
Yuri André Pereira de Melo: <i>Direito Fraterno: novo paradigma Constitucional</i>	201

APRESENTAÇÃO

O presente trabalho é fruto da seleção e organização dos artigos apresentados em 2012-2, na disciplina “Constitucionalização do Direito”, ministrada no Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe, por este professor.

Tendo em vista a relevante e incontestável contribuição ao magistério superior jurídico, bem como, aos estudos desenvolvidos em Teoria da Constituição e Direito Constitucional, a presente obra é uma justa homenagem ao ilustre colega de magistério, Prof.º Me. Carlos Augusto Alcântara Machado.

O Prof.º Me. Carlos Augusto Alcântara Machado formou-se em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, em 1983.

É Especialista em Direito de Estado pela PUC/SP, Mestre em Direito Constitucional (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará - UFC (1999) e Doutorando em Direito Econômico pela PUC/SP.

Ingressou no Ministério Público do Estado de Sergipe como Promotor de Justiça em 1991, exercendo o referido cargo até o ano de 2010, quando foi promovido por merecimento a Procurador de Justiça.

Atualmente, além de Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe, também é Professor Efetivo de Direito Constitucional da Universidade Federal de Sergipe e da Universidade Tiradentes (graduação e pós-graduação).

Tem vasta experiência na área de Direito Público, com especial ênfase em Teoria da Constituição, Hermenêutica Constitucional e Controle de Constitucionalidade.

É autor de três livros jurídicos, com destaque especial aos seguintes: “Mandado de Injunção - um instrumento de efetividade da Constituição” (Atlas) e “Direito Constitucional” (Revista dos Tribunais).

Autor de cinquenta e dois artigos científicos, com dez capítulos de livros publicados, bem como, quinze textos em jornais e revistas.

Aracaju, maio de 2013.

Ubirajara Coelho Neto
Organizador e Editor

PREFÁCIO

O presente livro é o resultado da seleção e organização dos artigos apresentados em 2012-2, na disciplina “Constitucionalização do Direito”, ministrada pelo Prof.º Ubirajara Coelho Neto no Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe.

A obra é o segundo fruto do curso a ser publicado em forma de livro, devendo ser destacada a importância do seu organizador e editor, Prof.º Ubirajara Coelho Neto, na criação do mestrado e no seu sucesso. Teve ele fundamental participação no projeto que levou à aprovação do mestrado em Direito da UFS, sendo ainda colaborador de todas as horas. Comprometido, dedicado, disciplinado e pragmático, muito contribuiu para a excelência do nosso curso.

Em boa hora a homenagem ao estimado Professor e Procurador de Justiça Carlos Augusto Alcântara Machado, que sempre honrou a Universidade Federal de Sergipe e o Ministério Público Estadual com seus ensinamentos teóricos e sua experiência prática, formando gerações. Ressalte-se que o homenageado é referência nacional em Direito Constitucional, lecionando não apenas na UFS, como em diversas outras instituições de ensino do país. Mais do que isso: um mestre querido por todos, homenageado por diversas turmas que colaram grau nos últimos vinte anos pela UFS!

Deve ser mencionado, ainda, que os autores dos artigos deste livro são alunos da segunda turma do curso, que ingressaram na instituição em 2012. Naquela época, como coordenadora do Mestrado em Direito da UFS, pude acompanhar o desempenho desses alunos, que foram motivo de regozijo para toda a instituição.

No primeiro artigo, Alan Jefferson Santos Varjão aborda “A Proposta da Constitucionalização do Direito Como via de Legitimidade para o Direito Penal Contemporâneo” em que procura analisar as principais características do Direito penal contemporâneo para, a partir daí, denunciar o seu afastamento de suas raízes filosóficas, que permitiram a formação do penalismo moderno.

Já Alexandre Albagli Oliveira publica o artigo “Os Direitos Fundamentais no Estado Moderno: matriz, conteúdo, gerações, dimensões, efeitos e limites” em que aponta que os direitos

fundamentais funcionam como direitos subjetivos e como vetores que legitimam todo ordenamento jurídico, irradiando-se por ele, justificando assim a necessidade do estudo de seu conteúdo e de suas dimensões, gerações, efeitos e limites.

Eunices Bezerra Santos e Santana escreve sobre o “O Controle Judicial das Políticas Públicas como Reflexo do Modelo Constitucional Brasileiro”, em que analisa o controle judicial das políticas públicas como reflexo do modelo constitucional analítico, o qual, além de estabelecer um catálogo de direitos e garantias fundamentais, traz instrumentos que possibilitam exigi-los.

Guilherme da Costa Nascimento apresenta artigo sobre “Direito da Seguridade Social e a Constituição” em que busca demonstrar a importância da Seguridade Social, no panorama do modelo constitucional vigente.

Neoconstitucionalismo e Pós-Positivismo: fundamentos teóricos para o controle judicial de políticas públicas é o título do artigo de Manoel Cabral Machado Neto, no qual o autor examina como o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo servem de marcos teóricos na fundamentação do controle judicial de políticas públicas, ressaltando a força normativa da Constituição e o princípio da dignidade humana como argumento na efetivação de direitos sociais, propondo, por fim, a possibilidade do exercício do controle judicial da proposta do orçamento.

Maria Lucia Ribeiro dos Santos escreve o artigo “Da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a sua Recepção com Hierarquia Constitucional” em que discute a nova redação do § 3º, do artigo 5º, da Constituição, focando, especialmente, na hierarquia constitucional da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Mariése Garcia C. Rodrigues de Alencar apresenta “A Constitucionalização do Direito Autoral no Brasil: efetivação do princípio da função social” em que aponta que em decorrência da constitucionalização do direito do criador intelectual, tornou-se imprescindível a efetivação de sua função social, cabendo ao Estado Democrático de Direito essa responsabilidade, em razão de ser ele o Estado concretizador dos direitos e garantias fundamentais.

Por sua vez, Silvio Roberto Oliveira de Amorim Junior escreve sobre a “A Constituição Filosófica” em que aponta que o pleno reconhecimento da Constituição como o texto jurídico central do Estado passou por três fases evolutivas fundamentais, as quais são explicadas no artigo: o reconhecimento da força normativa da constituição, a superação do ideário positivista e a reaproximação entre direito e moral.

Já o artigo “O Círculo Hermenêutico como Fator de Legitimação da Jurisdição Constitucional”, da autoria de Wanteberg Lima de Sá, inicialmente aborda os diversos conceitos de Círculo Hermenêutico, e em seguida, passa a discorrer acerca da aplicação do referido conceito ao ambiente da interpretação constitucional, de acordo com o viés ontológico da fenomenologia hermenêutica de Heidegger e Gadamer, para finalmente direcionar o estudo às formas de implementação do Círculo Hermenêutico no debate dos temas pela jurisdição constitucional.

Por fim, Yuri André Pereira de Melo apresenta o artigo “Direito Fraterno: novo paradigma Constitucional”, em que demonstra que o Direito Fraterno e a Teoria da Complementariedade apresentam-se como novo ponto de partida da Hermenêutica Constitucional, para maximizar a eficácia da Carta Magna em direção a uma interpretação complementar-constitucional dos enunciados normativos.

Exposto brevemente o conteúdo da obra, é com grande prazer que recomendamos a sua leitura a todos aqueles que se interessam pelas discussões mais atuais relativas ao Direito Constitucional e a Teoria da Constituição.

Aracaju, maio de 2013.

Flávia Moreira Guimarães Pessoa

*Juíza Titular da 4ª Vara do Trabalho de Aracaju
Professora da Graduação e Mestrado em Direito da UFS*

A PROPOSTA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO COMO VIA DE LEGITIMIDADE PARA O DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO

Alan Jefferson Santos Varjão

Bacharel em Direito - UFS;

Mestrando em Direito - UFS.

Sumário: Introdução; 1. O Direito Penal Contemporâneo: da busca por legitimidade a necessidade de resposta prática; 2. A Constitucionalização do Direito Penal: uma promessa de legitimidade para o penalismo de nossos dias; 3. Constitucionalização do Direito e Teoria dos Bens Jurídicos; 4. A Constitucionalização do Direito Penal e a Teoria dos Fins da Pena; 5. O Simbolismo do Direito Penal Contemporâneo que Desafia a Constitucionalização; Conclusão; Referências Bibliográficas.

Resumo: Este artigo procura analisar as principais características do Direito penal contemporâneo para, a partir daí, denunciar o seu afastamento de suas raízes filosóficas, que permitiram a formação do penalismo moderno, para se voltar exclusivamente à necessidade de respostas práticas, como resultado de uma falsa Política criminal. Este distanciamento de suas fontes denuncia a grave crise de legitimidade do Direito penal de nossos dias, que nesta situação, utiliza-se de falsos argumentos para justificar o seu uso. Neste cenário, apontamos o fenômeno da Constitucionalização do Direito como via de conferir legitimidade para o uso do poder punitivo nos dias de hoje. Mediante o respeito às normas e princípios constitucionais no momento de criação, aplicação e execução das leis penais seria possível fundamentar o Direito penal, que seria utilizado apenas para garantir a proteção dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Todavia, o simbolismo do Direito penal contemporâneo aparece como uma séria barreira a ser superada no sentido de busca por legitimidade.

Palavras-chave: Direito penal contemporâneo; legitimidade; Constitucionalização do direito.

Abstract: This paper intends to analyse the main features of the Contemporary Criminal law and, from that point, evidence the distance from its original bases, that allowed the creation of the Modern Criminal Law that now turns only to the necessities of practical answers, as a result of a false criminal politic. This distance from the main bases evidence the big crisis of legitimacy of the Contemporary Criminal Law that, in this situation, uses false arguments in order

to justify its utility. In this scenario, we point the Law Constitutionalisation process as a way that gives legitimacy for the use of the punishment power. This process is known from the respect of the standards and principles of the constitution in the moment of cration, application and execution of the criminal rule, that would be used only for the protection of the main constitutional rights. However, the symbolism of the Criminal Law is a is a serious obstacle that we need to beat in order to give legitimacy for our Criminal Law.

Keywords: Contemporary Criminal Law; Legitimacy; Law Constitutionalisation.

INTRODUÇÃO

O sistema de garantias que serve como base para os ordenamentos jurídicos modernos foi concebido pela Filosofia Iluminista, e serviu como fonte de legitimação do poder de punir do Estado durante muito tempo. Nestes sistemas, predominou uma imagem do Direito penal que, graças a política o Iluminismo, foi caracterizada pela atenção aos perigos representados pelo Estado no momento de restringir a liberdade dos cidadãos.

A legitimidade do Direito penal era determinada pelo respeito por parte do legislador a um conjunto de garantias individuais: reserva legal, ampla defesa, contraditório, presunção de inocência, direito de calar-se e recusar-se a depor em certas ocasiões, revisibilidade das decisões, *in dubio pro reo* etc.

A invocação a esses princípios garantistas não podia ser restringida apenas ao momento de criação do legislador penal, devendo ser a fonte da argumentação também no momento de verificação do delito, ou seja, na fase de cognição processual. Para os ordenamentos jurídicos modernos somente um Direito penal garantista poderia ser considerado legítimo, e somente um objetivo deveria ser perseguido: a proteção de interesses humanos fundamentais (bens jurídicos). Não há espaço para a atuação do poder punitivo sem o fim de garantir a proteção, ou mesmo reparação, de um bem jurídico lesado.

Nesta escolha de interesses fundamentais deve haver o questionamento a respeito da essencialidade de determinados valores para a sobrevivência da comunidade humana. É assim que se protegem a vida, a liberdade, a integridade física, a fé pública, o patrimônio etc.

Por trás da aceitação deste sistema de garantias, sem dúvida, está a teoria de um contrato social, que estabelece o respeito máximo ao princípio da legalidade, pois a renúncia mútua à liberdade absoluta por parte dos cidadãos só faz sentido mediante uma atuação estatal que se destine, exclusivamente, a garantir a manutenção das liberdades contempladas no contrato social. Não pode haver uso do poder punitivo fora da legalidade fundamentada pelo contrato social. Como consequência, os ordenamentos deveriam definir claramente o alcance do Direito penal, por meio de uma previsão legal para as condutas criminosas.

Esta condição é a premissa máxima para o uso do Direito penal. O princípio da reserva legal, para a concepção de um sistema garantista, é fielmente descrito por Ferrajoli:

[...] o juiz não pode qualificar como delitos todos (ou somente) os fenômenos que considere imorais ou, em todo caso, mercedores de sanção, mas apenas (e todos) os que, independentemente de sua valoração, venham formalmente designados pela lei como pressupostos de uma pena. [...] o que confere relevância penal a um fenômeno não é a verdade, a justiça, a moral, nem a natureza, mas somente o que, com autoridade, diz a lei. E a lei não pode qualificar como penalmente relevante qualquer hipótese indeterminada de desvio, mas somente comportamentos empíricos determinados, identificados exatamente como tais e, por sua vez, aditados à culpabilidade de um sujeito. (FERRAJOLI, 2006, p.38)

A contribuição do Iluminismo no campo das justificativas filosóficas de punição também não pode ser subestimada. Voltaire (1694-1778), o barão de Montesquieu (1689-1755), Jeremy Bentham (1748-1832), entre outros, desafiaram as práticas penais de seus dias e as suas fundamentações no momento de definir a pena. Estes pensadores foram fortemente influenciados pela ideia de estabelecer uma consequência racional para o delito. A única razão para a punição é proteger a sociedade e os interesses individuais fundamentais pela prevenção da criminalidade futura, ao invés da irracional busca por vingança ou exibição do poder esmagador do rei.

Os pensadores Iluministas argumentaram que a punição só devia resultar de violações do direito, não de preceitos puramente religiosos, e que o crime deveria ser distinguido do simples pecado. A Filosofia Iluminista criticou fortemente o uso da pena por violações de cerimônia religiosa ou dogma.

Da mesma forma, também atacou as punições mais leves infligidas à aristocracia e as sentenças arbitrárias proferidas por juízes com critérios indefinidos, exigindo-se a motivação, ou mesmo uma espécie de dosimetria no momento de estabelecer a pena. Para ser eficaz, segundo os pensadores Iluministas, a definição da pena deveria ser rápida e não poderia ser arbitrária.

Este cenário foi durante muito tempo o grande argumento a favor do Direito penal para fins de legitimidade. No entanto, desde o surgimento da Filosofia Iluminista não se tem visto argumentos que são suficientes para fundamentar o modelo contemporâneo de Direito penal.

Pelo contrário, temos presenciado retrocessos em suas teorias, ocorrendo um distanciamento das bases Iluministas, que cedem lugar para a contemplação de um Direito penal voltado para a prática e para a solução de problemas sociais que nada tem a ver com a essência do próprio Direito penal.

Assim, a busca por uma legitimidade do Direito penal contemporâneo é deixada de lado em nome da urgência de respostas práticas, caracterizada pela ausência de alternativas que possam substituir o Direito penal.

O propósito deste artigo é colocar em evidência este distanciamento do Direito penal de suas raízes filosóficas, em um cenário caracterizado pela falsa ideia de que a práxis penal supera qualquer necessidade por busca de fundamentação. Este falso argumento é simplesmente uma consequência do simbolismo do Direito penal contemporâneo, que esconde sua verdadeira função nos nossos dias.

Neste cenário de crise, analisaremos ainda o fenômeno da Constitucionalização do Direito, que, em Direito penal, se apresenta como uma via de delimitação da validade e do sentido das normas penais, conferindo, assim, legitimidade pelo respeito aos princípios contidos na Constituição.

1. O DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO: da busca por legitimidade à necessidade de resposta prática

O grande argumento daqueles que ignoram a crise de legitimidade do Direito penal atual é o da falta de alternativas que possam substituí-lo

diante da necessidade de respostas para os problemas sociais. Para estes, a resposta no âmbito de práxis penal é muito mais importante do que a busca por ideias filosóficas que possam ser capazes de fundamentar os novos mecanismos que caracterizam o Direito penal de nossos dias.

O nosso Direito penal esgotou as bases modernas de fundamentação, sem, no entanto, abrir mão dos velhos argumentos no momento de tentar se justificar. “As tendências que caracterizam o Direito penal clássico caracterizam também sua nova versão, mas elas se desprenderam de seu contexto.” (HASSEMER, 2003, p. 249)

Na verdade, o que vemos é uma tentativa desesperadora de adequação do Direito penal aos problemas atuais da comunidade, em um movimento caracterizado pelo aumento do processo de criminalização e pelo aumento das penas cominadas.

O Direito penal atual não é sustentado em nome da preservação dos sistemas de garantias como forma de proteger interesses humanos fundamentais, mas sim pelo fato de supostamente ser o único instrumento capaz de garantir a ordem e a defesa da sociedade diante dos problemas atuais: ataques ao ambiente, violência, intolerância, drogas, corrupção, inversão de valores, informatização, terrorismo etc.

Neste aspecto, podemos delimitar as principais características do Direito penal contemporâneo: proteção de bens jurídicos abstratos, falsa prevenção, tipificações exageradas, arbitrariedade no exercício de poder, seletividade pela falta de capacidade operacional, uso dos velhos argumentos garantistas como tentativa de se justificar, renúncia à legalidade de importantes segmentos, prevenção e orientação para as consequências.

Não podemos negar que uma das questões mais controvertidas em matéria penal para o legislador de nosso tempo é a forma de superar a pressão da opinião pública por respostas em Política criminal, sem deixar evidente o caráter de impotência da lei penal para resolução de questões sociais. Esta questão é de especial relevância para a denúncia da crise do Direito penal contemporâneo, pois não há como negar, pela análise empírica dos acontecimentos, que os problemas sociais estão longe de ser resolvidos pela utilização da via punitiva.

Pressionado pela urgência de respostas em Política criminal, o legislador penal mergulha no abismo da criminalização desenfreada,

criando novos tipos penais sem qualquer relação com a tutela específica de bens jurídicos fundamentais.

Nessa gigantesca onda de criminalização, o legislador penal contemporâneo só mostra o tamanho da crise de legitimidade, pois aumenta a evidência do caráter simbólico do Direito penal atual, que é incapaz de cumprir aquilo que se propõe, ou seja, o próprio sistema penal, formado pelos órgãos judiciais e executivos, não é capaz de processar, julgar e executar os casos tipificados pelo Direito penal.

Neste sentido, o professor Zaffaroni já denunciava:

A disparidade entre o exercício de poder programado e a capacidade operativa dos órgãos é abissal, mas se por uma circunstância inconcebível este poder fosse incrementado a ponto de chegar a corresponder a todo o exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população. Se todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças etc. fossem concretamente criminalizadas, praticamente não haveria habitante que não fosse, por diversas vezes, criminalizado. (ZAFFARONI, 1991, p. 26)

Diante desta incapacidade operacional de cumprir fielmente o programa tipificado pelo Direito penal, os órgãos do sistema penal exercem o poder punitivo de forma arbitrária, deixando escapar uma série de condutas criminosas. A seletividade é, sem dúvida, uma das principais características da falta de legitimidade do Direito penal contemporâneo.

O legislador penal, ao inflacionar as hipóteses de condutas criminosas, só aumenta a atuação seletiva do sistema penal que, diante da impossibilidade concreta de efetivar o programa do Direito penal, escolhe as condutas que devem entrar para a contabilidade do sistema penal.

Neste processo seletivo para nutrir a falsa importância prática do Direito penal, as principais vítimas do poder punitivo são representadas por indivíduos que pertencem aos menores estratos sociais. Retomando a ideia da criminologia positivista, que considerava a criminalidade como sendo atributo de uma minoria de indivíduos socialmente perigosos (loucos, feios, negros, pobres etc.), a arbitrariedade do exercício de poder se dirige aos setores mais vulneráveis, deixando impune um grande setor representado principalmente pelos indivíduos dos estratos sociais

superiores. Os crimes políticos, de corrupção, *white collars* etc. representam muito bem este fenômeno.

Ainda sobre esta característica marcante, Zaffaroni assinala:

A seletividade estrutural do sistema penal, que só pode exercer seu poder repressivo legal em um número insignificante das hipóteses de intervenção planejadas, é a mais elementar demonstração da falsidade da legalidade processual proclamada pelo discurso jurídico-penal. Os órgãos executivos têm o “espaço legal” para exercer o poder repressivo sobre qualquer habitante, mas operam quando e contra quem decidem. (ZAFFARONI, 1991, p. 27)

Além do arbitrário uso do poder punitivo de forma seletiva, por meio da farsa da criminalização exagerada, o legislador ainda permite que o próprio Direito penal renuncie à legalidade, deixando espaço para uma atuação de poder ilegal por parte dos órgãos executivos. Em resumo, ocorre a criminalização do desnecessário, que representa uma reduzida parte da realidade.

Aproveitando-se da ideia garantista que confere um caráter fragmentário ao Direito penal, o legislador escolhe as condutas que supostamente seriam mais graves, ignorando importantes esferas que sofrem o controle social do órgão executivo, à margem de qualquer legalidade.

Assim, renunciando a inserção no programa normativo de importantes matérias, o legislador penal exclui de seu alcance as instituições manicomial, a tutela dos menores, dos anciões, o conteúdo das contravenções etc. O Direito penal possibilita um enorme espaço para o exercício de poder dos órgãos executivos que, além de ilegítimo, é ilegal, caracterizando-se pelo total desrespeito as supostas garantias concebidas pelo Direito penal.

A atuação ilegítima do nosso Direito penal conta, ainda, com a ajuda de um instrumento muito hábil e eficiente capaz de introduzir as ideologias necessárias para a manutenção do exercício de poder punitivo: a veiculação de assuntos penais por meio da mídia.

Os meios de comunicação representam um elemento essencial para a permanência de um Direito penal sem fundamentação filosófica. “Sem os meios de comunicação de massa, a experiência direta da realidade social permitiria que a população se desse conta da falácia dos discursos justificadores”. (ZAFFARONI, 1991, p. 128)

Esta influência da mídia é responsável pelo sentimento paradoxal de insegurança e justiça, que faz com que a sociedade vibre com a atuação dos órgãos policiais e com as notícias de violação de direitos em nome de uma necessidade de esclarecimento de condutas criminosas. A televisão nutre sua grade com programas policiais importados de outros países, introjetando de forma inconsciente a violência e a crença na capacidade operacional dos órgãos executivos. “O sentimento de falta de segurança da população em razão da simples dúvida quanto à ineficácia tutelar de todo este aparato é enorme, já que atinge um plano psicológico muito profundo.” (ZAFFARONI, 1991, p. 129)

A mídia evidencia os principais problemas sociais, defendendo a falsa premissa de que os órgãos executivos são capazes de resolver a criminalidade simplesmente pelo controle social e uso de poder. As câmeras se voltam para jovens delinquentes, para a crise das drogas, para o terror da violência urbana, para as mega operações dos órgãos policiais etc.

Os números acentuados na violência juvenil aumentaram a sensação de risco experimentado por aqueles que vivem e trabalham em áreas urbanas e contribuiu fortemente para a generalização do medo da criminalidade em geral. Este medo deriva, além do próprio problema em si, do sensacionalismo dos órgãos de comunicação. A ansiedade do público se estende além dos seus medos para segurança pessoal para incluir preocupações sobre uma ruptura irreparável do contrato social.

Talvez, muitos possam defender a utilidade do Direito penal contemporâneo, mas a sustentação desta ideia passa longe de ter como fundamento as premissas da Filosofia Iluminista. Somente um Estado em crise, diante de falhas estruturais no âmbito de educação, saúde, economia, política etc. pode encontrar no Direito penal as melhores ferramentas para resolver problemas sociais.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL: uma promessa de legitimidade para o penalismo de nossos dias

Paralelamente ao distanciamento do Direito penal contemporâneo de suas bases Iluministas, temos presenciado um fenômeno que se propõe a servir de fundamento para a atuação do poder de punir: a

Constitucionalização do Direito. Trata-se aqui de considerar a influência da força normativa das normas constitucionais em todo o sistema jurídico.

Os princípios e valores contidos na Constituição servem como fonte de sentido para a criação e interpretação das normas infraconstitucionais. O Direito, por este fenômeno, encontra seu fundamento de validade e legitimidade no respeito à Constituição. Os princípios constitucionais subordinam a atuação do legislador infraconstitucional e a interpretação do órgão judiciário, que passa a controlar a constitucionalidade das normas criadas.

Um sistema legal em regime constitucional deve ter consequências reais e palpáveis nos diversos ramos do Direito, especialmente no campo do Direito penal, já que esta é a forma mais agressiva que o Estado possui para ordenar o comportamento das pessoas. O uso do Direito penal com previsão constitucional exige o respeito a algumas limitações, especialmente porque o conjunto de princípios constitucionais penais retoma o modelo de garantias clássicas, que tem como elemento principal a legalidade.

Muitas constituições modernas contêm regras e princípios relativos ao Processo penal e Direito penal. Poderíamos até mesmo dizer que a própria ideia de uma Constituição foi concebida a partir dos conflitos sobre processo penal. A experiência da prisão arbitrária alvo de ataque da Filosofia Iluminista foi um dos momentos motivadores da regra geral de limitação do poder de punir consagrado em um documento público e escrito.

Um olhar mais atento ao fenômeno da Constitucionalização revela duas características gerais das normas constitucionais relativas ao Direito penal. Em um primeiro aspecto, as normas constitucionais têm um significado negativo, ou seja, proíbem o Estado de punir. Mesmo se elas contêm deveres do Estado como prender um determinado indivíduo, esses deveres são apenas parte de um direito negativo: ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita fundamentada de autoridade competente, ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória etc.

O segundo aspecto das normas constitucionais penais exige a criminalização por parte da lei infraconstitucional de determinadas condutas selecionadas pela Constituição: a discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, a prática do racismo, a tortura, o tráfico ilícito de drogas, o terrorismo e os crimes hediondos. A forma antes estava pressuposta como um fato, mas não apresentava qualquer obrigação positiva do Estado para a punição.

De acordo com este duplo aspecto, dentro do dever de proteger os direitos dos cidadãos contra as violações cometidas através do Direito penal, manifestado no uso do poder punitivo, está implicitamente incluído o argumento normativo que exige do Estado a função de monopolizar o direito original de punir, protegendo os direitos iguais dos cidadãos de acordo com uma lei geral, uma Constituição.

Esta mesma visão é compartilhada pelo professor constitucionalista Luis Roberto Barroso que, sobre o fenômeno no nosso país, assinala:

A Constituição tem impacto sobre a validade e a interpretação das normas de direito penal, bem como sobre a produção legislativa na matéria. Em primeiro lugar, pela previsão de um amplo catálogo de garantias, inserido no art. 5º. Além disso, o texto constitucional impõe ao legislador o dever de criminalizar determinadas condutas, assim como impede a criminalização de outras. Adicione-se a circunstância de que algumas tipificações previamente existentes são questionáveis à luz dos novos valores constitucionais ou da transformação dos costumes. (BARROSO, 2010, p. 378)

A lei geral concretizada pelas normas constitucionais se manifesta de acordo com a vontade razoável dos cidadãos. Parece que dentro desta perspectiva, ninguém poderia imaginar que o Direito penal possa servir para outro objetivo senão a concretização dos direitos individuais.

A aceitação de um Direito penal constitucional, como produto legítimo, exige ainda a presença de mais outras duas condições: a interpretação das normas penais de acordo com os princípios e regras da Constituição e um controle da constitucionalidade do Direito penal.

A interpretação das normas penais deixa de integrar apenas o universo da ciência penal e passa a fazer parte do campo constitucional. O sentido da norma infraconstitucional em matéria penal não é conferido simplesmente por uma teoria pura do delito, mas por uma teoria própria da Constituição.

Além de uma subordinação do sentido da norma infraconstitucional aos princípios e regras constitucionais, a própria interpretação das normas constitucionais em matéria de Direito penal deve respeitar os demais princípios e regras da Constituição. Assim, diante da dúvida no sentido de uma norma constitucional penal, a solução não deve ter como fundamento o Código penal, mas a própria Constituição, que é a fonte máxima para qualquer interpretação.

A outra condição para um Direito penal constitucional legítimo é a existência do controle da constitucionalidade em matéria penal. Para uma inovação legislativa que respeite os princípios constitucionais é necessário que se verifique a adequação das normas infraconstitucionais com a Constituição, verificando os requisitos de validade e conteúdo.

O controle de constitucionalidade das normas penais se apresenta como a garantia de cumprimento dos direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição, que servem como parâmetro de legitimidade. A verificação da compatibilidade das normas penais à Constituição é o meio de efetivação desta garantia.

É importante destacar que esta verificação não deve ser feita apenas pelo órgão responsável pela interpretação da Constituição, ou pelos órgãos judiciais ordinários, mas também pelo legislador no momento de editar a norma infraconstitucional. O controle deve, portanto, ser também preventivo, evitando uma inovação em matéria penal que desrespeite as normas constitucionais.

No nosso país a hipótese preventiva de controle de constitucionalidade refere-se às comissões de constituição e justiça, que desempenham a função de verificar a adequação dos projetos apresentados com a Constituição. Outra hipótese de controle preventivo “encontra-se na participação do chefe do Poder Executivo no processo legislativo. O Presidente da República poderá vetar o projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional por entendê-lo inconstitucional. É o chamado veto jurídico.” (MORAES, 2009, p. 707)

3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E TEORIA DOS BENS JURÍDICOS

O fenômeno da Constitucionalização do Direito penal interfere

também diretamente na premissa básica do sistema de garantias que é a noção de bem jurídico. Novamente, retomando os argumentos clássicos, temos a ideia de que o Direito penal não pode simplesmente interferir na liberdade do indivíduo sem uma justificação baseada na lesão específica de algum interesse humano fundamental.

A limitação, como garantia de utilidade do poder punitivo, deve ser baseada em uma produção de algum efeito lesivo a terceiros que, pela dimensão, merece a ação do Estado, pois a lesão ameaça a própria vida em comunidade e a existência do contrato social.

Uma teoria dos bens jurídicos procura estabelecer as premissas que servem de base para a escolha dos interesses fundamentais que precisam ser protegidos. Muitos defendem concepções que procuram estabelecer uma natureza ontológica para o bem jurídico; outros entendem que a proteção é baseada pela cultura de um determinado momento; e ainda muitos outros defendem que as justificativas para a tutela são meramente políticas.

Qualquer que seja a natureza do critério para a definição, é de comum consenso que os bens refletem os interesses mais importantes, fundamentais, e a lesão interfere diretamente no núcleo vital da comunidade, justificando, então, a proteção conferida pelo Estado, que deve utilizar o poder punitivo somente quando os outros meios não sejam suficientes para o objetivo de evitar a lesão e proteger o bem fundamental.

Pela teoria dos bens jurídicos, qualquer atuação do Estado sem este fim de tutela seria ilegítimo, pois estaria fora dos requisitos estipulados pelos princípios de necessidade e lesividade. Neste sentido temos que “justamente porque a intervenção punitiva é a técnica de controle social mais gravosamente lesiva da liberdade e da dignidade dos cidadãos, o princípio de necessidade exige que se recorra a ela somente como remédio extremo.” (FERRAJOLI, 2006, p. 427)

Merece destaque a tentativa da ciência penal em encontrar uma definição ontológica ou mesmo um fundamento objetivo para a definição de bem jurídico. Mesmo para aqueles que se utilizam do conceito comum de que o bem jurídico é um interesse fundamental, esta definição não diz muita coisa. Poderíamos, em um primeiro confronto, utilizar a pergunta “O que é um interesse fundamental?” para denunciar a deficiência desta ideia, pois não é muito difícil concluir que o critério para classificar um bem como fundamental é fruto da cultura de determinado povo.

Para Ferrajoli (2006), a ideia de bem jurídico não corresponde a uma concepção universal e mais parece estar relacionada com a própria evolução do conceito de delito, sofrendo, assim, várias mudanças ao longo da história. “Em sua origem-[...]- o objeto do delito tinha de ser necessariamente um direito subjetivo natural da pessoa [...]” (FERRAJOLI, 2006, p. 429).

Como postulado por Ferrajoli, o problema do bem jurídico nada mais é do que o problema dos efeitos penais, que são definidos de acordo com as finalidades do próprio Direito penal de determinada comunidade. Neste aspecto, parece muito mais que o conceito de bem jurídico está relacionado com os objetivos políticos do Estado do que com uma concepção universal de interesse indispensável e fundamental.

O fenômeno da Constitucionalização do direito parece retomar a concepção de defesa de algo fundamental, na medida que se propõe a definir os direitos e garantias fundamentais como base para a permissão do exercício do poder punitivo, conferindo aos bens jurídicos o caráter de condição para o uso da pena.

A própria Constituição, assim, seria capaz de definir os maiores valores do Estado que justificariam a existência de uma maior proteção pela via punitiva. Poderíamos ainda dizer que o bem jurídico seria um valor essencialmente constitucional.

Neste sentido, o professor Regis Prado afirma que “o conteúdo essencial desses direitos fundamentais - *limite dos limites* - “assinala uma fronteira que o legislador não pode ultrapassar, delimita um terreno que a lei limitadora não pode invadir sem incorrer em inconstitucionalidade.” (PRADO, 2011, p. 67) “Encontram-se [...] na norma constitucional, as linhas substanciais prioritárias para a incriminação ou não de condutas [...] Só assim a noção de bem jurídico pode desempenhar uma função verdadeiramente restritiva” (PRADO, 2011, p. 98). “[...] o legislador eleva à categoria de bem jurídico, o que na realidade social se mostra como um valor. Essa circunstância é intrínseca à norma constitucional, cuja virtude não é outra que a de retratar o que constitui os fundamentos os valores de uma determinada época.” (PRADO, 2011, p. 99)

Assim, é possível afirmar que a um Direito penal constitucional deveria ter como objetivo somente a tutela dos direitos e garantias fundamentais presentes na Constituição. Qualquer pretensão de punir

fora do alcance das normas constitucionais ocasionaria um exercício de poder inconstitucional e conseqüentemente sem legitimidade.

4. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E A TEORIA DOS FINS DA PENA

Além de estabelecer um critério para a definição de bem jurídico, a Constituição seria também capaz de justificar as finalidades para a imposição da consequência jurídica, retirando qualquer hipótese de uma teoria absoluta da pena. Para analisar este fenômeno é preciso fazer um breve relato da teoria dos fins da pena.

Diante de uma ação típica, ilícita e culpável, a lei penal estabelece uma consequência jurídica que pode ter sua justificativa baseada em diversas ideias, como a retribuição do mal, a utilidade de prevenir uma ação criminosa futura, ou, até mesmo, a lição (ensino) do que deve ser feito. Além disso, o grau de perigo representado pelo indivíduo também pode servir de justificativa para se estabelecer uma consequência para o delito.

Não queremos aqui realizar qualquer tipo de exercício filosófico, ou expor as diversas antropologias que procuram estabelecer os fundamentos do direito de punir; o nosso objetivo neste artigo não é o de questionar as diversas filosofias da lei penal no momento de definir o destino do criminoso, mas é nossa tarefa compreender os critérios que podem nortear a sanção para o indivíduo em um estado constitucional.

Aqui, é importante mencionar, que entendemos a “teoria dos fins da pena” como um conjunto de antropologias que busca justificar a consequência jurídica para o crime. É óbvio que uma teoria da pena não seja muito diferente do que uma teoria do próprio direito penal.

Porém, para fins didáticos, visualizamos a teoria dos fins da pena como um campo do direito penal onde se busca as justificativas para a escolha da consequência do crime. É nesta seara que entendemos ser possível reunir, de forma didática, todas as correntes de pensadores que se dedicaram à filosofia da punibilidade.

Vale dizer que a ciência penal tem se empenhado bastante nesta busca por elementos que possam justificar a escolha punitiva, sendo comum a ideia de que a sanção estatal não pode ser algo carente de fundamentos. De todo modo, a filosofia jurídica está bastante ocupada

com este serviço, nos restando aqui somente a tentativa de tomar emprestado algumas conclusões e adaptá-las ao problema do nosso artigo.

Assim, poderíamos dizer que o resultado desta empreitada filosófica no campo de justificação da pena possibilitou o desenvolvimento de duas correntes de argumentos justificadores.

A primeira corrente agrupa as teorias absolutas, que concebem a pena justificada por seu valor axiológico intrínseco. São todos os pensamentos que defendem a ideia da pena como um fim em si mesmo, sendo que a sua legitimidade não está condicionada a qualquer outro fim que não seja o punitivo; a pena é encarada como uma retribuição. É a lógica do retribucionismo ético de Kant, ou mesmo, o legalista de Hegel. Aqui, a pena deve ser a consequência natural para o criminoso, não podendo ser utilizada para qualquer outro fim.

Para Kant, o homem nunca poderia ser usado como meio senão para si mesmo. Nem sequer permite que pena seja utilizada para melhorar o delinquente. Assim, a pena seria sempre vista como um fim em si mesmo, justificada pela simples violação da norma penal.

Deste modo, para os defensores da teoria absoluta qualquer tentativa de justificar a pena por outros fins seria um atentado aos direitos do criminoso, pois este nunca deve ser usado para o alcance de objetivos sociais. A pena se justificaria, em termos jurídicos ou metafísicos, como queiram, simplesmente pela retribuição.

Por outro lado, a segunda corrente de pensamento agrupa as teorias relativas de justificação da pena, que desenvolvem conceitos utilitários da prevenção de futuros crimes. Podemos ainda lembrar a célebre distinção de Sêneca, trazida por Ferrajoli, acerca das argumentações justificadoras da pena “os fundamentos absolutos ou retributivos são *quia peccatum*, ou seja, miram o passado, e os relativos ou de prevenção são *ne peccetur*, isto é, visam o futuro”. (FERRAJOLI, 2006, p. 236)

Para os adeptos da corrente relativa, o principal fundamento da pena, e por isso deve ser a finalidade, é o de prevenir a prática futura de ações criminosas. A ideia aqui é de que a pena seria capaz de imprimir um temor ao criminoso que poderia afastá-lo de possíveis crimes no futuro.

Por outro lado, essa prevenção pode ser destinada a todos os cidadãos (prevenção geral), ou a pessoa do criminoso (prevenção especial). Neste sentido, o professor Regis Prado nos diz:

Em resumo, a prevenção geral tem como destinatária a totalidade dos indivíduos que integram a sociedade, e se orienta para o futuro, com o escopo de evitar a prática de delitos por qualquer integrante do corpo social. É a denominada prevenção geral intimidatória, que teve clara formulação em Feurbach (teoria da coação psicológica), segundo a qual a pena previne a prática de delitos porque intimida ou coage psicologicamente seus destinatários. Como doutrina utilitarista, refuta as bases metafísicas da teoria retributiva, e, nesse sentido, representa um avanço. (PRADO, 2011, p. 504)

Assim, enquanto a prevenção geral se dirige indistintamente à totalidade dos indivíduos integrantes da sociedade, a prevenção especial direciona atenção ao criminoso em si, individualmente considerado. A meta da prevenção especial é perseguida pela possibilidade de internalização do temor gerado pelo castigo, que intimida o criminoso, bem como pela possibilidade de ressocialização.

Entendemos que o grande mérito da prevenção especial é a ideia de busca por uma função social da pena, que deixa de ser encarada somente como um castigo necessário independente de qualquer fim; a pena seria legítima quando cumprisse uma tarefa social, um efeito no combate à reincidência criminal.

Deste modo, a aceitação da legitimidade de um Direito penal constitucional não pode estar associada com a ideia trazida por uma teoria absoluta. O fim da pena deve ser o mesmo fim que a Constituição persegue em matéria penal que é o de evitar a lesão aos bens jurídicos constitucionais, representados, como vimos, pelos direitos e garantias fundamentais presentes na Constituição.

Mesmo com esta ideia, muitos defendem um caráter ressocializador, ou mesmo disciplinar para a pena, desvinculando-a de sua função meramente constitucional. Uma interpretação constitucional não pode ser feita no sentido de se defender um caráter educativo para pena como falso argumento de sua legitimidade.

Em nosso país, a Constituição de 88 garante a aplicação da pena como forma de proteção aos direitos fundamentais, desde que sejam respeitadas algumas condições, também relacionadas com as garantias individuais. É assim que não pode haver pena sem uma lei prévia que a estabeleça, nos moldes do clássico princípio da reserva legal; a pena não

pode passar da pessoa do condenado, e ainda possuindo um caráter exclusivamente individual que deve ser definido pela norma penal; não pode haver pena de morte, cruel ou de caráter perpétuo, nem mesmo a pena de banimento ou que estabeleça qualquer tipo de trabalho forçado.

São estes os princípios e regras que deve orientar o legislador penal no momento de criar a norma infraconstitucional, e servir como base para o órgão judicial no momento de fixar a pena. Qualquer argumento em nome de um caráter disciplinador por meio da via punitiva não passa de uma tentativa de resposta falsa para a solução de problemas em Política criminal.

5. O SIMBOLISMO DO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO QUE DESAFIA A CONSTITUCIONALIZAÇÃO

Mesmo considerando que o fenômeno da Constitucionalização se ofereça como uma alternativa, ou mesmo, como o único caminho para suprir a lacuna da legitimidade do Direito penal contemporâneo, entendemos que as dificuldades para um Direito penal constitucional são as mesmas encontradas por aqueles que ainda enxergam, nos dias de hoje, um Direito penal Iluminista.

A maioria das cláusulas constitucionais em matéria penal é resultado do pensamento filosófico Iluminista que foi incorporado pela Carta de 88 com fins de redemocratização. É mais do que natural imaginar que o legislador constituinte fosse buscar na fonte das ideias iluministas os princípios formadores de um sistema constitucional de garantias individuais.

Assim, da mesma forma que o Direito penal clássico é explicitamente deixado de lado, um Direito penal como fruto de um fenômeno de constitucionalização fica seriamente ameaçado como meio de legitimidade. Nos nossos dias, essa barreira para a concretização da Constituição em matéria penal decorre de outro fenômeno.

O desvio de foco de atenção para as respostas em Política criminal, o excessivo número de tipificações, a seletividade, o sentimento de impunidade etc. são apenas traços específicos que denunciam uma marca mais ampla que caracteriza o Direito penal atual que é o

simbolismo. O nosso Direito penal é puramente simbólico no que diz respeito aos objetivos, tutela dos bens jurídicos, fins da pena, meio de garantia de direitos fundamentais etc.

Existe um enorme abismo entre os argumentos capazes de legitimar o Direito penal e a forma como ele é concebido na prática. O que vemos é o uso do poder punitivo sem qualquer compromisso com os elementos garantistas, voltado exclusivamente para a necessidade de eliminar os problemas sociais como a falta de segurança, a violência, drogas, corrupção etc.

O professor Winfried Hassemer se dedicou ao esforço de encontrar uma definição capaz de expressar o simbolismo da legislação penal:

[...] trata-se de uma oposição entre “real” e “aparente”, entre “manifesto” e “latente”, entre “realmente pretendido” e “realmente realizado”, e trata-se, sempre, dos efeitos reais das leis penais. “Simbólico” associa-se a “ilusório”, em sentido transitivo e reflexivo. (HASSEMER, 2008, p. 217)

Não é de se estranhar que, pelo quadro de crise de legitimidade, o nosso Direito penal esconde-se no simbolismo que impede a percepção dos reais objetivos da lei penal. Quando denunciarmos o afastamento do atual Direito penal dos valores garantistas, desenvolvidos pela Filosofia do Iluminismo, não estamos querendo dizer que este sistema de garantias não seja mais utilizado pelo Direito penal contemporâneo.

Pelo contrário, a defesa de direitos individuais e a tutela de bens jurídicos fundamentais são os falsos argumentos de que se utiliza o legislador penal para a renúncia da legalidade, ou mesmo para promover o aumento exagerado nas hipóteses de crime.

Valendo-se deste falso argumento, o legislador penal apresenta suas respostas para os problemas sociais, pautadas em um deficiente plano de Política criminal, que tem como justificativa a falsa ideia de que o Direito penal é capaz de solucionar a crise social.

O simbolismo aqui tratado tem muito a ver com a perversão do Direito penal apontada por Zaffaroni (1991), pois, em nome de falsas esperanças, é possível realizar a verdadeira função de controle social para a concretização de objetivos elitistas. O Direito penal contemporâneo mascara-se com a ideia garantista para permitir o verdadeiro exercício de poder dos órgãos do sistema penal.

O aparente aqui se relaciona com a defesa de garantias constitucionais, enquanto que o real está relacionado com a função de controle social e com uma deficiente resposta em forma de Política criminal. “O Direito penal deixa sua modesta casinha de paz liberal, onde se contentava com o asseguramento do “mínimo ético”, para se converter num poderoso instrumento de domínio das grandes perturbações, sociais ou estatais.” (HASSEMER, 2008, p. 227) Ou ainda “a aceitação do discurso jurídico-penal pelos juristas, no limitado âmbito de seu órgão judiciário, produz efeitos reais, embora seja falso o discurso [...]” (ZAFFARONI, 1991, p. 30)

O simbolismo é tão evidente nos nossos dias, que chegamos ao ponto de ignorar completamente a busca pela tutela específica de interesses fundamentais, em um movimento que procura promover a tipificação exagerada de crimes de perigo abstrato. Em nosso país, esta característica é evidente quando, por exemplo, o legislador, pressionado pela reclamação pública a respeito do grande número de mortes no trânsito, tipifica a conduta daquele que dirige embriagado, sem qualquer relação com a causação do suposto dano específico em relação à vida.

O mesmo legislador que proíbe o uso do álcool, em outro momento, quando pressionado por empresas estrangeiras, libera a bebida nos estádios de futebol, esquecendo totalmente do efeito que isto pode ter com o mesmo bem que ele supostamente tentou proteger com a Lei seca.

Entendemos que a proliferação dos crimes de perigo abstrato exemplifica muito bem o simbolismo do nosso Direito penal. Eles criam uma falsa sensação de resposta prática em Política criminal, pois superam a clássica relação entre a conduta e o bem jurídico lesado. O Direito penal não chega mais atrasado, pois passa a atuar a nível abstrato. Isto representa um ataque a proposta da Constitucionalização do direito, pois o Direito penal deixa de ser a *ultima ratio*, para se voltar aos perigos que nem sabemos onde se encontram.

CONCLUSÃO

O nosso Direito penal está longe de realizar o programa proposto pelo fenômeno da Constitucionalização do direito, enquanto houver a defesa da ideia de que o poder punitivo pode ser utilizado como resposta

para os problemas sociais. Qualquer Política criminal que parta deste pressuposto, está atacando frontalmente as garantias constitucionais.

Cremos que o motivo da violência, da corrupção, do terrorismo etc. não está relacionado com as propostas do Direito penal. Enquanto existir a permanência de alguns mitos como o da ressocialização, ou de uma educação punitiva, estaremos longe de conferir legitimidade por um respeito à Constituição. Em nossa cultura, se de fato, a intervenção punitiva servisse para a melhora do criminoso, com certeza, ela não seria utilizada.

Enquanto não houver a retomada das premissas que construíram o Direito penal moderno, com o único fim de proteção de direitos individuais, não poderemos vivenciar o processo de Constitucionalização. É preciso ocorrer justamente o contrário do que vemos nos dias de hoje: o Direito penal precisa se distanciar dos problemas práticos da sociedade, e não de seus fundamentos filosóficos. Não pode ser utilizado como falsa justificativa para o desenvolvimento de falsas ações em Política criminal. O Direito penal não poder ser a desculpa para os retrocessos de um povo.

Com todo o respeito à máxima de Radbruch¹, mas precisamos sim de um Direito penal melhor. Talvez, com a desculpa da redundância, o Direito penal só precisa voltar a ser Direito penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

¹ Muitos defensores da chamada Justiça Restaurativa citam a frase do saudoso professor de Direito alemão Gustav Radbruch que dizia: “Não precisamos fazer do Direito penal algo melhor, mas sim que fazer algo melhor que o Direito penal”.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro** - Parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO MODERNO: matriz, conteúdo, gerações, dimensões, efeitos e limites

Alexandre Albagli Oliveira

Promotor de Justiça do MP/SE;

Autor do romance Estrada de Luz - A História de Brasileiro de Deus; Professor da ESMP e da ESAJ; Especialista em Direito Processual Civil pela FANESE; Mestrando em Direito pela UFS.

Sumário: 1. Considerações preliminares sobre direitos fundamentais. Desenho histórico. Matriz ideológica e constitucional. 2. Conteúdo, gerações e dimensões dos direitos fundamentais. 3. Efeitos e limites dos direitos fundamentais. 4. Conclusão.

Resumo: Os direitos fundamentais passaram a ser sistematizados com o início do pós-positivismo, após a falência da corrente jusnaturalista e do fracasso do positivismo. Surgiu, assim, a teoria dos direitos fundamentais, desenvolvida sob a égide da dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais são direitos presentes no texto constitucional, com forte conotação ideológica, principiológica e ética. Em um sistema de valores e escolhas como o nosso, herança da Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais funcionam como direitos subjetivos e como vetores que legitimam todo ordenamento jurídico, irradiando-se por ele. Assim sendo, o estudo de seu conteúdo e de suas dimensões, gerações, efeitos e limites contribui sobremaneira para a compreensão do tema.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; correntes filosóficas; desenho histórico; sistematização; matriz ideológica e constitucional; conteúdo, gerações, dimensões, efeitos e limites.

Abstract: The fundamental rights became systematized with the onset of post-positivism, after the failure of the current failure of natural law and positivism. It appeared, therefore, the theory of fundamental rights, developed under the aegis of human dignity. Fundamental rights are constitutional rights in the text, with a strong ideological connotation, principled and ethical. In a system of values and how our choices, a legacy of the 1988 Federal Constitution, fundamental rights act as legal rights and legitimate as vectors that all laws, radiating through it. Thus, the study of its contents and its dimensions, generations, effects and limits contributes greatly to the understanding of the subject.

Key Words: Fundamental rights, philosophical, historical design, systematization, and constitutional ideological matrix, content generation, size, effects and limits.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS. DESENHO HISTÓRICO. MATRIZ IDEOLÓGICA E CONSTITUCIONAL

Os **direitos fundamentais** tiveram relativa sistematização nas últimas décadas. Não se trata, como veremos, de fetiche legislativo ou doutrinário, mas de conquista alicerçada no desenvolvimento histórico e racional do homem.

Os direitos fundamentais acabaram por concretizar um ideal (pós) positivista, cultural, político, sociológico, jurídico, filosófico e humanista do homem, na formação de seu ambiente social. Trata-se de uma verdadeira ideologia que foi perseguida e construída ao longo dos anos, entre acertos e desacertos, e que acabou por se solidificar nas barras do constitucionalismo moderno.

Contudo, para se entender esse processo de consolidação, é necessário revisitar as concepções filosóficas jusnaturalistas e positivistas do passado, que acabaram por contribuir para o surgimento do pós-positivismo moderno e para a ideologização dos direitos fundamentais.

Pois bem. O jusnaturalismo surgiu na Grécia antiga e vigorou por longos anos, até começar a se deteriorar no fim da Idade Média, com a queda de Constantinopla, em 1453. No século XVI, o jusnaturalismo perdeu força, tendo em vista que boa parte dos direitos (concebidos como) naturais se encontravam documentados (positivados).

Na Idade Antiga, até a queda de Roma, em 476 DC, os doutrinadores não apresentam indícios da discussão sobre a existência e relevância de direitos fundamentais. Há manifestações pontuais documentadas a partir da Idade Média, podendo-se citar, a título de exemplo, o art. 39 da Magna Carta de João Sem Terra, de 1215², expressão clara do princípio constitucional (valor) do devido processo legal.

Na essência, o jusnaturalismo pregava a existência de um direito natural, independente de textos escritos e independente da intervenção

² “Nenhum homem livre será preso, encarcerado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora da lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra”.

estatal. Esta característica tornava esta corrente filosófica mais maleável às naturais (com o perdão do trocadilho) transformações humanas. A existência de “regras” baseadas em direitos naturais era o mais correto sob o ponto de vista da justiça e da moral.

Havia, assim, uma valorização da “ética superior”³, que pautava as relações humanas, sem a necessidade da positivação de direitos.

O jusnaturalismo vigorou baseado na visão romântica, mas nem de toda errada, de que existe um conjunto legítimo de valores humanos que não decorrem de norma (na verdade, regra) escrita, mas sim de um verdadeiro direito natural. Este modelo, como visto, norteou boa parte dos pensadores antigos e só perdeu força a partir do século XVI, quando o fenômeno da positivação havia contaminado boa parte do mundo.

Talvez o grande mérito da corrente jusnaturalista foi reconhecer, como fez, a existência de direitos (valores) que se confundem com a própria existência humana, e que, por isto mesmo, são, até certo ponto, indialogáveis, intransigíveis e inegociáveis.

Contudo, com o passar dos anos e com as conquistas históricas da humanidade, houve inegável modificação nas relações entre os povos, não só dentro de seu espectro social, mas também na confraternização com outros povos. Isto, por si só, estimularia a mudança de paradigmas filosóficos, que acabaram por decretar, ainda que timidamente, a falência da corrente filosófica jusnaturalista.

Enfim, com a positivação de boa parte dos direitos reconhecidos como naturais⁴, o jusnaturalismo acabou sendo substituído pela corrente

³ Segundo Barroso (2010, p 235), “O termo ‘jusnaturalismo’ identifica uma das principais correntes filosóficas que tem acompanhado o Direito ao longo dos séculos, fundada na existência de um *direito natural*. Sua ideia básica consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal”.

⁴ Essa positivação de parte dos direitos havidos como naturais era até mesmo intuitiva. Barroso (2010, p. 238), sobre o tema, ensina que “No início do século XIX, os direitos naturais, cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, haviam se incorporado de forma generalizada nos ordenamentos positivos. Já não traziam a revolução, mas a conservação. Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX”.

positivista, que buscava determinado rigor científico. O direito passou a ser emanado do Estado, com força coativa. A teologia passou a ser substituída pela razão⁵. Há, assim, uma identificação do Direito com a lei, verdadeiro ideário da Escola da Exegese, surgida na França, no século XIX. Visando fins didáticos, Barroso (2010, p. 240) enumera as **principais características do positivismo jurídico**: 1) aproximação entre Direito e norma; 2) estabilidade do Direito; 3) completude do ordenamento jurídico; e 4) formalismo.

O positivismo passou, então, a substituir a filosofia da naturalização dos direitos por sua normatização estatal. Surgiu, assim, a “filosofia dos juristas”, em contradição à teologia venerada pelo jusnaturalismo. O positivismo jurídico marcou-se pela separação entre o Direito e a moral, uma vez que, para os positivistas, importava o conteúdo da lei, e não as percepções morais do intérprete.

Talvez o grande mérito da corrente positivista foi conceber a necessidade de positivação de direitos, em uma sociedade cada dia mais plural. Mas seu equívoco mais eloquente foi o culto desenfreado ao *legalismo*, ao *literalismo*, como se a simples existência de uma lei fosse solução para todos os males.

Este fetiche legislativo acabou contribuindo para o surgimento de regimes autoritários, mas nem por isto “ilegais”⁶, como o fascismo e o nazismo. Contudo, a queda de tais regimes autoritários acabou antecipando a decadência do positivismo jurídico, que se notabilizou pela concepção equivocada de que a “justiça” se encontrava nas leis.

Com o declínio do positivismo jurídico, após a segunda guerra mundial, o mundo viu surgir o pós-positivismo⁷, baseado na noção de uma

⁵ Dimoulis e Martins (2011, p. 28) criticam esse racionalismo. De acordo com os citados doutrinadores, “O constitucionalismo francês do século XVIII inseriu, além de inegáveis avanços em racionalidade, um novo elemento à filosofia, política: a hipocrisia. De fato, é difícil conceber que os autores estavam convencidos do caráter puramente racional e não político-ideológico de suas obras”.

⁶ Novelino (2011, p. 203) questiona: “O que fazer diante das normas formalmente validadas, mas extremamente injustas?”.

⁷ “O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais.” (BRANCO, BARROS e PAMPLONA FILHO, 2012).

“justiça” existente além dos textos legais e de uma teoria dos direitos fundamentais⁸. O pós-positivismo centrou-se em questões como a normatividade dos princípios e a força da argumentação jurídica. Formatou-se um verdadeiro *sistema de valores*. Melhor dizendo, “Na visão pós-positivista a normatividade dos princípios e a centralidade da argumentação jurídica alteram a relação entre as esferas do direito e da moral⁹ que passam a ser pensadas de forma articulada.” (NOVELINO, 2011, p. 205).

Marmelstein (2011, p. 11, grifou-se) assim sintetiza:

Tudo levaria a crer que o desprestígio do positivismo faria renascer as doutrinas baseadas no direito natural: se o direito positivo não suficiente para garantir o justo e evitar a legalização do mal, o direito natural seria a solução. Mas não foi assim. Na verdade, o que houve foi uma releitura ou reformulação do direito positivo clássico. Ao invés de se pensar um direito acima do direito estatal (direito natural), trouxeram-se os valores, especialmente o valor da dignidade da pessoa humana, para dentro do direito positivo, colocando-os no topo da hierarquia normativa, protegidos de maiorias eventuais. **O direito natural, na verdade, positivou-se.**

Assim sendo, vê-se de que forma surgiu a teoria dos direitos fundamentais, em um ambiente filosófico preocupado com ideais de justiça que não se confundiam nem se encerravam com textos legais escritos, amorfos, sem vida, estéreis, os quais necessitavam da atividade interpretativa do jurista/operador do direito.

Enfim, além da literalidade dos textos legais, baseados em regras, aperfeiçoou-se a doutrina da força normativa dos princípios. A norma agora não é mais apenas um produto interpretativo de regras, mas sim também de princípios. Este *sistema de valores* foi concebido para que a norma pudesse conter “uma forte ideologia” (MARMELESTEIN, 2011, p. 12).

Surgiu, assim, uma **teoria dos direitos fundamentais**, baseada nas seguintes premissas, conforme Marmelstein (2011, p. 13):

⁸ De acordo com Barroso (2010, p. 249 e 250), “o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana”.

⁹ Ao se referirem à sociedade moderna, Netto e Scotti (2011, p. 89/90) afirmam que “No campo normativo, moral, Direito e política se diferenciam, passam a cumprir funções específicas, que não mais se confundem, e que, por isso mesmo, podem prestar-se serviços mútuos, pois conquanto diferenciadas guardam entre si, como veremos, uma relação de complementariedade”.

(a) crítica ao legalismo e ao formalismo jurídico; (b) defesa da positivação constitucional dos valores éticos; (c) crença na força normativa da Constituição, inclusive nos seus princípios, ainda que potencialmente contraditórios; (d) compromisso com os valores constitucionais, especialmente com a dignidade humana.

Os direitos fundamentais surgiram, assim, como “direitos humanos” ou “direitos do homem”¹⁰, expressões que lhe foram dirigidas. Outras designações foram formuladas: direitos público subjetivos, liberdades fundamentais, etc. Contudo, não obstante alguma vacilação¹¹ quanto à nomenclatura, o certo é que os direitos

¹⁰ Conforme Pessoa (2009, p. 16), “Sarlet (2006, p. 35-37) estabelece distinção entre ‘direitos fundamentais’, ‘direitos humanos’ e ‘direitos do homem’. Segundo o autor, o termo direito fundamental se aplica àqueles direitos do ser humano reconhecidos na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, enquanto a expressão ‘direitos humanos’ é empregada nos documentos de direito internacional, por referir-se às posições jurídicas atribuídas ao ser humano como tal, independente de sua vinculação a determinado Estado. Já a expressão ‘direitos do homem’ é, para o autor, marcadamente jusnaturalista, vinda de uma fase que precedeu o reconhecimento dos direitos no âmbito do direito positivo interno e internacional”. No mesmo sentido, Canotilho (1941, p. 393): “As expressões ‘direitos do homem’ e ‘direitos fundamentais’ são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”. Novelino (2011, p. 383 e 384), por sua vez, sintetiza dizendo que “Enquanto os direitos humanos se encontram consagrados nos tratados e convenções internacionais (plano internacional), os direitos fundamentais são os direitos humanos consagrados e positivados na Constituição de cada país (plano interno), podendo o seu conteúdo e conformação variar de Estado para Estado”.

¹¹ Alexy, por exemplo, adota o critério formal de positivação pré-estabelecida. Vide, a propósito, as lições de Branco, Barros e Pamplona Filho (2012): “Já Robert Alexy recorre ao positivismo para determinar o que sejam normas de direito fundamental, trazendo uma resposta compatível com a coerência interna da Constituição alemã: é fundamental a norma prevista em critério formal, que corresponde a um critério de positivação pré-estabelecido. Logo, a definição primeira do que seja direito fundamental cabe muito mais a uma atuação política e não meramente interpretativa de um determinado conteúdo. Isto não implica que Alexy propugne ser este sistema de direitos fundamentais um sistema fechado. Ao revés, defende a existência de normas não diretamente enunciadas pela Constituição com conteúdo fundamental, que nomeia como ‘normas de direito fundamental atribuídas’. Assim, para este autor, existem dois grupos de normas de direitos fundamentais: as estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e as atribuídas”.

fundamentais são direitos do ser humano, com assento constitucional. Os direitos humanos, por seu turno, são os direitos fundamentais designados internacionalmente (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 36).

Não obstante, como visto, ser consolidação do (superado) jusnaturalismo e do fracasso político-ideológico do positivismo jurídico, os direitos fundamentais começaram a ser discutidos no final do século XVIII, na França, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789¹². A Revolução Francesa, que deu origem à Idade Contemporânea, notabilizou-se pela valorização da tríade *liberdade, fraternidade e igualdade*, valores estes que acabaram por influenciar os sistemas jurídicos modernos e, de resto, e não menos importante, acabaram por alicerçar a formatação da teoria dos direitos fundamentais, direitos estes positivados, mas fortemente marcados pela *historicidade, politicidade e ideologização*.

A fundamentação filosófico-jurídica dos direitos humanos pode ser sintetizada nas lições de Pessoa (2009, p. 19/20):

Conforme lição de Tabeñas (1992, p. 52), a fundamentação filosófico-jurídica dos direitos humanos pode ser dividida em três vertentes principais: a) a fundamentação jusnaturalista, que consiste na consideração dos direitos humanos como direitos naturais; b) a fundamentação historicista-positivista, que considera os direitos humanos como pretensão historicamente atingidas pela vontade coletiva e consolidadas em normas positivas; c) a fundamentação ética, que considera os direitos humanos como direitos morais.

Enfim, os direitos fundamentais se formataram, com maior rigor científico, com o surgimento do pós-positivismo, que teve início na segunda metade do século XX, após o fim da segunda guerra mundial e o declínio dos regimes fascista e nazista na Itália e na Alemanha.

2. CONTEÚDO, GERAÇÕES E DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

¹² Bobbio (2004, p. 79) demonstra, em poucas palavras, a importância desse acontecimento histórico: “Os testemunhos da época e os historiadores estão de acordo em considerar que esse ato representou um daqueles momentos decisivos, pelo menos simbolicamente, que assinalam um fim de uma época e o início de outra, e, portanto, indicam uma virada na história do gênero humano”.

Os direitos fundamentais, como visto, foram concebidos a partir de longo processo histórico de cultivação a valores mínimos, necessários para a vivência e a própria convivência humanas. Não se trata, assim, de fetichismo histórico ou cultural, mas decorrência lógica da própria evolução social e do amadurecimento das instituições.

De acordo com Branco, Barros e Pamplona Filho (2012), os direitos fundamentais “são enxergados não como valores universais e atemporais, advindos de uma razão natural, mas sim como frutos de uma construção de origem histórico-cultural, baseando-se nos valores expressos através dos princípios.”¹³ Dimoulis e Martins (2011, p. 49), na mesma esteira, conceituam direitos fundamentais como “direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.” E Marmelstein (2011, p. 20), por sua vez, os define como “normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivados no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito”, que, frise-se, “por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico”.

Com o passar dos anos, de séculos, melhor dizendo, universalizaram-se alguns valores tidos e concebidos como inegociáveis sob o prisma da própria existência humana. Nesse andar, a partir da tríade que impulsionou a Revolução Francesa de 1789, dando marco histórico ao surgimento da Idade Contemporânea, que se alonga até os dias atuais, notabilizou-se a necessidade de consolidação de valores substanciais para o homem, como a *liberdade*, a *igualdade* e a *fraternidade*.

Este sistema de direitos *fundamentais* deu-se por evolução histórica e por escolha ideológica (***sistema de escolhas***) que se aperfeiçoou com as experiências, vitoriosas e fracassadas, do passado. Os direitos fundamentais não se originaram como homenagem a um verbete, pela pompa do nome, ou como subterfúgio de concepções românticas. Não

¹³ Britto (2003, p. 168) ensina que “as normas principiológicas não consubstanciam meios ou providências (estado-pontual-de-coisas), propriamente, para o alcance de valores. Elas são esses valores mesmos”.

é, nem pretendeu ser, ideologia pagã, verdadeiro estelionato histórico. É, antes, como visto, um sistema jurídico-constitucional de desenvolvimentos humano, histórico e cultural, marcados pela escolha ideológica de valores como o *humanismo*, a *democracia*, a *vida*, a *liberdade*, etc.¹⁴ Não é muito lembrar que “O Direito, enquanto fato cultural, é criado pelo homem como um meio para a realização de valores, tais como a justiça, a segurança, a igualdade, a liberdade, a dignidade, a moralidade, entre muitos outros.” (NOVELINO, 2011, p. 208).

Um direito para ser *fundamental*, assim, como o próprio nome sugere, deve servir de fundamento para algo. E que “algo” é este? São, justamente, aqueles *valores* que servem de *fundamento* para uma sociedade. Não esqueçamos que um direito fundamental é um direito não só importante, mas imprescindível; não é só necessário, mas fundamental¹⁵. É um direito que não se finaliza em si mesmo, mas que acaba por **irradiar** e **legitimar** o ordenamento jurídico como um todo¹⁶.

Observe-se que “O fundamento de direitos - dos quais se sabe apenas que são condições para a realização de valores últimos - é o apelo a esses valores últimos. Mas os valores últimos, por sua vez, não se justificam; o que se faz é assumi-los.” (BOBBIO, 2004, p. 18). No caso dos direitos fundamentais, direitos que são, trabalha-se com *valores*, que revelam um “direito que se tem” e um “direito que se gostaria de ter”.

Consigne-se, ainda, que os direitos fundamentais possuem um

¹⁴ Observe-se que esse sistema de valores, verdadeiro sistema de escolhas, é umas das características marcantes da teoria dos direitos fundamentais. Marmelstein (2011, p. 364) ensina que “A dimensão objetiva dos direitos fundamentais nada mais é do que a capacidade que esses direitos possuem de irradiar pelos diversos ramos do ordenamento jurídico, como manifestação da ‘ordem de valores’ que eles representam”.

¹⁵ Essa observação pode ser comprovada, por exemplo, pela simples leitura do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

¹⁶ Bobbio (2004, p. 15) defende que “O problema do fundamento de um direito apresenta-se diferentemente conforme se trate de buscar o fundamento de um direito que se tem ou de um direito que se gostaria de ter. No primeiro caso, investigo no ordenamento jurídico positivo, do qual faço parte como titular de direitos e de deveres, se há uma norma válida que o reconheça e qual é essa norma; no segundo caso, tentarei buscar boas razões para defender a legitimidade do direito em questão e para convencer o maior número possível de pessoas (sobretudo as que detêm o poder direto ou indireto de produzir normas válidas naquele ordenamento) a reconhecê-la”.

conteúdo ético (material) e um **conteúdo normativo** (formal). Este conteúdo material tem base axiológica na dignidade da pessoa humana, que é fundamento da República (art. 1º, inc. III, da Constituição Federal). Assim, um direito fundamental tem um aspecto material (*valor*) e um aspecto formal (*positivação*). Contudo, quanto ao segundo - aspecto formal, deve-se considerar que não é todo valor individualmente eleito que é fundamental. O valor *religiosidade* pode ser fundamental em minha vida, mas não na vida de minha sociedade ou de meus colegas. Dessa forma, “somente são direitos fundamentais aqueles valores que o povo (leia-se: o poder constituinte) formalmente reconheceu como merecedores de uma proteção normativa especial, ainda que implicitamente.” (MARMELSTEIN, 2011, p. 19).

Assim sendo, os direitos fundamentais têm um conteúdo *ético*, um conteúdo *normativo* e podem ser reconhecidos constitucionalmente, ainda que de forma implícita.

Quanto à determinação do **conteúdo essencial** dos direitos fundamentais, Novellino (2011, p. 394) apresenta duas teorias. Segundo este autor, têm-se a teoria objetiva e a teoria subjetiva. Para a **teoria objetiva**, “a proteção do conteúdo essencial de um direito fundamental impede restrições que o tornem sem significado para os indivíduos em geral.” A **teoria subjetiva**, contudo, sustenta que “a análise da violação do conteúdo essencial do direito deve ser feita em cada situação individualmente considerada.” Neste caso, têm-se, ainda, as teorias absoluta e relativa. A primeira (**teoria absoluta**) defende “a existência de um *núcleo* no âmbito de proteção de cada direito fundamental, cujos limites seriam intransponíveis.” A segunda (**teoria relativa**) defende que “a definição daquilo que deve ser protegido irá depender das circunstâncias do caso concreto (possibilidade fática) e das demais normas envolvidas (possibilidade jurídica)”.

Quanto à **área de proteção**, Dimoulis e Martins (2011, p. 133) ensinam que “a área de proteção de cada direito é resultado da subtração da área de regulamentação daqueles casos e situações que a Constituição não quis proteger”.

Quanto ao conteúdo, é válido consignar, em tempo, a existência de doutrina defendendo que há direitos *formalmente* fundamentais e direitos *materialmente* fundamentais¹⁷. Os primeiros são os positivados na

¹⁷ Dimoulis e Martins (2011, p. 49) condenam este entendimento: “Assim, não é possível

Constituição (*catalogação de direitos*) e os segundos são aqueles assim reconhecidos pelos valores que representam. Assim, a materialidade derivaria não de determinado direito positivado, catalogado na Constituição, “mas sim da percepção de que um determinado valor é importante para uma determinada sociedade”, sendo-lhe “outorgado o status de direito fundamental” (BRANCO, BARROS e PAMPLONA FILHO, 2012). Esta dualidade de conteúdo escora-se na ideia de que, na verdade, os direitos fundamentais são ramos do princípio da dignidade da pessoa humana, este positivado no art. 1º, inc. III, da Constituição Federal¹⁸.

Assim é que, para essa doutrina, conceber um direito fundamental unicamente sob o ângulo formalista (positivação do direito) é um retrocesso¹⁹. Este cenário talvez se sustente pela impressionante dificuldade que o Direito nacional sempre teve em conviver com a atividade criativa do juiz (?), ou mesmo a atividade criativa do intérprete²⁰.

concordar com uma definição ampla adotada por parte da doutrina, segundo a qual a fundamentalidade de certos direitos não dependeria da força formal constitucional e sim de seu conteúdo. Com efeito, não pode ser considerado como fundamental um direito criado pelo legislador ordinário, mas passível de revogação na primeira mudança da maioria parlamentar, por mais relevante e ‘fundamental’ que seja seu conteúdo. Os direitos fundamentais são definidos com base em sua força formal, decorrente da maneira de sua positivação, deixando de lado considerações sobre o maior ou menor valor moral de certos direitos”.

¹⁸ “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana”.

¹⁹ Ao que parece, a essa mesma conclusão chegaram Branco, Barros e Pamplona Filho (2012): “Não há a menor sombra pávida de dúvida quanto a esta afirmativa diante da possibilidade de integração dos direitos fundamentais realizada através de um processo criativo destas normas, respeitando-se, ao mesmo tempo, tanto a ideia de pertinência a um conteúdo específico (materialidade), quanto a referência a uma norma positivada (formalidade), superando-se qualquer resquício de vinculação necessariamente espiritual ou divina na sua tutela”. No que tange ao Direito português, Canotilho (1941, p. 403) ensina que: “Os direitos consagrados e reconhecidos pela constituição designam-se, por vezes, direitos fundamentais formalmente constitucionais, porque eles são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal (normas que têm a forma constitucional). A Constituição admite (cfr. Art. 16º), porém, outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. Em virtude de as normas que os reconhecem e protegem não terem a forma constitucional, estes direitos são chamados direitos materialmente fundamentais”.

²⁰ Como bem escreveram Netto e Scotti (2011, p. 53), “O sentido do texto normativo, ou seja, a norma, será aquela que a autoridade afirma ser. A segurança jurídica termina por não ser crível, nem mesmo no âmbito do regulado pelas regras jurídicas expressamente positivadas”.

Esse entendimento não se sustenta, embora sedutor. Os direitos fundamentais, como se explorará adiante, são aqueles positivados no texto constitucional, legitimamente escolhidos via Legislativo, dentro de um verdadeiro sistema de valores formados constitucionalmente. Enfim, são fundamentais os direitos positivados na Constituição, sendo que os valores não catalogados, embora aspirações políticas que são, até boas, não deixam de ser aspirações.²¹

A bem da verdade, os direitos fundamentais são aqueles positivados constitucionalmente (*formalmente* fundamentais), salientando-se que “os direitos e deveres individuais e coletivos não se restringem ao art. 5º da CF/88, podendo ser encontrados ao longo do texto constitucional.” (LENZA, 2008, p. 587).

Consigne-se, em tempo, que a positivação do direito não o engessa sob o ponto de vista normativo, de modo que outros direitos (*materialmente* fundamentais podem derivar daquele positivado (*formalmente* fundamental), por irradiação, mas sempre tendo como parâmetro normativo um direito positivado²². Aliás, este modelo (filosófico, que seja) é mais adequado à corrente pós-positivista, que renega a ausência de rigor científico jusnaturalista (“abertura”), mas também desaprova o formalismo mecânico (“fechamento”) positivista. A ética e a moral, na corrente pós-positivista, não são elementos estranhos ao Direito, mas próximos, senão íntimos²³.

No mais, os direitos fundamentais podem ser divididos em três

²¹ Consigne-se que esse entendimento é compartilhado por Dimoulis e Martins (2011, p. 53): “Um direito só existe juridicamente a partir de sua positivação, que estabelece seu exato alcance. Sem este reconhecimento, tem-se simplesmente uma reivindicação política, que eventualmente pode permitir a positivação dos direitos fundamentais, mas, evidentemente, não permite reivindicar direitos em âmbito jurídico.” De mesma forma, Marmelstein (2011, p. 19): “somente são direitos fundamentais aqueles valores que o povo (leia-se: o poder constituinte) formalmente reconheceu como merecedores de uma proteção normativa especial, ainda que implicitamente”.

²² É de se ver que Canotilho (1941, p. 393) ensina que “os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”.

²³ Manifestando-se sobre os argumentos morais e éticos, Netto e Scotti (2011, p. 102 e 103) ensinam que “Uma vez integrados na norma jurídica, entretanto, tais argumentos morais (que dizem respeito ao que é justo), ético-políticos (referentes à auto-compreensão valorativa dos cidadãos e aos projetos de vida coletivos que pretendem empreender), bem como pragmáticos (de adequação de meios e fins) passam a obedecer à lógica deontológica dos discursos jurídicos, com seu código binário de validade”.

grupos: 1) direitos de defesa; 2) direitos prestacionais; e 3) direitos de participação²⁴. E têm as seguintes características²⁵: 1) universalidade (existência de um núcleo mínimo, em qualquer sociedade, não obstante as peculiaridades culturais locais); 2) historicidade (surgem e se desenvolvem conforme o momento histórico); e 3) irrenunciabilidade (não se admite a renúncia ao núcleo substancial de um direito fundamental); 4) limitabilidade (não são considerados absolutos); 5) inalienabilidade (não se transferem nem se negociam); 6) imprescritibilidade (não prescrevem).

No que tange às **gerações** dos direitos fundamentais, temos o quadro que segue. Como verificado anteriormente, os direitos fundamentais se solidificaram com o andar da história, do que resulta uma de suas características, a *historicidade*. Assim, é possível dividi-los em gerações (ou dimensões, categorias, etc.).

Observe-se que alguns autores e a jurisprudência utilizam a expressão “gerações”. Contudo, esta expressão não é a que melhor se apresenta ao tema, tendo em vista que a designação “gerações” leva o intérprete a crer, erroneamente, que há uma substituição de direitos, de geração em geração. Na verdade, há um processo evolutivo, e não substitutivo, do que se conclui que a expressão “gerações de direitos” não é mais técnica²⁶.

Marmelstein (2011, p. 60) faz interessante observação sobre a nomenclatura “*gerações*” de direitos:

O ideal é considerar que todos os direitos fundamentais podem ser analisados e compreendidos em múltiplas dimensões, ou seja, na dimensão individual-liberal (primeira dimensão), na dimensão social (segunda dimensão), na dimensão de solidariedade (terceira dimensão), na dimensão democrática (quarta dimensão) e assim sucessivamente. Na verdade, elas fazem parte de uma mesma realidade dinâmica. Essa é a única forma de salvar a teoria das dimensões dos direitos fundamentais.

²⁴ Canotilho (1941, p. 407/409) fala em funções de defesa, de prestação social, de proteção perante terceiros e de não discriminação.

²⁵ Vide, a propósito, Novelino (2011, p. 386). Lenza fala, também, em concorrência (2008, p. 590).

²⁶ Dimoulis e Martins (2011, p. 31) têm o seguinte entendimento: “Tal opção terminológica (e teórica) é bastante problemática, já que a ideia das gerações sugere uma substituição de cada geração pela posterior ...” Os citados autores sugerem as expressões “categorias” ou “espécies” de direitos fundamentais.

Contudo, não obstante a ausência de rigor técnico, a expressão *gerações* de direitos é a que se consolidou na doutrina e na jurisprudência. Assim, devem ser analisadas as gerações de direitos fundamentais, valendo-se da nomenclatura dominante.

Os direitos de **primeira geração** surgiram no final do século XVIII, capitaneados pela Revolução Francesa de 1789, e marcados pelos ideários de *liberdade, igualdade e fraternidade*²⁷. São os direitos civis e políticos²⁸.

Os de **segunda geração** são os sociais, os culturais e os econômicos, e os de **terceira geração** os de fraternidade ou solidariedade, concebidos na esteira das conquistas libertárias dos direitos de primeira geração.

Sobre os direitos de terceira dimensão (fraternidade), não obstante a inexistência de um catálogo doutrinário uniforme, podem ser citados os direitos: ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, à propriedade, ao patrimônio comum da humanidade, à comunicação²⁹, ao desenvolvimento e à paz³⁰.

Os direitos fundamentais de **quarta geração** citados pela doutrina são: democracia, informação e pluralismo.

Há, inclusive, doutrina advogando o surgimento dos direitos de **quinta geração**, como, por exemplo, o direito à paz³¹.

No que tange às **dimensões**, doutrinariamente, tem-se a **subjativa** e a **objetiva**. A dimensão subjetiva pode ser compreendida como “o direito de seu titular de resistir à intervenção estatal em sua

²⁷ Liberté, égalité e fraternité.

²⁸ “Os direitos civis e religiosos, resultantes das declarações liberais, são conhecidos como direitos de primeira geração. O grito de liberdade fora dado.” (MARMELESTEIN, 2011, p. 46).

²⁹ Exemplos citados por Novelino (2011, p. 389).

³⁰ Exemplos de Marmelstein, que fala em “o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.” (2011, p. 54).

³¹ Novelino (2011, p. 389) cita o exemplo de Paulo Bonavides: “Com base na doutrina de Karel Vasak, o *direito à paz* era classificado por BONAVIDES com um direito de terceira geração. Todavia, atualmente, o mestre cearense vem sustentando que a paz, enquanto axioma da democracia participativa, é um direito fundamental de quinta geração.” De mesmo modo, Marmelstein (2011, p. 57): “Mais recentemente, o mesmo professor vem defendendo a existência de uma quinta geração de direitos, que seria o direito à paz universal”.

esfera de liberdade individual.” (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 117). Quanto à dimensão objetiva, os mesmos autores (2011, p. 118) falam em “normas de competência negativa”, “critério de interpretação e configuração do direito infraconstitucional”, “limitação do direito fundamental em seu alcance tradicional-subjetivo” e “dever estatal de tutela dos direitos fundamentais”.

O certo é que os direitos fundamentais, na ótica da dimensão subjetiva, “funcionariam como fontes de direitos subjetivos, gerando para os seus titulares uma pretensão individual de buscar a sua realização através do Poder Judiciário.” (MARMELSTEIN, 2011, p. 318). Em outra visão, na dimensão objetiva, os direitos fundamentais “funcionariam como um ‘sistema de valores’ capaz de legitimar todo o ordenamento, exigindo que toda a interpretação jurídica leve em consideração a força axiológica que deles decorre.” (MARMELSTEIN, 2011, p. 318)³².

3. EFEITOS E LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Viu-se, outrora, que os direitos fundamentais podem ser divididos em três grupos: direitos de defesa, direitos prestacionais e direitos de participação. Trata-se de direito de defesa o direito (fundamental) compreendido como limitação ao poder do Estado. Esta relação (jurídica) entre o particular (detentor de direitos fundamentais) e o Estado é marcada, como visto, pela proteção de direitos fundamentais de defesa, limitadores desta relação³³.

Neste caso, tem-se uma **eficácia vertical** dos direitos fundamentais, na medida em que esta relação é tida como hierarquizada.

Contudo, as relações jurídicas não são havidas apenas entre o

³² Adiante, o referido autor finaliza: “A dimensão objetiva dos direitos fundamentais nada mais é do que a capacidade que esses direitos possuem de irradiar pelos diversos ramos do ordenamento jurídico, como manifestação da ‘ordem de valores’ que eles representam.” (MARMELSTEIN, 2011, p. 364).

³³ Dantas (2009, p. 367) ensina que “Não obstante isso, afigura-se mais pertinente o entendimento de que todos os direitos fundamentais têm uma dupla dimensão eficaz, defluindo uma eficácia negativa e outra positiva; a eficácia negativa abrangeria os deveres de respeito e preservação da autonomia privada, que demandam condutas omissivas; já a eficácia positiva seria composta pelos deveres de proteção, garantia, promoção e satisfação”.

particular e o Estado, mas também entre particulares. Obviamente, neste caso, não se falará em relação (eficácia) vertical, pela ausência de hierarquia, estando as partes envolvidas em um mesmo plano (*horizontalidade*). Assim, a dúvida é se existe uma **eficácia horizontal**, de modo que os direitos fundamentais possam ser invocados nas relações entre particulares (e não só entre o particular e o Estado).

Em uma dissolução litigiosa de uma sociedade comercial, por exemplo, um dos litigantes (particular) poderia invocar o direito (fundamental) à ampla defesa, considerando a sua virtual penalização no ambiente societário?

Indiretamente (**eficácia horizontal indireta**), este problema poderia ser resolvido com a interferência do legislador ordinário, seguindo os parâmetros constitucionais. Assim, a eficácia dos direitos fundamentais não seria *direta*, mas por *irradiação* (*efeito irradiador*), considerando-se a necessidade de intervenção legislativa. Dimoulis e Martins (2011, p. 106) ensinam que “os direitos fundamentais desenvolvem um ‘efeito de irradiação’ (*Ausstrahlungswirkung*) sobre a legislação comum”.

Contudo, vem se solidificando o entendimento de que a eficácia, neste caso, é horizontal e direta, sem necessidade de intervenção legislativa (**eficácia horizontal direta**). Assim ensina Novelino (2011, p. 393):

Nos termos desta concepção a incidência dos direitos fundamentais deve ser estendida às relações entre particulares, independentemente de qualquer intermediação legislativa, ainda que não se negue a existência de certas especificidades nesta aplicação, bem como a necessidade de ponderação dos direitos fundamentais com a *autonomia da vontade*.

Este entendimento frise-se, não é endossado por Dimoulis e Martins (2011, p. 70), que defendem a tese de que “não há direitos fundamentais cujos destinatários passivos exclusivos sejam particulares (e não o Estado)”.

O principal argumento contrário à aceitação da tese da eficácia horizontal é a ameaça à autonomia privada. Visando minorar eventuais inconvenientes, subjetivismos, casuísmos, etc., Novelino (2011, p. 393) defende a “fixação de parâmetros específicos de aplicação desses direitos às relações entre particulares para que a liberdade individual não seja subjugada”.

Contudo, a jurisprudência dos Tribunais Superiores vem aceitando a tese da eficácia horizontal, aplicando direitos fundamentais às relações privadas. Desse modo, deve ser aceita a eficácia horizontal indireta e,

com precauções, a direta, considerando o caminho da jurisprudência nesse sentido. Lenza (2008, p. 594) cita como precedentes, por exemplo, o RE 160.222-8 (revista íntima), o RE 158.215-4 (exclusão de associado), o RE 161.243-6 (discriminação de empregado), HC 12.547/STJ (prisão civil em caso de alienação fiduciária), etc.³⁴

No mais, quanto à existência de **limites** aos direitos fundamentais, tem-se o quadro que segue.

Não obstante a sua inegável importância, e a sua essência marcada pela pecha da imprescindibilidade, os direitos fundamentais não são absolutos³⁵. Em relação a eles também há limites³⁶ mesmo porque, como se sabe, não só os vícios, em abundância, provocam estragos, mas também os benefícios. Água em excesso pode provocar estragos para o ser humano; amor, idem. Assim também em relação aos direitos fundamentais. O seu limite é a convivência harmônica com outros direitos também constitucionalmente explicitados. No caso dos princípios, que são mandamentos de otimização (expressão de Alexy), esta limitação se visualiza quando do confronto com outros princípios. Ou, em outras palavras, “talvez fosse mais exato afirmar que não existem *princípios* absolutos, ainda que consagrem direitos fundamentais.” (Novelino, 2011, p. 387).

Há duas teorias que tratam do assunto. Conforme a **teoria interna**, como o próprio nome sugere, as discussões sobre limites aos direitos fundamentais são travadas no âmbito do próprio direito. A

³⁴ Dimoulis e Martins (2011, p. 113) criticam tais decisões, tratadas como superficiais e inadequadas.

³⁵ Marmelstein (2011, p. 459), debruçando-se sobre o princípio da proibição do abuso, ensina que “o exercício de direitos fundamentais não pode ser abusivo a ponto de acobertar práticas ilícitas/criminosas cometidas em detrimento de outros direitos fundamentais ou de valores constitucionais relevantes”.

³⁶ Quanto aos limites dos direitos fundamentais, Dimoulis e Martins (2011, p. 99 e 100) fazem interessante reflexão sobre a reserva do possível: “Consideramos que a reserva do possível não pode ser utilizada como critério para limitar a aplicabilidade imediata dos direitos prestacionais pelas seguintes razões.” E completam: “a suposta ‘impossibilidade’ de cumprir um dever estatal só indicia a ausência de vontade política para o seu cumprimento.” De igual modo, Marmelstein (2011, p. 358): “Assim, o argumento da reserva do possível somente deve ser acolhido se o Poder Público demonstrar suficientemente que a decisão causará mais danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais”.

teoria externa, por seu turno, defende a ideia de que a limitação aos direitos fundamentais, ao contrário, deve ser sopesada no caso concreto.

Neste tema, talvez quem melhor tenha enfrentado a questão foi Virgílio Afonso da Silva, em preciosa obra sobre o tema. O autor (SILVA, 2010, p. 128) assim se manifesta, em relação à teoria interna: “A fixação desses limites, por ser processo interno, não é definida nem influenciada por aspectos externos, *sobretudo não por colisões com outros direitos.*” Nesse contexto, o eminente doutrinador explica que se os adeptos da teoria externa aceitam a necessidade de *restrições* aos direitos fundamentais, os adeptos da teoria interna utilizam limites para rejeitar esta necessidade.

A teoria externa, assim, aceita tais restrições. De acordo com Silva (2010, p. 138), a teoria interna “pressupõe a existência de apenas um objeto, *o direito e seus limites (imanescentes)*”, enquanto “a teoria externa divide esse objeto em dois: há, em primeiro lugar, *o direito em si*, e, destacadas dele, as suas *restrições.*” E, de acordo com o autor (2010, p. 139), “fica o caminho livre para o estudo da principal forma de controle das restrições a direitos fundamentais a partir de uma teoria externa: *a regra da proporcionalidade.*”

Considerando que as normas, no Direito brasileiro, são produtos interpretativos de regras (normas-preceito) e princípios (normas-princípios), e considerando que os princípios são mandamentos de otimização (expressão de Alexy), encarregados de “atribuir unidade axiológica ou material à Constituição rígida” (Britto, 2003, p. 170), não determinando “as consequências normativas de forma direta” (Ávila, 2010, p. 37), não há como não ser partidário da teoria externa, pois eventuais limites aos direitos fundamentais devem sopesados no caso concreto, considerando-se, como visto, a plasticidade dos princípios.

De qualquer sorte, até como proteção à sua própria existência, não se deve discutir a existência de um conteúdo essencial (*mínimo existencial*) dos direitos fundamentais³⁷ (“*limite dos limites*”, na expressão de Daniel

³⁷ Marmorstein ensina que a doutrina do mínimo existencial tem, como tudo na vida, um lado bom e um lado ruim. Segundo o doutrinador, “Quanto ao lado positivo, é possível reconhecer boa intenção na teoria. Há uma afirmação explícita de que os direitos sociais possuem eficácia jurídica e, dentro dessa mínima dimensão, ou seja, dentro do núcleo

Sarmento) que é intangível, inviolável, impenetrável. Conforme Silva (2010, p. 23), “Que direitos, em geral, contenham um *conteúdo mínimo* pode ser algo intuitivo, que decorre da própria noção de que, sem a garantia desse mínimo, a garantia do próprio direito seria de pouca valia”.

Sobre o tema, Dimoulis e Martins (2011, p. 158) ensinam que “a limitação dos direitos fundamentais conhece suas próprias limitações.” Assim, “é proibido proibir o exercício do direito além do necessário. Esta é a teoria do limite dos limites (Schranken-Schranken) elaborada no direito constitucional alemão”.

4. CONCLUSÃO

Enfim, a teoria dos direitos fundamentais se aperfeiçoou com o início do pós-positivismo, na sombra do reconhecimento da normatividade dos princípios, da força da argumentação jurídica e de um verdadeiro sistema de valores.

Nesse andar, a fim de trabalhar com certo e necessário rigor técnico, os direitos fundamentais acabaram por despertar a atenção da doutrina. Fruto disto é a sua sistematização.

Desse modo, visando desenvolver o tema com o tecnicismo recomendável, os direitos fundamentais passaram a ser estudados com sistematização, levando-se em consideração o seu conteúdo, as suas gerações, as suas dimensões, os seus efeitos e os seus limites.

essencial do bem jurídico protegido, pode haver a intervenção judicial para dar efetividade ao direito, mesmo diante da omissão das demais esferas de poder.” Adiante, o referido autor finaliza: “Há, contudo, por trás da teoria, um aspecto negativo: um intérprete mais mesquinho (dito de outro modo: um intérprete ideologicamente contra os direitos sociais) poderá utilizar a tese para esvaziar ao máximo a força jurídica desses direitos, diminuindo até onde puder seu conteúdo ‘essencial’, até porque o balizamento sobre o que será esse ‘conteúdo mínimo’ ficará a cargo da doutrina e da prática judicial.” (MARMELSSTEIN, 2011, p. 348/350).

Desse modo, o reconhecimento e a positivação dos direitos fundamentais significaram enorme avanço histórico, humano e jurídico. A sua sistematização veio a enaltecer o sistema de valores e escolhas ideológicas que se agigantou com o pós-positivismo, resgatando a ética do intérprete e do operador do Direito.

O tema é o mais alvissareiro do Direito Constitucional contemporâneo. E não sem razão, para o bem da ciência jurídica e da sociedade.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** - da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRANCO, Maurício de Melo Teixeira; BARROS, Renato da Costa Lino de Goes.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 1941.

DANTAS, **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2011.

NETTO, Manelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Método, 2011.

PESSOA, Flávia Guimarães. **Curso de direito constitucional do trabalho**. Salvador: *JusPodium*, 2009.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga. **Fundamentação material dos direitos fundamentais na contemporaneidade**. Disponível em: http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=522. Acesso em: 07/04/2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais** - conteúdo, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO REFLEXO DO MODELO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Eunices Bezerra Santos e Santana

Graduada em Direito pela UNIT;
Pós-graduada em Direito Processual Civil pela UNISUL/LFG;
Defensora Pública lotada na Defensoria Pública da Comarca de
Campo do Brito/SE; Mestranda em Direito pela UFS.

Sumário: Introdução. 2. O Constitucionalismo e a Constitucionalização do Direito. 2.1. Breve Histórico das Constituições do Brasil. 2.2. O Modelo Constitucional Brasileiro. 2.3. Neoconstitucionalismo, Pós-positivismo e Constitucionalização do Direito. 3. O Controle Judicial das Políticas Públicas e a Proteção dos Direitos Fundamentais. 3.1. As Políticas Públicas e os Direitos Fundamentais de natureza prestacional. 3.2. O Controle Judicial das Políticas Públicas como instrumento de concretização dos Direitos Fundamentais. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

Resumo: Este texto tem como objetivo analisar o controle judicial das políticas públicas como reflexo do modelo constitucional analítico, que, além de estabelecer um catálogo de direitos e garantias fundamentais, traz instrumentos que possibilitam exigi-los. Abandonado o positivismo jurídico e adotando a filosofia jurídica pós-positivista, que mescla valores do jusnaturalismo com a imperatividade do positivismo, o constitucionalismo contemporâneo prega a supremacia e a centralidade da Constituição, a primazia dos direitos fundamentais, a força normativa da Constituição e dos princípios constitucionais, de modo a possibilitar o cumprimento forçado. A efetivação desses comandos constitucionais dá-se através das políticas públicas, garantindo-se, através destas, a prestação de serviços assegurados constitucionalmente. Tais serviços, como se sabe, demandando alocação de recursos estatais, sempre finitos, levantam grande discussão em torno do assunto, mormente porque reclamam intervenção do Poder Judiciário, já que, se por um lado o poder público alega a “reserva do possível”, por outro lado deve-se ter em mente que tal teoria não se coaduna com o sistema jurídico pátrio, de imperatividade e normatividade da Constituição e dos princípios, mormente porque nenhuma construção teórica será aplicável se tiver o condão de servir de pretexto para a violação a direitos fundamentais. Outrossim, no sistema constitucional vigente, o Poder Judiciário ganha papel importante no sentido de

fazer cumprir os comandos constitucionais, assegurando a concretização dos direitos fundamentais. Não se trata de imiscuir-se na função de administrar, muito menos de se afirmar qualquer hegemonia de poder em relação ao Executivo e Legislativo, mas de exercício da própria função constitucional de fazer cumprir a Constituição e as Leis. Esse papel é que permite o equilíbrio entre os poderes e a prevalência dos direitos fundamentais, estes que têm como núcleo a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Constituição analítica; ativismo judicial; normas e princípios constitucionais; imperatividade; eficácia normativa; concretização dos direitos fundamentais.

Abstract: This text has as purpose to analyze the judicial control of public policies as a reflection of the constitutional model analytical, which, besides establishing a catalog of fundamental rights and guarantees, provides tools that enable demand them. Abandoned legal positivism and adopting the post-positivist legal philosophy, blending values of natural law with the imperative of positivism, the contemporary constitutionalism preaches the supremacy and centrality of the Constitution, the primacy of fundamental rights, the normative force of the Constitution and constitutional principles so as to enable compliance with forced. The implementation of these constitutional provisions is through public policy, ensuring, through these, the services provided by the Constitution. Such services, as you know, demanding allocation of state resources, always finite, raise much discussion around the subject, especially because claims intervention of the Judiciary, since, on one hand the government claims the "possible reserves", On the other hand it should be borne in mind that such a theory is inconsistent with the legal system of country, the imperative nature and normativity of the Constitution and the principles, especially because no theoretical construction will apply if you have the power to serve as a pretext for the violation of fundamental rights. Moreover, the current constitutional system, the judiciary gains important role towards enforcing the constitutional provisions, ensuring the realization of fundamental rights. This is not to meddle in the management function, much less to assert hegemony of any power in the executive and legislative branches, but the exercise of their own constitutional function of enforcing the Constitution and laws. This role is that it allows the balance of powers and the prevalence of fundamental rights, those that have as core to human dignity.

Keywords: Analytical Constitution; judicial activism; constitutional rules and principles; imperativeness; regulatory effectiveness; realization of fundamental rights.

INTRODUÇÃO

Como é cediço, são cada vez mais comzeinhas as demandas judiciais ajuizadas com o escopo de exigir a intervenção judicial no campo das políticas públicas, visando não a declaração de direitos, tarefa da qual a Constituição de 1988 já se incumbiu, mas a concretização destes, notadamente dos direitos fundamentais.

Tal controle judicial de políticas públicas é tema de grande relevância, porquanto perpassa a concepção de neoconstitucionalismo, também chamado de constitucionalismo pós-moderno ou pós-positivismo, inaugurando um novo modelo que rediscute a Constituição partindo das perspectivas da força normativa da constituição e da concretização dos direitos fundamentais.

É nesse cenário que surgem questões como o modelo constitucional brasileiro, a constitucionalização do direito e das políticas públicas, o papel do Poder Judiciário na Concretização dos Direitos Fundamentais e o Controle Judicial das Políticas Públicas, temas estes que o presente trabalho visa discutir.

1. O CONSTITUCIONALISMO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Da teoria do constitucionalismo emerge a noção, de um lado, de limitação do poder em prol dos direitos e garantias dos cidadãos e, de outro lado, não a visão de Estado absenteísta, mas de Estado voltado à promoção desses direitos e garantias.

E, nesse contexto, surge com força a Constitucionalização do Direito, a qual mais do que simplesmente reproduzir no texto constitucional disposições próprias dos ramos do Direito infraconstitucional, defende a interpretação das leis tendo como parâmetro a Constituição. Em outras palavras, a Constitucionalização do Direito preconiza que a Constituição é o vetor hermenêutico das normas infraconstitucionais, devendo todas estas serem interpretadas à luz da Constituição, que figura como base do sistema jurídico.

No presente capítulo, discutiremos o Constitucionalismo e a Constitucionalização do Direito no Brasil, com ênfase no modelo analítico da nossa Constituição.

2.1. Breve Histórico das Constituições no Brasil

A história constitucional brasileira sofreu diversas mudanças que refletiam o momento histórico pelo qual passava o Brasil. Inaugurou a fase de constituições, a Carta Magna de 1824, sendo semirrígida e tendo como principais características a centralização político-administrativa, decorrente da forma unitária de Estado, como forma de governo a monarquia constitucional, hereditária e representativa.

Na Constituição Imperial, a dinastia imperante era a de D. Pedro I e, durante o império, ainda, a de D. Pedro II. A religião oficial era a católica apostólica romana. No âmbito do território, por seu turno, as capitanias foram transformadas em províncias, subordinadas ao poder central.

Quanto à organização dos poderes era feita através das funções executiva, legislativa, judiciária e moderadora. O poder legislativo era formado pela Câmara dos Deputados e o Senado Federal, sendo os membros eleitos indiretamente. O sufrágio era censitário. O poder executivo era exercido pelo imperador e, por fim, o poder judiciário era independente e formado por juízes e jurados.

No campo das liberdades públicas, por influência das Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789), prestigiou o constitucionalismo liberal, enaltecendo o individualismo. Embora mantivesse a escravidão, continha importante rol de direitos civis e políticos.

Em 24 de fevereiro de 1891, fora promulgada a primeira Constituição da República do Brasil. Adotou como forma de governo, sob o sistema representativo, a república federativa. Instituiu a união indissolúvel das antigas províncias, transformando-as em Estados Unidos do Brasil e vedando o direito de secessão.

Referida Constituição rígida aboliu a religião oficial e o poder moderador. Passou-se a adotar a tripartição dos poderes (legislativo, executivo e judiciário). Fixou-se o bicameralismo federativo, com a existência da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, sendo o poder legislativo exercido pelo Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República.

O poder executivo era exercido pelo Presidente da República, eleito por sufrágio direto, para mandato de 4 anos, vedada a reeleição para exercer mandato por período subsequente.

O Poder Judiciário passou a ter como órgão máximo o Supremo Tribunal Federal. No campo dos direitos, foram proscritas as penas de banimento de morte, salvo em tempo de guerra. No que concerne às garantias constitucionais, houve, pela primeira vez, expressa previsão do remédio constitucional do *habeas corpus*. Fora implementado o controle difuso de constitucionalidade.

A crise de 1929, bem como os movimentos sociais exigindo melhores condições de trabalho foram determinantes para o advento da Constituição de 1934. Segundo Lenza (2009, p. 61), “o texto de 1934 sofreu forte influência da Constituição de Weimar da Alemanha de 1919, evidenciando, assim, os direitos humanos de 2ª geração ou dimensão e a perspectiva de um Estado social de direito (democracia social)”.

A Constituição de 1934, rígida, manteve a inexistência de religião oficial, passando, porém, a admitir o casamento religioso com efeitos civis. A tripartição de poderes fora mantida e, no âmbito do poder legislativo, este passa a ser exercido pela Câmara dos Deputados com a colaboração do Senado Federal, instituindo-se, assim, o bicameralismo desigual.

No campo dos direitos, constitucionalizam-se o voto das mulheres, com idêntico valor do masculino, e o voto secreto. Prevê a Constituição, pela primeira vez, o mandado de segurança e a ação popular.

A Carta Constitucional de 1937, apelidada de Polaca, já que influenciada pela Constituição polonesa fascista de 1935, instalou a ditadura de Getúlio Vargas (“Estado Novo”).

Apesar de referida Carta inaugurar um Estado autoritário, visando a atrair a simpatia e o apoio populares, foi um período marcado por conquistas no âmbito dos direitos sociais, como o salário mínimo e a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

Contudo, não houve previsão do mandado de segurança e da ação popular. A liberdade de pensamento fora restringida. A pena de morte passou a ser passível de aplicação além dos casos da legislação militar em tempo de guerra, mas também para crimes políticos e em casos de homicídio cometido por motivo fútil e com extrema perversidade.

Por sua vez, a Constituição de 1946, oriunda de período de redemocratização do Brasil, buscou inspiração nas concepções liberais da Constituição de 1891 e nos ideais sociais da Constituição de 1934. Na ordem econômica, buscou um equilíbrio entre a livre iniciativa e a justiça

social. No âmbito dos poderes, é retomada a normalidade, com o efetivo restabelecimento da tripartição. No que tange ao Poder Legislativo, retoma-se o bicameralismo federativo, sem haver preponderância da câmara ou do senado sobre o outro.

No plano da declaração de direitos, o mandado de segurança e a ação popular são restabelecidos no texto constitucional. Ainda nesse contexto, houve previsão do princípio da inafastabilidade da jurisdição e de regras para os partidos políticos. Foi reconhecido o direito de greve, mantendo-se as conquistas obtidas durante o Estado Novo. Outrossim, vedou-se a pena de morte (salvo em tempo de guerra), a de banimento, a de confisco e a de caráter perpétuo.

Por sua vez, a Constituição de 1967, seguindo os parâmetros da Constituição Polaca, centralizou, abruptamente, o poder na esfera federal, dando amplos poderes ao chefe do Poder Executivo Federal e restringindo os poderes dos Estados e dos Municípios.

Referida Constituição foi marcada pela grande preocupação com a segurança nacional. Fora mantida a forma de Estado, ou seja, o Federal, mas, na prática, a concentração do poder no âmbito federal mais se aproximava do Estado Unitário.

No campo da declaração de direitos, segundo Lenza (2009, p. 72), a Constituição de 1967 previu a possibilidade de perda da propriedade para fins de reforma agrária, mediante o pagamento de indenização. Além disso, os direitos trabalhistas foram definidos mais eficientemente.

Em 12 de dezembro de 1968, foi baixado o famoso AI-5, cuja vigência perduraria até a sua revogação pela EC nº 11, de 17.10.1978, através do qual foram previstas diversas restrições a direitos e garantias já conquistados, a exemplo da suspensão da garantia do *habeas corpus* para os casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social, e a economia popular.

Ainda segundo Lenza (2009, p. 74), dado o caráter revolucionário da Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969, podemos considerá-la como manifestação de um novo poder constituinte originário, outorgando nova Carta, que “constitucionalizava” o emprego de Atos Institucionais. Dita emenda fora baixada por militares, já que o Congresso Nacional estava fechado.

Por fim, em 5 de outubro, a Constituição de 1988, atualmente vigente, foi promulgada, redemocratizando o Brasil e trazendo em seu bojo importantes avanços. Erradicou-se a censura à imprensa, consolidando-se o sindicalismo e as grandes centrais sindicais, a exemplo da CUT (Central Única de Trabalhadores).

Tendo sido fortemente influenciada pela Constituição Portuguesa de 1976, a Constituição de 1988, rígida, foi a que obteve maior legitimidade popular, tendo a forma republicana de governo e o sistema de governo presidencialista confirmados mediante plebiscito.

No âmbito da organização dos poderes, fora retomado o sistema clássico de tripartição, enfatizando-se o equilíbrio entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. No campo da declaração de direitos, consolida direitos já conquistados e consagra direitos nunca antes assegurados, como ao tornar o racismo crime imprescritível.

Ainda nesse cenário, os direitos trabalhistas são ampliados e, pela primeira vez, prevê o controle de omissões legislativas, através do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Ademais, remédios como mandado de segurança coletivo e *habeas data* foram instituídos.

Como reflexo do constitucionalismo moderno, apesar de o controle de constitucionalidade existir, *incidenter tantum*, desde a primeira Constituição republicana, de 1891, foi com o advento da Constituição de 1988 que a jurisdição constitucional obtivera franco alargamento. Além da previsão de direitos e garantias fundamentais até então inéditos, houve ampliação dos mecanismos de propositura, seja pela via difusa (mandado de injunção, *v. g.*), seja através de instrumentos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade (através da Emenda Constitucional nº 3, de 1993).

Outrossim, não há dúvida, pois, de que a Constituição vigente, democrática, escrita, analítica, dogmática, rígida e principiológica, inaugurou uma fase não só de conquista da democracia, mas de aumento do catálogo de direitos e garantias fundamentais, estes que, paulatinamente, vêm passando ao conhecimento da sociedade que, consequentemente, começa a exigir a respectiva efetivação.

2.2. O Modelo Constitucional Brasileiro

Comumente, a maioria das obras de Direito Constitucional abordam a classificação da Constituição quanto à extensão de forma bastante tímida e até mesmo superficial. Entrementes, pensando em refletir sobre questões do nosso tempo, como o controle judicial das políticas públicas, traremos à tona, doravante, algumas considerações acerca do modelo constitucional brasileiro e consequências imediatamente visíveis.

Como é cediço, quanto à extensão, a Constituição pode ser analítica ou sintética. Sintéticas são aquelas sucintas, que se limitam a estabelecer os princípios fundamentais e as normas concernentes à estrutura do Estado. Por não serem prolixas, tendem a uma vigência mais duradoura do que um texto com disposições mais detalhadas. Analíticas, por seu turno, são aquelas que tratam de todos os pontos reputados essenciais. É o caso da Constituição da República Federativa do Brasil vigente.

Insta registrar, por oportuno, algumas diferenças entre um texto sintético e um analítico, sendo característica deste último: maior especificidade das normas atinentes à organização e ao funcionamento do Estado; aumento do catálogo de direitos fundamentais, com o consequente aumento da especificidade de suas garantias processuais, constitucionais e socioeconômicas; inclusão de regras que, em razão do menor nível de alcance de seus efeitos e, por consequência, maior grau de detalhamento, tendem a uma vigência menos duradoura, exigindo-se, com isso, o emprego dos instrumentos formais de reforma da Constituição em detrimento da aplicação de instrumentos formais de reforma constitucional, já que resta pouco espaço ao aplicador do direito para interpretação, dado o detalhamento do texto; por fim, em uma Constituição analítica, verifica-se a predominância de regras que disciplinam situações específicas (regras em sentido restrito), em relação às regras mais abertas, passíveis de ajuste a situações diversas (regras em sentido amplo). (MAGALHÃES, 1997)

Com efeito, uma constituição sintética tende a dar maior espaço para interpretação, na medida em que os princípios fundamentais nela previstos nortearão o aplicador do Direito, figurando como vetor

hermenêutico do qual não se pode distanciar. Nesse passo, diante de normas que não descem a minúcias, o espaço interpretativo expande-se, restando limitado pelos valores essenciais, pelos princípios fundamentais que o texto visa assegurar e respeitar.

Diante desse maior espaço, de um modo geral, haverá maior liberdade para construções jurídicas, fazendo com que o dinamismo da vida e das relações humanas seja acompanhado pelo esforço do intérprete, ao fazer com que o texto constitucional não deixe de satisfazer aos anseios da sociedade.

Entretantes, há que se considerar que, no caso brasileiro, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 veio inaugurar o processo de redemocratização do país, recentemente saído do regime militar.

Destarte, naquele contexto, era vital, a fim de assegurar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos e, concomitantemente, traçar limites ao poder público, mais do que traçar um catálogo de direitos e garantias fundamentais e regular a estrutura do Estado, tecer a minúcias, estabelecendo normas de caráter instrumental e mecanismos capazes de viabilizar o cumprimento de garantias previstas no próprio texto.

Na lição de Canotilho (2003, p. 217), “o carácter longo [de uma Constituição] não é uma opção; é um resultado da compreensão da lei fundamental como lei material fundamental de um ‘Estado supervisor’ de uma sociedade pluralista e complexa”.

Registre-se, por oportuno, que não é nosso foco levantar a questão das normas apenas formalmente constitucionais, a exemplo da prevista no art. 242, § 2º, da Norma Ápice, decorrência do nosso modelo constitucional analítico, mas apontar pontos positivos desse modelo, justificando-o pelo contexto social, histórico e político do Brasil quando do advento da Constituição de 1988.

Feita tal ressalva, assevere-se que referido modelo analítico da Constituição, embora limite o aplicador do direito, não o engessa a ponto de impedir a evolução do sistema jurídico e constitucional pátrio.

Nesse passo, podemos citar as mutações constitucionais como processo informal de reforma constitucional que, embora não previstas pelo Poder Constituinte originário, são fenômenos jurídicos cujo modelo analítico da nossa Constituição não impede que tomem forma.

Referidas mutações, segundo Lenza (2009, p. 90), “exteriorizam o caráter ‘dinâmico’ e a ‘prospecção’ das normas jurídicas. [...]” Trata-se de processo que se manifesta também no sistema jurídico brasileiro, demonstrando, com isso, que o modelo analítico de nossa Constituição não impede o desenvolvimento de tais processos aqui no Brasil, os quais são extremamente benéficos à evolução do sistema jurídico, porque dinamizam o texto constitucional, seja através da interpretação, da construção seja, ainda, através dos usos ou costumes constitucionais, dando-lhe nova moldura, novas significações e conteúdos.

As mutações constitucionais são, enfim, um processo de reinterpretção da Constituição sem modificação física do texto. Um exemplo bastante ilustrativo é o dos arts. 215, 216 e 219 do Código Penal, antes do advento da Lei 11.106/2005, os quais traziam a expressão “mulher honesta”. Ora, o conceito de “mulher honesta” sofrera grande variação de significado conforme a época e a localidade (LENZA, 2009, p. 90-91).

Outrossim, o grande leque de direitos e garantias fundamentais, decorrente do modelo analítico da Constituição de 1988, permite maior visibilidade em termos de conhecimento da sociedade dos próprios direitos e, com isso, facilita a exigência deles pelos cidadãos, dando ensejo a um maior engajamento da população na construção de um sistema de leis que atenda aos próprios anseios e na evolução do direito no sentido de promover a dignidade e a justiça social.

Com isso é que se edifica um Estado pautado na efetiva democracia. Afinal, somente o exercício continuado desta [e, nesse sentido, leia-se também o exercício continuado dos direitos e garantias individuais, o exercício da cidadania] permite estender o gozo dos direitos civis, reforçando os direitos políticos. (CARVALHO, 2008, p. 224). Em outras palavras, quanto mais se exerce a democracia, mais ela se consolida, abrindo caminho para a efetividade de direitos.

Reflexo da citada visibilidade dos direitos exigíveis pela população é a proliferação de demandas judiciais exigindo direitos sociais fundamentais previstos na Constituição e que reclamam prestações positivas do Estado, mostrando, com isso, que não há melhor ou pior modelo constitucional, porque tanto o analítico quanto o sintético apresenta vantagens e desvantagens. Há, sim, aquele modelo que se justifica pelo contexto

histórico, social e cultural de cada sistema jurídico, como é o caso do nosso.

2.3. Neoconstitucionalismo, Pós-Positivismo e Constitucionalização do Direito

O constitucionalismo moderno surgiu após a 2ª Guerra Mundial, com o rompimento do positivismo jurídico, que legitimou o estabelecimento e a brutalidade dos regimes totalitários.

O positivismo jurídico, enquanto movimento filosófico fundava-se, resumidamente, na ideia de direito como um fato e não como um valor; na conceituação do direito em função da coatividade; no mecanismo de solução de antinomias consistente na prevalência de uma norma sobre a outra; na interpretação mecanicista, a fazer prevalecer o elemento declarativo e desprezando qualquer processo criativo do direito por parte do aplicador e, por fim, na teoria da obediência absoluta da lei enquanto tal, sintetizada no aforismo “lei é lei”. (BOBBIO, 2006, p. 131-134)

Não se pode negar a importância do positivismo jurídico, que veio com o propósito de assegurar a todo custo a segurança jurídica, a primazia da lei, garantindo a preservação da ordem e legitimando o Estado a intervir na vida social. O jusnaturalismo, por sua vez, inicialmente superado pelo positivismo jurídico, partindo da ideia de valores e de direitos como próprios da condição humana, já não apresentava o nível de segurança jurídica necessário ao Estado moderno.

Contudo, a partir da CF/88, quando houve a redemocratização do Brasil, irrompe o direito positivo dos princípios e dos valores, estes últimos que ficavam outrora apenas no campo do direito natural. O sistema jurídico passa a ser aferido não mais como um sistema de meras regras, mas como um sistema de regras, princípios e valores, concomitantemente.

É nesse novo cenário que nasce o pós-positivismo, base filosófica do neoconstitucionalismo, que abandona o modelo Kelseniano de pirâmide, com a concepção de Constituição no topo. A Norma Ápice, a partir de então, passa a ser vista como o núcleo que se difunde num sistema aberto, como a base do ordenamento jurídico.

O constitucionalismo moderno é o movimento político, social e cultural discute nos planos político, filosófico e jurídico a organização tradicional de domínio político, sugerindo a criação de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. (CANOTILHO, 2003, p. 52)

Segundo Barroso (2005, p. 01), como marco histórico, o parâmetro principal no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, notadamente, o estabelecimento do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951.

Como adiantado *retro*, o marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo, caracterizado pela convergência das duas grandes correntes filosóficas que oferecem modelos opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Não mais se fala em modelo puro, mas na complementaridade de ambos os modelos.

O jusnaturalismo, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Baseado na perspectiva de princípios de justiça universalmente válidos, foi o movimento propulsor das revoluções liberais e teve como apogeu as Constituições escritas e a era das codificações. Considerado metafísico e anticientífico, o jusnaturalismo foi marginalizado com a ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX.

Em busca de objetividade científica, o positivismo confundiu o Direito com a lei, distanciando-o da filosofia e de questões como legitimidade e justiça, figurando como o pensamento preponderante até a primeira metade do século XX. Como adiantado outrora, o declínio do positivismo está relacionado à queda do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes totalitários que promoveram o caos sob a proteção da lei.

O pós-positivismo, pensamento jurídico filosófico que alia pontos do jusnaturalismo e do positivismo, pretende superar a legalidade estrita, sem, contudo, desprezar o direito posto e a segurança jurídica dele decorrente. E nesse amálgama de concepções diversas e férteis que giram em torno do neoconstitucionalismo, que se defende a força normativa da Constituição e dos princípios constitucionais, a construção de uma hermenêutica constitucional concretizadora de direitos fundamentais e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais que se funda na dignidade humana. Nesse cenário, o direito e a filosofia voltam a caminhar lado a lado.

No plano teórico, outrossim, três grandes mudanças subverteram a concepção clássica de direito constitucional: o reconhecimento da

força normativa da Constituição; a expansão da jurisdição constitucional; e o desenvolvimento de uma nova interpretação constitucional. (BARROSO, 2005, p. 01)

Destarte, a Constituição passa a ser alçada à condição de norma jurídica, dotada de eficácia normativa, de imperatividade, de supremacia. Ademais, passa a Norma Ápice a ser vista como base do sistema jurídico, isto é, não somente como fundamento de validade das demais normas, mas também como vetor hermenêutico. Assim é que irrompe o fenômeno da expansão da jurisdição constitucional, com o aumento dos mecanismos de controle de constitucionalidade, cabendo ao Poder Judiciário a proteção da Constituição.

Outrossim, dentro da nova dogmática da interpretação constitucional, cria-se um elenco próprio de princípios que servem de pressupostos lógicos e metodológicos na interpretação constitucional: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade.

Dessa variedade de fenômenos e fatores desencadeados a partir do pensamento pós-positivista, surge a ideia de constitucionalização do Direito, que não deve ser vista como a mera reprodução de normas de conteúdo infraconstitucional na Constituição, mas como uma nova maneira de interpretar o Direito tendo a Constituição como vetor hermenêutico.

Tal mudança no modo de enxergar o Direito e de interpretá-lo repercute sobremaneira não só na atuação dos Poderes, como também nas relações entre particulares, no último caso, culminando na conformação das relações privadas aos direitos fundamentais constitucionais (eficácia horizontal dos direitos fundamentais).

Por seu turno, quanto ao Poder Legislativo, a constitucionalização cria deveres de atuação voltados à materialização dos direitos e programas constitucionais. No que tange à função Administrativa, além de também limitar a discricionariedade, impondo-lhe deveres de atuação, confere fundamento de validade para a realização de atos tendentes à aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interferência do legislador ordinário. Outrossim, quanto ao Poder Judiciário, a ideia de constitucionalização figura como modelo para o controle de constitucionalidade, condiciona a interpretação de todas as

normas aos preceitos e valores constitucionais fundamentais. (BARROSO, 2010, p. 353)

Registre-se, ainda, que, aliado à constitucionalização do direito, ao aumento da busca pela prestação jurisdicional, verificou-se manifesto ativismo judicial no âmbito das políticas públicas. Trata-se de reflexo, por que não dizer, decorrente do próprio modelo constitucional que, ao apresentar um texto prolixo, chega, com maior facilidade, à consciência da população, que passa a exigir mais os seus direitos e o cumprimento das normas e valores constitucionais.

Com efeito, não será fácil conter os riscos da judicialização excessiva, mantendo o equilíbrio e a separação dos poderes, mas caberá a todos nós consolidar as conquistas voltadas à efetividade das normas constitucionais sem pôr em risco o Estado democrático de direito e a segurança jurídica, fazendo com que, cada vez mais, o direito constitucional preste-se à satisfação das demandas e anseios da sociedade.

2. O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dentro da concepção de constitucionalismo vigente, cujos elementos fundamentais são a força normativa das disposições constitucionais e a supremacia da Constituição, como núcleo do sistema, há que se ressaltar a inclusão de valores e opções políticas decorrentes dos direitos fundamentais previstos na Norma Ápice.

E a realização desses valores consagrados na Constituição dá-se através de políticas públicas, notadamente no que concerne a direitos fundamentais que demandam ações positivas e não mera abstenção estatal.

Uma vez desrespeitado, pelo Estado, um direito fundamental, notadamente de natureza prestacional, caberá aos administrados exigir do Poder Judiciário o cumprimento forçado do comando constitucional que o assegura. Daí surge o fenômeno intitulado controle judicial das políticas públicas, também chamado de ativismo judicial e judicialização.

No presente capítulo, abordaremos a questão do controle judicial das políticas públicas, tendo como enfoque a proteção aos direitos fundamentais, notadamente os sociais, de natureza prestacional.

3.1. As Políticas Públicas e os Direitos Fundamentais de Natureza Prestacional

Políticas públicas, um dos vértices do trabalho, são microsistemas de direito, ligados entre si, que vinculam, concomitantemente, os poderes constituídos e a sociedade a concretizar valores e programas, explícita ou implicitamente previstos no texto constitucional. (RIZZO JÚNIOR, 2009, p. 104)

Será através das políticas públicas que o Estado materializará os objetivos dispostos na Constituição, garantindo a prestação de determinados serviços, máxime aqueles decorrentes de direitos sociais fundamentais, que reclamam, além do dever de abstenção, no sentido de que o Estado deve abster-se de atos tendentes a comprometer o exercício desses direitos, a realização de prestações positivas do Estado tendentes à promoção desses direitos. São os direitos sociais de natureza prestacional, a exemplo da saúde e da educação.

Nesse contexto, direitos fundamentais, concretizados através de políticas públicas, são aqueles que a Constituição estabelece como valores essenciais aos indivíduos e à sociedade dentro de um Estado democrático de direito, servindo, ao mesmo tempo, de proteção contra o próprio Estado, impedindo arbítrio deste; e como limite à atuação dos poderes constituídos, notadamente do legislador ordinário, que terá os direitos fundamentais como parâmetros e limitadores; e permitindo ao indivíduo a exigibilidade e satisfação desses direitos, cujas normas respectivas são dotadas de normatividade, de aplicabilidade direta e imediata.

Ora, as normas de direitos fundamentais contêm, além de direitos subjetivos de defesa do indivíduo em face do Estado, uma ordem objetiva de valores, que serve de comando constitucional fundamental para todos os ramos do direito, dando impulsos e diretrizes para a legislação, a Administração e a jurisprudência. (ALEXY, 2009, p. 524-525)

Segundo Sarlet (2010, p. 15), “os direitos fundamentais (e os sociais não fogem à regra) expressam uma ordem de valores objetivada na e pela Constituição”. Topograficamente, os direitos e garantias

fundamentais³⁸ estão previstos no título II, da Constituição, sendo espécies deles os direitos individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade, os direitos políticos e os partidos políticos.

Ressalte-se, contudo, que os direitos e deveres individuais e coletivos, espécies de direitos e garantias fundamentais, não são apenas os mencionados no art. 5º, da Constituição, podendo estar implícita ou explicitamente expressos no texto como decorrência de princípios ou regime por aquela adotados, ou, ainda, ser oriundos de tratados e convenções internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte, consoante dispõe o art. 5º, § 2º, da Lei Maior.

A título de registro, insta consignar que já entendeu o Supremo Tribunal Federal (2003) que a garantia constitucional prevista no art. 150, III, “b”, da Lei Maior, é cláusula pétrea, por ter a configuração de direito e garantia individual, mesmo não estando prevista no título II, capítulo I, da Constituição Federal.

No que concerne aos direitos fundamentais de caráter prestacional, como é o caso do direito à saúde, à educação, dada a dimensão econômica relevante, por demandar a alocação de recursos do Poder Público, sempre finitos, costuma-se invocar a teoria da “reserva do possível” como argumento na busca por afastar a exigibilidade da prestação assegurada constitucionalmente.

Desenvolvida na Alemanha, a partir do início dos anos 70, a fim de justificar a restrição de vagas no ensino superior, num caso em que o Tribunal Constitucional Federal decidiu que algumas prestações estatais estavam sujeitas àquilo que a sociedade pode exigir de forma razoável (KELBERT, 2011, p. 17), a “reserva do possível” não se coaduna com o sistema constitucional brasileiro, que eleva a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento da República Federativa do Brasil.

Assim, dentro da ótica de proteção dos direitos fundamentais, é preciso banir do nosso sistema construções teóricas importadas de países com realidades diferentes da nossa e que tenham como objetivo restringir direitos e garantias já conquistados.

³⁸ Os direitos e as garantias não apresentam sinonímia. Os direitos são disposições declaratórias, enquanto as garantias são disposições assecuratórias, estas que, em defesa do direito, limitam o poder. Não raro, o direito e a garantia unem-se em uma mesma disposição constitucional, a exemplo do art. 5º, XXXVII. (LENZA, 2009, p. 671).

De mais a mais, a aplicação da “reserva do possível” como justificativa para se alegar a inexigibilidade de direito fundamental prestacional seria, no dizer de Krell (2002, p. 56), uma “transferência mal refletida”, “uma adoção de soluções estrangeiras, nem sempre coerentes com as verdadeiras necessidades materiais do país”.

Nesse passo, asseverar-se que, segundo decisão do Ministro Celso de Mello (2004), na ADPF 45, quando está em xeque a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, temas a serem abordados no tópico seguinte, tais garantias devem prevalecer sobre eventual limitação financeira do poder público.

3.2 O Controle Judicial das Políticas Públicas como Instrumento de Concretização dos Direitos Fundamentais

A partir do momento em que o cidadão renuncia a parcela da própria liberdade e atribui ao Estado o *mister* de zelar pelo bem-estar social, assegurando a todos as condições mínimas para uma existência digna, este deve fazê-lo, sob pena de lhe ser exigido o cumprimento forçado de tal obrigação através do Poder Judiciário, a fim de dar efetividade aos comandos constitucionais.

A atuação do Judiciário, a fim de assegurar aos indivíduos a observância dos direitos fundamentais, imprime maior efetividade ao texto constitucional (PESSOA; OLIVEIRA, 2010, p. 01), o qual é pautado nos valores da dignidade da pessoa humana e da justiça social.

Segundo Barcellos (2005, p. 11), “a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a promoção dos direitos fundamentais; [...] as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente”.

Nesse contexto, cabe ao Poder Judiciário, em caso de omissão do Estado na promoção dos direitos fundamentais, intervir, protegendo a Constituição e interpretando a norma constitucional de modo a garantir a “maior eficácia possível” (HESSE, 1991, p. 27).

Nesta senda, deverá ter em mente o Estado-Juiz, notadamente o Supremo Tribunal Federal, que é o guardião da Constituição, como vetor hermenêutico, a dignidade da pessoa humana, que tem como conteúdo “o mínimo existencial”, formado pelas condições materiais básicas necessárias a uma existência digna.

Segundo BARCELLOS (2011, p. 302):

[...] Na linha do que se identificou no exame sistemático da própria Carta de 1988, o ‘mínimo existencial’ que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação básica (assumindo-se a nova nomenclatura constitucional), a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça. Repita-se, ainda uma vez, que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, *a fortiori*, o *status* de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário. [...]

Destarte, fazendo cumprir o desiderato constitucional de promover os direitos fundamentais, concretizando-os através da tutela jurisdicional em caso de omissão do Poder Executivo, o Poder Judiciário estará cumprindo seu papel constitucional, evitando o arbítrio dos demais poderes e preservando a força normativa da Constituição e dos princípios constitucionais.

Outrossim, segundo Canotilho (2003, p. 378), “os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como ‘normas jurídicas vinculativas’ e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes ‘declarações de direitos’”. Nesse passo, as normas constitucionais que consagram direitos fundamentais devem ser interpretadas em conformidade com a efetiva concretização desses direitos, não sendo vistas como mera promessa constitucional insequente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se vê, a concretização dos direitos fundamentais merece ser priorizada e fomentada pelo poder público, seja através de políticas públicas oriundas do Poder Executivo; seja através da aprovação de projetos de lei que lhe dê viabilidade (atuação do Poder Legislativo), seja através do Poder Judiciário, a intervir em caso de omissão dos demais poderes, garantindo a eficácia jurídica dos comandos constitucionais veiculadores dos direitos e princípios fundamentais.

Cabe também à sociedade, cada vez mais preocupada em conhecer os direitos e exigí-los, como reflexo do modelo constitucional brasileiro, continuar perseguindo o cumprimento forçado dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, garantindo, assim, com o

exercício continuado da cidadania, a consolidação de um Estado efetivamente democrático e de direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios fundamentais**: O princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Mundo Jurídico, [S.l.], n. 853, 28 jul. 2005. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 9 abr. 2012.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução e notas: Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIN 939-7/DF, do Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, DF, 14 de dezembro de 1993. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748749/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-939-df-stf>>. Acesso em: 04 maio 2012.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 45. **Decisões Monocráticas**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de

abril de 2004. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000072044&base=baseMonocraticas>> Acesso em: 05 dez. 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, de 05 out. 1988.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **A constituição democrática**. Jus Navigandi, Teresina, ano 2, n. 13, 18 maio 1997. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/84>>. Acesso em: 26 abr. 2012.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; OLIVEIRA, Vitor Lisboa. **Segurança pública e controle judicial de políticas públicas**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 19 abr. 2010. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.26610>. Acesso em: 04 de maio de 2012.

RIZZO JUNIOR, Ovídio. **Controle social efetivo de políticas públicas**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-18112009-094825/pt-br.php>. Acesso em 10 de mar. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

DIREITO DA SEGURIDADE SOCIAL E A CONSTITUIÇÃO

Guilherme da Costa Nascimento

Mestrando em Direito da UFS;
Advogado e Professor Universitário.

Sumário: Introdução; 1. Evolução Histórica da Seguridade Social; 2. Constitucionalização do Direito uma Visão Geral; 3. Autonomia da Seguridade Social; 4. Posição Constitucional da Seguridade Social; 5. Princípios Constitucionais da Seguridade Social; Conclusão; Referências Bibliográficas.

Resumo: Este esboço delineou uma ideia importante, ainda que de modo exato e exploratório, considerando-se a complexidade do assunto em pauta. As visões e princípios demonstrados conjeturaram a verossimilhança teórica de doutrinadores que buscam a aplicabilidade das disposições da Constituição Federal e seus princípios no sentido de melhor delimitar o sistema de seguridade social, junto ao Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: constitucionalismo; seguridade social; princípios.

Resumen: Este boceto esbozado una idea importante, aunque precisa y exploratorio, teniendo en cuenta la complejidad del tema en cuestión. Los puntos de vista y principios verosimilitud demostrada conjetura teórica de los académicos que buscan la aplicabilidad de las disposiciones de la Constitución y sus principios con el fin de definir mejor el sistema de seguridad social, con el estado de derecho democrático.

Palabras clave: constitucionalismo, la seguridad social, los principios.

INTRODUÇÃO

O trabalho proposto busca demonstrar à importância da Seguridade Social, no panorama nacional, e a sua transformação paulatina durante o evoluir da humanidade, aliando os paradigmas a nova ordem constitucional.

Visa ainda mostrar a preocupação do legislador com as desigualdades entre os vários setores da sociedade, propondo políticas pública no sentido de minimizar tais mazelas, tudo conforme a previsão constitucional.

Para isso delimitou princípios básicos a ser seguido dentro de uma teia normativa própria e com força de supremacia, face às demais normas de direito infraconstitucional.

Por outro lado demonstrar como o legislador, buscou adequar à ordem social ao novo panorama constitucional no mundo e no Brasil.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SEGURIDADE SOCIAL

Esse trabalho visa demonstrar a posição constitucional da seguridade social, mas para isso primeiramente será demonstrado um apanhado histórico no sentido de visualizar como o sistema de proteção de as necessidades sociais e ao bem sonhado bem estar social dentro de um desenvolvimento cronológico que vai da assistência privada, assistência pública, seguro social e seguridade social.

Tudo se iniciou com a assistência privada notadamente com as denominadas mutuas ou sociedades de socorros mútuos, com o único fim de proteção a um determinado grupo de trabalhadores reunidos de forma à percepção de um fundo protetivo no caso de invalidez, velhice, doença e morte, os denominados riscos sociais.

Nesse toar é importante mencionar que esse fundo não era destinado a todos os trabalhadores em geral, mas apenas a um determinado grupo de caráter privado, que se associavam em mutuas para a autoproteção.

A esse mesmo período surgiram às entidades de assistência religiosa e beneficente, com destaque as formadas pela igreja católica, como a santa casa de misericórdia de santos erguida em 1554.

Com a miséria que assolava a Inglaterra, a Rainha Elisabeth como o intuito de minimizar as mazelas sociais, editou a chamada Lei dos Pobres no ano de 1601, fazendo com que ocorresse a intervenção do Estado, para conter a miséria. Essa lei tinha um caráter assistencial e de benevolência, pois a fome, as doenças e todos os tipos de desigualdade social reinavam em absoluto nas sombrias cidades da época.

A Lei dos Pobres veio a regulamentar os auxílios e socorros públicos às pessoas necessitadas, criando uma espécie de tributo colhido da sociedade para os cofres do Estado para utilização nas destoâncias sociais então existentes, mais adiante surge o Ato de compensação do

trabalho, criando o seguro obrigatório contra acidente de trabalho, surgindo ainda em 1908 à pensão para os maiores de 70 anos, e logo depois o sistema compulsório de contribuição conhecido como National Insurance act.

No Brasil dois anos após a independência, o imperador D. Pedro I outorga a primeira constituição chamada de Constituição Política do Império, imposta ao povo em 1824, mas com uma nítida demonstração de força e poderio absolutista, ao criar a Figura do poder moderador do imperador.

Essa constituição mesmo tendo esse caráter patriarcal herdado de Portugal, com que o Brasil mesmo com a sua separação ainda mantinha laços, na medida em que todas as leis do reino eram aplicadas no Brasil, pontificou com a expressão contida com “Socorros Públicos”, porém não trazia de que forma o Estado iria prestar os ditos socorros públicos, tornando esse artigo sem qualquer eficácia, figurando nessa época o os montepios, que era um sistema claro de mutualismo sem a participação estatal.

A esse alinhamento histórico no ano de 1883, surge o Seguro Social, através de Othon Von Bismark, conhecido como chanceler de ferro, que aderindo às pressões sociais dos trabalhadores com a eclosão da Revolução Industrial e da ascensão do socialismo, das reivindicações como a redução de jornada de trabalho, salubridade entre outros, surgiu esse modelo de seguro, formado por idéias de seguro privado, assim a introdução dessas serie de seguros visou minimizar a tensão existente entre os trabalhadores, foi criado o seguro doença de caráter tripartite, seguro contra acidente de trabalho custeados pelos empregadores, invalidez velhice, também de caráter tripartite, deixando uma contribuição para a nítida intervenção do Estado na seara da seguridade social.

Esse formato criado na Alemanha foi internacionalizado e passou a figurar por toda a Europa, em meio à criação da OIT - Organização Internacional do Trabalho, em 1919, nesse mesmo ano no panorama nacional foi criada a Lei de Seguro de Acidente de Trabalho, em 1923 foi implantado o seguro social obrigatório através da chamada Lei Eloy Chaves, criando a caixa de Aposentadorias e pensões dos Ferroviários, em 1934 surge na Constituição à previsão de direitos previdenciários, com o custeio tripartite empregados, empregadores e governo, também

essa onda de proteção aos trabalhadores chega em 1935 aos Estados Unidos da América com o Ato do Seguro Social, onde surge a expressão Seguridade Social.

A teia de amparo ao sistema de proteção aos direitos sociais do trabalhador e dos necessitados, e com o intuito de melhor aprimorar a eficácia do sistema o Parlamento Britânico propôs a elaboração do Relatório Beveridge, no sentido de organizar o setor da seguridade social, naquele país.

Como já explicitado em linhas pretéritas, o marco legislativo no Brasil é datado de 24 de janeiro de 1923, com a edição do Decreto Legislativo 4.486, denominado “Lei Eloy Chaves” que criou a caixa de aposentadorias e pensões dos ferroviários.

Após a edição da Lei Eloy Caves, surgiram por força legislativa as Caixas de Aposentadorias e Pensões, também destinadas a certa classe de trabalhadores criadas de forma individual no âmbito de cada empresa.

A partir de 1930, essa forma foi substituída pelos Institutos de Aposentadorias e Pensões, que eram autarquias federais que albergavam determinadas categorias a nível nacional, assim foram criados os IAP’S, o primeiro dele foi o dos Marítimos em 1933, seguido dos Comerciantes e Bancários, em 1934, Industriários, em 1936, Empregados em Transportes e Cargas, em 1938, e em 1960 foi à vez dos Ferroviários e Empregados em Serviços Públicos.

Importante frisar que a nível constitucional foi garantido expressamente direitos previdenciários com a Constituição Federal de 1934, que criou o sistema tripartite entre empregadores, empregados e governo.

Mas foi com a Lei Orgânica de Previdência Social, que se unificou toda a legislação referente aos Institutos de Aposentadorias e Pensões, e de forma simétrica iguala todas as categorias de trabalhadores.

Aliado a isso é importante mencionar que ocorreu a integração do Seguro de Acidente do Trabalho, a Previdência Social, em 1967, a instituição do PRORURAL, em 1971, que até então vivia desprotegido dos riscos sociais, seguido do SIMPAS, Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social, que organizou a atuação de cada órgão, foram criados o INPS, tratava da concessão e manutenção de prestações, IAPAS, cuidava da gestão financeira e patrimonial, LBA, FUNABEM, com a assistência social e por fim INAMPS E CEME, das questões relacionadas à saúde.

Com a Constituição Cidadã de 1988, surgiu pela primeira vez à expressão Seguridade Social, estabelecendo como se dará esse sistema de seguridade social, que não ficou embasada apenas a previdência, ampliando o seu rol a assistência social e a saúde, além de definir normas de conteúdo programáticas e a forma de financiamento.

Nesse passo ocorreu a extinção do SINPAS e criado o INSS que foi decorrente da união entre INPS e IAPAS.

O sistema desenvolvido na Constituição Federal de 1988 sofreu alteração significativa com a Emenda 20 de 1998 e a Emenda 41 de 2003, alterando o Regime Geral de Previdência Social e as regras do regime quanto aos servidores públicos.

2. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO UMA VISÃO GERAL

Como se observa a preocupação com o princípio da dignidade da pessoa humana vem tomando propulsão de superioridade fazendo com que exista uma ampla e corrente produção legislativa.

Acompanhando o passo do desenvolvimento mundial observa-se uma constante produção no campo constitucional trazendo normatividade a diversos princípios sustentáculos dos direitos fundamentais.

Pontuado historicamente com o pós-guerra, em meados do século XX, após a Conferência de Potsdam, o território alemão foi dividido em quatro partes, e as regiões foram distribuídas entre as potências vencedoras, do lado Oriental era administrada pela União Soviética, do lado Ocidental foram distribuídos os territórios para a França, EUA e Inglaterra.

O panorama desenhado pelo direito constitucional contemporâneo, na Europa e no Brasil, encontra-se delineado segundo Luiz Roberto Barroso em limites essenciais o histórico, o teórico e o filosófico.

Nesse momento ocorreu a reconstitucionalização de toda a Europa, reafirmando os ideais de constitucionalismo, de força normativa a constituição, firmando o Estado Democrático de Direito.

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª. Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias de constitucionalismo e de

democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria.³⁹

Dando início a uma fecunda produção legislativa, surge a Lei Fundamental de Bonn, (Constituição Alemã, de 1949), como a principal norma do nascente direito constitucional moderno.

Aliado a essa norma surge em 1951 o Tribunal Constitucional Federal, também na Alemanha, responsável pela produção jurisprudencial e doutrinária.

Esse modelo logo se expandiu com a instalação da Corte Constitucional na Itália em 1956.

No campo filosófico, saímos do jusnaturalismo, com idéias baseadas no Direito Natural, que culminou com as diversas revoluções liberais, mais adiante é importante observar que o Direito Natural é substituído pelo positivismo jurídico, afastando o direito da filosofia e demonstrando a força da lei, inobstante isso surge para a nossa contemplação o pós-positivismo que se afasta da lei e passa a interpretar os diversos princípios constitucionais que passou a ser o ponto central das normas.

Assim a constituição passa a ter força normativa, fazendo com que o seu descumprimento, gere o cumprimento forçado de seus preceitos, sendo esse o seu marco teórico.

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi à atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.⁴⁰

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005.

⁴⁰ NASCIMENTO, Carlos Eduardo Bistão. Aspectos introdutórios da Seguridade Social. Disponível em <http://www.iuspedia.com.br> 17 mar. 2008.

No Brasil essa o nascedouro do novo direito constitucional é delimitado pela doutrina como em igual momento a redemocratização do país por força do trabalho legislativo antecedente a promulgação da CF/88.

3. AUTONOMIA DA SEGURIDADE SOCIAL

Com a política intervencionista do Estado em face das relações do trabalho no cenário Europeu no período da Revolução Industrial, ficou nítida naquele primeiro momento uma aproximação siamesa entre o Direito Previdenciário e o Direito do Trabalho, formando a conhecida Teoria Monista.

No nosso sistema brasileiro, outra não foi à concepção inicial onde o Direito Previdenciário, surgia junto com as normas trabalhistas, uma verdadeira mistura do Direito Laboral e o Direito da Seguridade Social, um exemplo disso foi à previsão contida na Emenda Constitucional 01 de 1969, hoje o sistema evoluiu e prega a clara separação de ambos os direitos.

A autonomia da Seguridade Social no Brasil é englobada pela Teoria Dualista, que desassocia a intervenção do Direito do Trabalho no âmbito da Seguridade Social, é um direito social garantido no artigo 6º, demonstrado no próprio texto constitucional de 1988, em seu artigo 22 inciso XXIII, que a competência para legislar no campo da seguridade social é privativa da União, caindo por terra toda preleção de defesa da Teoria Monista.

Por outro lado, a própria Constituição Federal traz conceito próprio de seguridade social, dedicando diversos artigos, onde estrutura esse sistema, inclusive delimitando os seus princípios e a sua base de financiamento, deixando clara a razão de pensar dos defensores da Teoria Dualista.

4. POSIÇÃO CONSTITUCIONAL DA SEGURIDADE SOCIAL

Segundo a prescrição do artigo 194 da Constituição Federal de 1988, a Seguridade Social é o conjunto integrado de ações, de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinados a garantir os direitos relativos à saúde, previdência e assistência social.

A Seguridade Social, nos termos do artigo 194 de nossa Constituição Federal, é um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Assim, falar em Seguridade Social representa, pois, invocar o conjunto total dessas três áreas - e não qualquer delas isoladamente. Costuma-se dizer que a Seguridade Social é o gênero, do qual são espécies a saúde, a previdência social e a assistência social.

É um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover as suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias, integrado por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Como pode se observar a Constituição Federal, nesse momento passou a formatar o conceito de seguridade social, não de bases filosóficas, mas diretamente do direito positivo, que dividiu o sistema em três áreas saúde, previdência e assistência social.

Trata-se de conceito extraído do direito positivo e não de formulações filosóficas ou doutrinárias, embora estas tenham exercido influência na sua concepção. Há diversos conceitos doutrinários de Seguridade Social, que foram sendo formulados através dos tempos, levando-se em consideração diferentes estágios da evolução dos sistemas de proteção social, além das condições culturais e financeiras de cada povo.⁴¹

Dentro desse grande sistema de seguridade social é importante observar as características da estrutura constitucional referente à saúde, como sendo garantia prevista dentro da universalidade de atendimento.

O artigo 6º da Constituição define expressamente a saúde como direito humano fundamental, e o artigo 196 dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado. É a partir deste último que se pode avaliar o sistema de organização, manutenção e fiscalização da saúde no país. Nele está inserida a disposição de que a saúde é direito de todos e dever do Estado, e a determinação da execução de políticas públicas que possibilitem o acesso universal ao direito fundamental.⁴²

⁴¹ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da seguridade social. 19. ed. Atlas, 2003, p. 43.

⁴² GONÇALVES, Ionas Deda. Direito Previdenciário. São Paulo: Saraiva 2005, p. 7.

A saúde é conceituada no texto constitucional no seu artigo 196, como um 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.

A saúde abrange mais do que tratamento médico, hospitalar e fornecimento de medicamentos. São necessários serviços de prevenção da ocorrência de contingências que atinjam a saúde, de proteção àqueles já atingidos, e de recuperação para os que têm possibilidade de voltar às suas atividades normais.⁴³

A universalidade é nota característica desse subsistema, que é dirigido a toda a e qualquer pessoa que dele necessite. Não se limita à prestação de serviços de recuperação, visto que o conceito constitucional acima transcrito é bem amplo, dando inclusive ênfase à prevenção do risco, através de políticas sociais e econômicas. O conceito de saúde não se restringe ao indivíduo, mas também alcança todo o corpo social.⁴⁴

Assim é notório que o texto constitucional define a saúde como um direito fundamental, vinculado nitidamente a dignidade da pessoa humana, como base de um sistema universal de proteção social e de prevenção de riscos.

O sistema constitucional de previdência social encontra-se elencado nos artigos 201 e 202 da Constituição Federal de 1988, esse sistema é de caráter contributivo, protegendo os trabalhadores contra o rol de riscos delineados no artigo 201, onde assegura que a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

⁴³ GADIA, Giovanna Cunha Mello Lazarini; OLIVEIRA JÚNIOR, Mário Ângelo de et al. Evolução da Saúde no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3336, 19 ago. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22446>>. Acesso em: 26 nov. 2012.

⁴⁴ NASCIMENTO, *op. cit.*

É um subsistema mais restrito que o anterior, tanto do ponto de vista subjetivo como do objetivo. Subjetivamente, porque protegerá apenas aqueles que a ele se vincularem, através do exercício de alguma atividade que lhe determine a filiação compulsória ou mediante contribuições facultativas. Ou seja: a Previdência se direciona essencialmente aos trabalhadores, garantindo-lhes, por meio do pagamento de contribuições, a proteção contra contingências que os coloquem em situação de necessidade social.

Nesse sentido conceitua Sergio Pinto Martins, “É a Previdência Social um conjunto de princípios, de normas e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social, mediante contribuição, que tem por objetivo proporcionar meios indispensáveis de subsistência ao segurado e a sua família, quando ocorrer certa contingência prevista em lei.”⁴⁵

Além de assegurar a saúde como direito universal, a previdência através de contribuição prévia, a Constituição Federal de 1988, cuidou também da Assistência Social, em seu artigo 203, assegura que será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II - o amparo às crianças e adolescentes carentes; III - a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Tem-se na Assistência Social, a aplicação direta do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como forma de dirimir, as desigualdades sociais, tentando buscar o bem-estar social, fazendo com que o ser humano tenha um pouco de dignidade e proteção mesmo não estando vinculado a nenhum sistema previdenciário.

A relação entre a dignidade e os direitos fundamentais é uma relação *sui generis*, visto que a dignidade da pessoa assume simultaneamente a função de elemento e medida dos direitos fundamentais, de tal sorte que, em

⁴⁵ MARTINS, *op. cit.*, p. 91.

regra, uma violação de um direito fundamental estará vinculada com uma ofensa à dignidade da pessoa humana.⁴⁶

Por outro lado o artigo 204 da Constituição Federal assegura que as ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social; II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

A Assistência Social é o mecanismo apto a concretizar tal direito fundamental social, bem como o direito fundamental à vida digna, pois consiste em política social que tem por objetivo o amparo e proteção aos grupos vulneráveis da sociedade, "visando ao enfrentamento da pobreza, à garantia dos mínimos sociais, ao provimento de condições para atender contingências sociais e à universalização dos direitos sociais".⁴⁷

5. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SEGURIDADE SOCIAL

A nossa Lei Maior, também trouxe em seu corpo os princípios que devem ser seguidos para o melhor desenvolvimento da seguridade social, tais princípios encontram-se explicitados no texto constitucional de forma a que o interprete procure adequar ao caso concreto.

São princípios da seguridade social: I - universalidade da cobertura e do atendimento; II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV - irredutibilidade do valor dos benefícios; V - equidade na forma de participação do custeio; VI - diversidade da base de financiamento; VII -

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

⁴⁷ RAMOS, Elisa Maria Rudge. A Assistência Social no Brasil. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 31 de janeiro de 2009.

caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com a participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do governo nos órgãos colegiados.

Assim também é importante observar que devem ser acrescidos aos princípios da seguridade social, os enunciados no artigo 195, parágrafo 5º da Constituição Federal, que trata do custeio prévio, ou preexistência de custeio e o princípio constitucional da solidariedade.

Através desse princípio é fornecido aos não contribuintes, isto é a qualquer pessoa, amparo pela seguridade social, de maneira global e de acordo com as suas necessidades.

Universalidade de cobertura e atendimento significa que todos os cidadãos estão amparados pelo sistema de Seguridade Social, independentemente de qualquer conduta ativa. O serviço de saúde público, por exemplo, está à disposição de qualquer pessoa nos diversos hospitais e prontos socorros existentes por todo país.⁴⁸

A Constituição Federal, disciplina em seu artigo 194, inciso I, esse princípio que possui um caratê objetivo que é a extensão a todos os fatos e situações que geram as necessidades básicas das pessoas, tais como: maternidade; velhice; doença; acidente; invalidez; reclusão e morte e um caráter subjetivo que consiste na abrangência a todas as pessoas, indistintamente.

O princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais está contemplado no artigo 194, inciso II da Constituição Federal de 1988, e visa concessão dos mesmos benefícios de igual valor econômico e de serviços da mesma qualidade, a ambas as categorias.

Este princípio teve como o objetivo central equiparar os direitos dos trabalhadores rurais aos trabalhadores urbanos, resgatando uma injustiça histórica, especialmente no Direito Previdenciário Brasileiro. Desta forma, ficam proibidas quaisquer distinções entre os trabalhadores urbanos e rurais.⁴⁹

⁴⁸ SOUZA, Peterson de. Tutela antecipada previdenciária: concessão, revogação e efeitos: doutrina, prática processual e jurisprudência. Leme: Lemos e Cruz, 2011.

⁴⁹ FILIPPO, Filipe de. Os princípios e objetivos da Seguridade Social, à luz da Constituição Federal. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 43, jul. 2007.

Como se vê o legislador buscou reparar como citado à injustiça social que assolou por muitos anos a população brasileira, resgatando através desse princípio um pouco da justiça social.

Já princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços, buscou delimitar as situações em que o poder estatal deve intervir para estabelecer os direitos e proteções sociais.

A distributividade implica a necessidade de solidariedade para poderem ser distribuídos recursos. A ideia de distributividade também concerne à distribuição de renda, pois o sistema, de certa forma, nada mais faz do que distribuir renda. A distribuição pode ser feita aos mais necessitados, em detrimento dos menos necessitados, de acordo com a previsão legal. A distributividade tem, portanto, caráter social.⁵⁰

Inegável é a certeza de que situações de necessidades são sempre maiores que a capacidade do Estado de supri-las, principalmente se considerarmos os aspectos econômicos de um país em desenvolvimento no Brasil, onde são necessários intensos investimentos em áreas sociais, e as características da população aqui residente, que apresenta nível insuficiente de renda e baixa escolaridade.⁵¹

Assim seletividade conduz a prioridade a certas carências sociais, devendo para isso observar o mecanismo de possibilidade do Estado para suprir a demanda.

Por outro lado o princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios assegura que os benefícios não podem sofrer desvalorização, pois precisam manter seu valor de compra, acompanhando a inflação. Esse princípio garante a preservação dos benefícios pagos em dinheiro, não apenas do ponto de vista nominal, mas também do ponto de vista real.⁵²

Nesse diapasão é importante frisar o princípio da equidade na forma de participação no custeio, prescrito no artigo 194, parágrafo único, V da Constituição Federal, que demonstra a clara política da verificação da capacidade contribuição, quem ganha mais pagar mais, ou seja, a nítida política de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, defendida por Rui Barbosa.

⁵⁰ MARTINS, *op. cit.*

⁵¹ SOUZA, *op. cit.*

⁵² GONÇALVES, *op. cit.*

Quanto à base de financiamento essa é diversificada, o chamado custeio é arrecadado de toda a sociedade, diretamente, ou indiretamente através da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por meio dos orçamentos públicos; contribuições dos empregadores e empresas, incidindo sobre: folha de salários; receita ou faturamento; lucro, das contribuições dos trabalhadores e demais segurados da previdência social; e da receita de concursos de prognósticos, conforme previsão constitucional.

De outro norte um princípio em destaque é o caráter democrático e descentralizado da administração, contido no artigo 194, inciso VII, onde fica estabelecido a gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Este princípio não é inovação do texto constitucional, uma vez que historicamente sempre houve a participação da comunidade nos Conselhos da previdência social, assistência social e saúde. Desta forma, o legislador tentou democratizar a gestão da seguridade social, uma vez que contempla a participação de todos os segmentos representativos da sociedade na administração dos recursos, inclusive os aposentados.⁵³

Assim fica clara a participação da sociedade na gestão da Seguridade Social, por meio de representantes das diversas classes empregadores, pelos trabalhadores e pelos aposentados.

E ainda quanto aos princípios constitucionais, um que merece relevo é o da preexistência de custeio, na medida em que, por previsão contida no artigo 195, parágrafo 5º da CF, nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

Esse princípio assegura que é necessário ter a indicação preexistente de como será custeado o benefício a ser criado, no sentido de assegurar o equilíbrio financeiro para o custeio.

CONCLUSÃO

Como é facilmente perceptível a Constituição Federal de 1988,

⁵³ FILIPPO, *op. cit.*

delimitou de que maneira deve ser organizada a Seguridade Social, no intuito de preservar a dignidade da pessoa humana, que vem sendo delimitada através dos tempos mais remotos, como demonstrado em linhas pretéritas no presente artigo.

Nota-se ainda que o legislador de forma objetiva trouxe ao texto constitucional a maneira de adquirir receitas, para o custeio de todo o sistema de seguridade social, como meio de afastar as desigualdades sociais.

Aliado a isso, observa-se que a Constituição Federal, foi crucial na maneira de delimitar de que forma é possível a criação de um novo benefício, no sentido da criação de uma fonte de manutenção adequada.

Por fim em todo o sistema da seguridade social é reinante a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, justiça e bem estar social, como ancoradouros seguros do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005.

NASCIMENTO, Carlos Eduardo Bistão. **Aspectos introdutórios da Seguridade Social**. Disponível em <http://www.iuspedia.com.br> 17 mar. 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GONÇALVES, Ionas Deda. **Direito Previdenciário**. São Paulo: Saraiva 2005.

GADIA, Giovanna Cunha Mello Lazarini; OLIVEIRA JÚNIOR, Mário Ângelo de et al. **Evolução da Saúde no Brasil**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3336, 19 ago. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22446>>. Acesso em: 26 nov. 2012.

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

RAMOS, Elisa Maria Rudge. **A Assistência Social no Brasil**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 31 de janeiro de 2009.

SOUZA, Peterson de. **Tutela antecipada previdenciária: concessão, revogação e efeitos**: doutrina, prática processual e jurisprudência. Leme: Lemos e Cruz, 2011.

FILIPPO, Filipe de. **Os princípios e objetivos da Seguridade Social, à luz da Constituição Federal**. *In*: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 43, jul. 2007.

NEOCONSTITUCIONALISMO E PÓS-POSITIVISMO: FUNDAMENTOS TEÓRICOS PARA O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Manoel Cabral Machado Neto

Mestrando em Direito (UFS); Especialista em Direito Processual Civil (FANESE); Ex. Professor substituto de Direito Processual Civil e Teoria Geral do Processo (UFS); Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe.

Sumário: Introdução; 1. Neoconstitucionalismo e Pós-Positivismo. Breve Abordagem; 2. Implementação dos Direitos Sociais através de Políticas Públicas; 3. Teoria dos Direitos Fundamentais Assentada na Dignidade da Pessoa Humana. Força Normativa dos Princípios. Mínimo Existencial; 4. Planejamento e Controle Orçamentários. Reserva do Possível. Intervenção do Poder Judiciário; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

Resumo: O artigo examina como o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo servem de marcos teóricos na fundamentação do controle judicial de políticas públicas. Destaca-se, também, a força normativa da Constituição e o princípio da dignidade humana como argumento na efetivação de direitos sociais. Propõe a possibilidade do exercício do controle judicial da proposta do orçamento, medida que propiciaria um planejamento orçamentário eficiente em prol de políticas públicas, reduzindo o poder argumentativo da tese da reserva do possível, constantemente invocada nas diversas demandas movidas em face da Fazenda Pública.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo; Pós-Positivismo; Controle Judicial de Políticas Públicas.

Abstract: The article examines how the post-positivism and neoconstitutionalism serve as theoretical frameworks in the grounds of judicial review of public policies. It is noteworthy, too, the normative force of the Constitution and the principle of human dignity as an argument in the realization of social rights. It proposes the possibility of the exercise of judicial review of the proposed budget, a measure that would provide an efficient budget planning in support of public policies, reducing the explanatory power of the thesis called reserve for contingencies, constantly invoked in various filed demands against the Treasury.

Key-Words: neoconstitutionalism, Post-Positivism, Judicial Control of Public Policy.

INTRODUÇÃO

De acordo com o dispositivo que inaugura a Carta Magna de 1988, a República Federativa do Brasil se constitui num Estado Democrático de Direito, assentando seus alicerces na soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (CF, art. 1º).

O Legislador Constituinte, entre outros instrumentos, lançou mão de positar, em diversos dispositivos espalhados no texto promulgado, um conjunto de direitos e garantias fundamentais, com o intuito de, primordialmente, cumprir os objetivos de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, promovendo o bem de todos e reduzindo as desigualdades sociais (CF, art. 3º).

Num país onde existem graves problemas relacionados com direitos básicos, a exemplo da educação e saúde, os direitos fundamentais precisam ser concretizados no dia a dia pelos Poderes que representam os anseios populares.

O Legislativo e o Executivo, constituídos por representante legitimados através do voto popular (a manifestação de vontade dos seus cidadãos), devem concentrar esforços, de forma planejada, no sentido de efetivar os comandos constitucionais pertinentes, implementando políticas públicas que conciliem a promoção do desenvolvimento do país sem se descuidar da igualdade e da justiça, consideradas “como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”⁵⁴.

Mas a quem recorrer quando esses Poderes falham, ao olvidarem, pela omissão, os seus compromissos com a nossa Constituição Dirigente?

Estaria o Poder Judiciário, devidamente provocado por Órgãos essenciais à Justiça, em especial o Ministério Público (*ombudsman* da Administração Pública), autorizado pela Carta Magna a efetivar um controle de políticas públicas?

Em pleno Séc. XXI e em sede de um Estado Democrático de Direito, ainda tem sido corriqueira a atuação de Tribunais no sentido de negar a si poderes voltados para a realização de direitos sociais, manifestando uma evidente resistência ao denominado Ativismo Judicial.

⁵⁴ Trecho do Preâmbulo constitucional.

O presente artigo, cujo intento é o de também participar de um debate que está longe de se pacificar, pretende abordar como o Neoconstitucionalismo e o Pós-Positivismo representam fundamentos teóricos que sustentam a conformidade da atuação judicial de controle de políticas públicas com a Constituição Federal.

Num Estado Democrático de Direito, o Princípio da Separação de Poderes (CF, art. 2º) não pode representar um óbice para o Judiciário em sua tarefa de concretização das normas constitucionais.

Deixar a fiscalização do implemento de políticas públicas tão somente para o controle social, manifestado pela mudança dos representantes do povo por meio de eleições periódicas, além de se revelar uma atuação morosa, tem apresentado resultado pouco significativo em favor dos fins republicanos.

1. NEOCONSTITUCIONALISMO E PÓS-POSITIVISMO. BREVE ABORDAGEM

O Neoconstitucionalismo, ou constitucionalismo contemporâneo, apresenta-se como um novo paradigma da ordem constitucional.

Desenvolveu-se no período pós-guerra, apresentando-se como uma reação à corrente de pensamento positivista do Direito que, inequivocamente, legitimou a barbárie promovida pelos regimes totalitários (nazismo, fascismo, franquismo, salazarismo, ditaduras militares, etc.), cujas marcas deixadas na história registram a hedionda inobservância dos direitos humanos.

Com o intuito de não esquecer os efeitos deletérios deixados por tais períodos obscuros na história dos Direitos Fundamentais, o surgimento de Diplomas constitucionais na Europa, a Doutrina, e Jurisprudência em matéria constitucional⁵⁵, dentro da linha de

⁵⁵ Os principais diplomas e Tribunais Constitucionais são: A Lei Federal de Bonn, aprovada em 1949, e sua aplicação pelo Tribunal Constitucional Federal, criado em 1951; a Constituição Italiana de 1947 e a jurisdição desenvolvida pela Corte Constitucional Italiana a partir de 1956; e a redemocratização de Portugal (1976) e da Espanha (1978). Sobre o tema, *n.* BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2009, p. 61/119.

pensamento pós-positivista, procuraram restabelecer a relação entre o Direito e a Ética, reinserindo nas discussões a necessidade de aproximar o respeito à lei dos conceitos de justiça e legitimidade.

A propósito do tema, vale aqui transcrever as lições do Prof. Luís Roberto Barroso (2009, p. 249/250):

A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reintronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento da normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica, a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade humana.

Configura-se, portanto, um novo fenômeno constitucional, assentado em paradigmas que mesclam elementos difusos do Positivismo e do Jusnaturalismo, cujas características básicas podem ser, em síntese, classificadas segundo critérios formal-metodológico e material (BARCELLOS, 2008, p. 132/137).

De acordo com o aspecto formal-metodológico, o neoconstitucionalismo apregoa, em síntese, que a Constituição de um país é dotada de normatividade⁵⁶, ou seja, os preceitos constitucionais gozam de força vinculante, apresentando-se com os atributos da coercibilidade e imperatividade. Em caso de inobservância, deflagram-se os mecanismos de coação voltados para assegurar a higidez da norma.

⁵⁶ Cabe aqui fazer referência ao artigo escrito pelo Prof. Inocêncio Mártires Coelho que, ao discorrer sobre o estudo desenvolvido por Konrad Hesse na obra “A Força Normativa da Constituição”, ressalta, como condição de eficácia normativa da Constituição, o intento de se querer realizar a “Vontade da Constituição”, que se concretiza a partir da atuação dos órgãos aplicadores do seu conteúdo e das relações travadas entre particulares, pondo em prática o seus ditames de modo a expandir a força normalizadora que atua sobre a sociedade, conformando-a segundo os seus preceitos. V. COELHO, Inocêncio Mártires. “Konrad Hesse: Uma Nova Crença na Constituição”. In: CLÈVE, Clémerson Merlin, BARROSO, Luís Roberto (Org). *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, Vol. I. São Paulo: RT, 2011, p. 89/109.

Ainda por esse aspecto, deixa-se patente, também, que a Constituição está posicionada em patamar hierárquico superior ao das demais normas encontradas no ordenamento jurídico, característica que traz à tona, em face da pertinência, a noção de paradigma utilizado pela Jurisdição Constitucional no controle de constitucionalidade (Supremacia da Constituição).

Por fim, o critério formal também anuncia que a Constituição goza de uma posição central no ordenamento jurídico, tornando matérias de natureza infraconstitucional como parte de seu conteúdo e irradiando os seus efeitos na interpretação e aplicação dessas mesmas normas (Constitucionalização do Direito).

Sob o ponto de vista material, o constitucionalismo contemporâneo reconhece nas Constituições um espaço onde são previstas decisões valorativas e opções políticas gerais e específicas, destacando-se, ainda, os conflitos de opções filosóficas e jurídicas no sistema constitucional.

A análise exemplificativa do texto da Carta Magna de 1988 facilita a compreensão. As decisões valorativas referem-se diretamente à Dignidade da Pessoa Humana e aos Direitos Fundamentais, cuja hierarquização abstrata não é possível, dada a característica da fundamentalidade.

No tocante às opções gerais, observamo-las em normas que preveem como objetivos genéricos - construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional -, enquanto que as opções políticas específicas vêm concretizadas em dispositivos dotados de maior densidade normativa (Direitos relativos à educação, saúde, segurança pública *etc.*).

Em relação aos conflitos de natureza jurídica encontrados nas Constituições, o tema traz para discussão os diversos choques de bens jurídicos tutelados nas normas constitucionais, servindo aqui de exemplo as colisões envolvendo a liberdade de informação e a vida privada, a livre iniciativa *versus* proteção do meio ambiente e do consumidor *etc.*

Em tais casos, materializados em pretensões corriqueiramente apresentadas nos mais diversos tribunais, a solução ou pressupõe a invocação de princípios normativos que, decotando reciprocamente os âmbitos de cada bem jurídico em jogo, permite uma harmonização que faz sobrelevar a unidade da Constituição; ou faz prevalecer um destes bens jurídicos em disputa, como forma de assegurar a preponderância da vontade constitucional.

Já no tocante aos conflitos de ordem filosófica que gravitam em torno das Constituições contemporâneas, o Neoconstitucionalismo apresenta correntes que podem ser reunidas em duas vertentes: a) Substancialistas; e b) Procedimentalistas.

Para os substancialistas, as Constituições trazem para a realidade sócio-política opções valorativas essenciais que deverão ser observadas, fruto do consenso obtido no exercício do poder político constituinte. Já os procedimentalistas entendem que o papel da Constituição no cenário político de um país é assegurar as condições necessárias para o adequado funcionamento do sistema democrático⁵⁷.

2. IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS ATRAVÉS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Os direitos fundamentais sociais são aqueles cujo objeto demanda uma prestação, ou seja, uma postura de ação, positiva, por parte dos poderes públicos ou dos particulares, especificando-se em direitos sociais, econômicos e culturais.

Diferentes dos direitos fundamentais de defesa, - cuja meta é afastar a intervenção do Estado na esfera privada do indivíduo, caracterizando-se como liberdades negativas - os direitos sociais “encontram-se intimamente vinculados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, [...]” (SARLET, 2006, p. 298).

Os direitos sociais surgem como reação ao Estado de Direito Liberal ou Estado Burguês de Direito. Neste último, o que importava era delinear

⁵⁷ As ideologias desenvolvidas pelos procedimentalistas e substancialistas acerca do papel da Constituição refletiram-se na concepção da Jurisdição Constitucional. Para os adeptos do modelo procedimental, os julgamentos não devem interferir com apreciações - substantivas, pois as escolhas valorativas devem ser feitas por representantes eleitos. O papel da Jurisdição Constitucional é fiscalizar a lisura na observância das regras no processo democrático de deliberação. Para os seguidores da corrente substancialista, o *judicial review* pode afastar um diploma normativo que não seja compatível com os compromissos de ordem material consagrados na Constituição, representados por direitos vinculados a cláusulas gerais abertas e princípios constitucionais. V. Gustavo Binbenbajt, Duzentos Anos de Jurisdição Constitucional: As Lições de Marbury *v.* Madison, in Temas de Direito Administrativo e Constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 191/212.

um Estado Mínimo, que interviesse o menos possível nas relações econômicas e na esfera privada do indivíduo, valendo a liberdade do ter. Foi a época do reconhecimento dos interesses da burguesia, que, até então, só dispunha de força econômica, decorrente do desenvolvimento do comércio e da revolução industrial. A ideologia liberal via no Estado uma iminente ameaça à liberdade de autodeterminação do homem.

Apesar de, no seu momento histórico, ter trazido benefícios com as liberdades negativas, observou-se no Estado de Direito liberal o surgimento de significativas desigualdades sociais, ocasionando a insatisfação do proletariado com as suas condições indignas de vida e de trabalho.

Com a eclosão de movimentos de cunho social como a Revolução Russa em 1917, a reconstrução da Alemanha após a 1ª Guerra Mundial e a Revolução Mexicana no início do Séc. XX, surgem os primeiros documentos jurídico-constitucionais consagrando direitos sociais: a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado em 1918, a Constituição de *Weimar* de 1919 e a Constituição Mexicana de 1917. Vale aqui transcrever a registro histórico feito pelo eminente professor Carlos Augusto Alcântara Machado, em conferência proferida em janeiro de 2008, no Congresso Nacional - “Direito e Fraternidade”, promovido pelo Movimento Comunhão e Direito, na cidade de Vargem Grande Paulista/SP:

O período que marca o fim da primeira grande guerra proporcionou um repensar do Estado e funcionou como um trampolim para que a sociedade alcançasse mais um estágio: o advento do ***Estado Social***, com especial destaque para o valor ***igualdade***. A sempre referida Constituição de Weimar de 1919 e a Constituição do México de 1917 foram pioneiras na consagração dos direitos de segunda geração ou de segunda dimensão, ***direitos sociais, econômicos e culturais***. Não se pode olvidar, nesse contexto, o advento da ***Declaração dos direitos do povo trabalhador e explorado***, de 1918, gestada no ideário da Revolução Russa de 1917.

Direitos de *status positivus*⁸ foram assegurados e os indivíduos passaram a poder exigir do Estado prestações específicas, materializadas em políticas públicas. No Brasil, o marco de desenvolvimento dos direitos sociais e econômicos foi a Constituição de 1934.

Com o passar do tempo, os Estados Sociais passaram a ter sua legitimidade questionada. Diversos regimes totalitários surgiram, como a

Alemanha Nazista, a Itália Fascista, a Espanha Franquista, etc. Aqui no Brasil, tivemos a época do Estado Novo, de índole ditatorial.

Os direitos sociais vieram, posteriormente, a constar também de Constituições promulgadas em Estados Democráticos de Direito. O Brasil, em sua Carta Magna consagra direitos sociais espalhados em diversos artigos, prevendo um capítulo específico tratando sobre a Ordem Social.

Diante da força normativa das Constituições, característica do neoconstitucionalismo, diversos direitos sociais devem ser implementados por políticas públicas eficientes, não cabendo ao administrador tomá-los como objetos de preceitos dispositivos, omitindo-se no seu cumprimento.

Citamos, a guisa de exemplo, os direitos sociais à Saúde e Educação:

Art. 196. A saúde é 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.

[...];

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

[...];

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação

básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

Transcrevemos os artigos da Constituição relativos à Saúde e Educação, pelo fato de que discussões relativas à implementação de políticas públicas nessas searas já foram examinadas pela Suprema Corte em nosso País.

Com a devida vênia daqueles que entendem que os dispositivos mencionados anunciam meras recomendações programáticas, as quais se limitam a estabelecer um fim, uma meta a ser alcançada pelo Poder Público, pensamos que essa conclusão colide com o intento do Poder Constituinte Originário.

O Administrador Público deve, observando os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37), implementar as medidas jurídicas (Leis, Decretos, Ordens de Serviço) e fáticas (planejamento, emprego de receitas orçamentárias etc.) visando à concretização coletiva dos direitos sociais.

A supremacia e a força normativa da Constituição, premissas do neoconstitucionalismo, autorizam que, diante de uma atuação descompromissada com os fins especificados no texto constitucional e imputável ao Legislativo e Executivo, entre em cena a força da jurisdição constitucional, que, de forma excepcional e seguindo critérios de razoabilidade, fará prevalecer a sua dimensão política em prol da efetividade dos direitos prestacionais.

Não fossem suficientes os dispositivos constitucionais específicos tratando de direitos prestacionais, outro relevante fundamento jurídico capaz de autorizar o controle judicial de políticas públicas reside no princípio da dignidade da pessoa humana, que será abordado no próximo tópico.

3. TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ASSENTADA NA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS. MÍNIMO EXISTENCIAL

Como antes alinhavado, o neoconstitucionalismo, fruto das concepções pós-positivistas reinantes no período pós-guerra do Séc. XX, reforçou a normatividade das normas constitucionais, realçando a força normativa dos princípios insculpidos na Magna Carta.

Os mandados de otimização, conforme denominação criada por Alexy, passam então, não apenas a servirem como vetores interpretativos, mas também como comandos cogentes, reguladores das atividades do Poder Público e dos cidadãos.

Os Princípios são considerados mandamentos nucleares que permeiam as regras de um ordenamento jurídico, conferindo-lhes harmonia e sinalizando o caminho que a esfera político-jurídica e as relações privadas deverão trilhar.

Tendo em vista o seu caráter fundante, violar um princípio representa maior gravidade que desobedecer uma regra jurídica. Celso Antônio Bandeira de Mello, em brilhante monografia, sobre o tema assevera (2009, p. 34):

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 dos seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Nas Constituições dos Estados Democráticos de Direito, o “princípio dos princípios”, aquele que é colocado em posição de proeminência é denominado de Dignidade da Pessoa Humana. Trata-se do fundamento central do conjunto de Direitos Fundamentais, aqui inserindo-se os individuais, sociais e políticos. Ingo Sarlet leciona (2001, p. 87):

Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que 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 e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). 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.

Ao ser juridicizado, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana não exorta, ou seja, não serve apenas de recomendação para os Poderes Públicos, como se estivesse lhes facultando a observância dos Direitos Fundamentais.

Ao contrário, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe aos administradores do Estado que seja assegurado, de forma indeclinável, o mínimo existencial, isto é, aqueles direitos sem os quais o homem não dispõe de uma vida em condições dignas.

Encontramos, na Doutrina especializada na matéria, dissenso quanto ao conteúdo desse mínimo existencial que compõe a dignidade da pessoa humana.

Ana Paula de Barcellos (2011, p. 302), em monografia sobre o tema, apresenta o seu ponto de vista:

Na linha do que se identificou no exame sistemático da própria Carta de 1988, o mínimo existencial que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação básica (assumindo-se a nova nomenclatura constitucional), a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça. Repita-se, ainda uma vez, que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia positiva e, *a fortiori*, o status de direito subjetivo exigível do Poder Judiciário.

Já a Prof.^a Jussara Maria Moreno Jacintho (2006, p. 139), invocando razões metodológicas adotadas no desenvolvimento de sua obra jurídica que versou sobre o aludido princípio, traz o seguinte elenco de direitos componentes do mínimo existencial: “Os direitos à liberdade de crença, à alimentação, à moradia, à educação e à saúde como integrantes do núcleo essencial do direito à Dignidade da Pessoa”.

A despeito das variações de entendimento acerca de seu conteúdo, o que sobreleva destacar é que o princípio da dignidade da pessoa humana - cuja força normativa veio a ser destacada pelo neoconstitucionalismo e pós-positivismo - serve de amparo para o exercício do controle judicial de políticas públicas, afastando ou revisando, por conseguinte, condutas comissivas e omissivas de administradores públicos que se revelam abusivas na concretização do mínimo existencial.

Em face da omissão administrativa imputada e devidamente comprovada, será possível juridicamente ajuizar, por exemplo, ações

individuais ou coletivas, pleiteando-se a prolação de um comando decisório que determine aos Poderes Públicos a realização de direitos básicos para uma sobrevivência humana digna.

A fim de colmatar omissões legislativas, o ordenamento jurídico pátrio previu o manuseio de instrumentos como o mandado de injunção⁵⁸ e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, remédios jurídicos capazes de deferir o direito não implementado ou de, até mesmo, documentar o interessado acerca da inércia dos Poderes, munindo-o de subsídios visando instruir futuras medidas judiciais, desta feita de cunho reparatório.

O Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição de 1988, tem adotado posicionamento firme no que concerne à concretização de direitos relativos à saúde e à educação públicas, conforme precedentes a seguir exemplificativamente transcritos:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. CHAMAMENTO AO PROCESSO. DESLOCAMENTO DO FEITO PARA JUSTIÇA FEDERAL. MEDIDA PROTETÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos.
2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da

⁵⁸ No caso de políticas públicas ligadas à previdência social, o Supremo Tribunal Federal - alterando a sua jurisprudência até então sedimentada no sentido da impossibilidade de regulamentar, via decisão em mandado de injunção, dispositivos constitucionais de eficácia limitada, inviabilizando o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas - passou a acolher a tese concretista individual, determinando a aplicação das regras da aposentadoria especial no regime geral de previdência social para os contribuintes do Regime Próprio de Previdência Social. Nesse sentido: “APOSENTADORIA ESPECIAL - LACUNA LEGISLATIVA. Ante a inércia do legislativo quanto à regulamentação da aposentadoria especial - artigo 40, § 4º, da Constituição Federal -, impõe-se observar a regência própria aos trabalhadores em geral - artigo 57 da Lei nº 8.213/91”. (MI 2934/DF, Plenário. Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 30/11/2011).

implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF).

3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional. (grifou-se)

4. *In casu*, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida. 5. Agravo regimental no recurso extraordinário desprovido.

(ARE 607381 AgR/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 31/05/2011, grifo nosso).

CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO

DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil

(CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto

constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência

social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS “ASTREINTES”. - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A “astreinte” - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência. (grifou-se)
(ARE 639337 AgR/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Melo, julgado em 23/08/2011, grifo nosso).

Ressalte-se que, de acordo com os precedentes, para a concretização do mínimo existencial, não há espaço para o acolhimento da tese da reserva do possível, argumento defensivo inaugurado no Direito Alemão, que diz respeito à razoabilidade e à limitação dos recursos fáticos e normativos necessários para a implementação de políticas públicas.

Obstruir, com tal argumento, a concretização do mínimo existencial, afora uma demonstração inequívoca de ausência de

planejamento sério no emprego dos recursos financeiros e orçamentários, significa negar a evolução civilizacional alcançada pelas sociedades ocidentais, desvalorizando normas constitucionais que representam os anseios de uma sociedade moderna e pluralista.

É o que trataremos no próximo tópico.

4. PLANEJAMENTO E CONTROLE ORÇAMENTÁRIOS. RESERVA DO POSSÍVEL. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Tema recorrente em matéria de controle judicial de políticas públicas, o argumento defensivo costumeiramente levantado pelas Fazendas Públicas é a reserva do possível.

Essa objeção cunhada no Direito alemão e trasladada para o nosso ordenamento, liga-se às ideias de limites de recursos materiais e pessoais (fática), de limitações jurídicas (jurídica) e de proporcionalidade.

Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 301/302) vislumbra a reserva do possível em três perspectivas:

A partir do exposto, há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à exigibilidade e, nessa quadra, também da sua razoabilidade.

Entretanto, sobre esta específica temática, necessário estar alerta à reflexão proposta por Américo Bedê Freire Júnior (2005, p. 75/76), que desafia todos os entusiastas do controle Judicial de Políticas Públicas:

Veja-se que há vários modos de analisar a reserva do possível: há o modo que vem prevalecendo como causa supralegal de descumprimento da Constituição e há o modo como enfrentar com seriedade o problema e iniciar uma postura diversa que

busca o diálogo entre as funções estatais em prol do respeito aos direitos fundamentais.

[...]

A reserva do possível não pode ser, então, subjetiva, de quem não concorda com a decisão e não pretende cumpri-la, utilizando retórica e argumentos construídos para uma realidade completamente diferente da brasileira.

É inequívoco que efetivar direitos econômicos, sociais e culturais implica em custos, pressupondo a destinação de verbas específicas para fazer frente às despesas geradas com a criação de novos serviços públicos ou o incremento daqueles já existentes.

Aliás, nessa matéria, não podemos vislumbrar a questão apenas pelo ângulo da sociedade beneficiária dos direitos sociais.

É necessário ter em vista que a Administração Pública, enquanto corresponsável pelo atendimento do interesse público primário, deve planejar a utilização de suas receitas (até para que a atividade administrativa se desenvolva com eficiência), executando o seu orçamento de modo a nunca perder de vista o equilíbrio das contas públicas.

Mas quando o orçamento elaborado pelos Poderes Executivo e Legislativo deixa de contemplar a real possibilidade de concretizar direitos vinculados à dignidade da pessoa humana - ou relega-os a um plano inferior quando comparados com áreas de menor importância como, por exemplo, previsão orçamentária desproporcional para a contratação de publicidade oficial ou de bandas para animação de eventos públicos (leia-se, políticos) -, ao Poder Judiciário, devidamente provocado, caberá intervir, assumindo a tarefa de concretizador de direitos fundamentais.

Diante de normas constitucionais que impõem a implementação de direitos sociais como um fim a ser perseguido, ou daquelas que os tratam como direitos subjetivos, é dever do administrador público adotar as providências necessárias para programar o orçamento anual, prevendo as receitas que deverão ser direcionadas em prol da concretização de justiça social.

O texto constitucional traz, por exemplo, hipóteses de verbas vinculadas a determinadas áreas de interesse público, traduzidas em normas que autorizam o exercício do controle da elaboração do orçamento no que pertine aos serviços de saúde e educação. Vejamos primeiro a saúde:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

[...];

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I – no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º;

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

No início deste ano, foi sancionada a Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012, que regulamenta o art. 198, § 2º, da Constituição Federal, assim preconizando:

Art. 5º. A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual.

[...];

§ 2º. Em caso de variação negativa do PIB, o valor de que trata o caput não poderá ser reduzido, em termos nominais, de um exercício financeiro para o outro.

[...];

Art. 6º. Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea “a” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios.

(...);

Art. 7º. Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea “b” do inciso I do *caput* e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal.

No que se refere à educação, determina a Constituição Federal:

Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Se os recursos reservados para essas rubricas carimbadas não observarem os limites mínimos impostos pela Constituição Federal e pela Lei, a conduta do administrador será considerada ilícita, autorizando a deflagração de medidas judiciais corretivas (tutelas inibitórias). Nesses casos, a objetividade das normas facilita a realização de controle nessas áreas.

Enfatize-se que o Legislador Constituinte até mesmo previu um mecanismo que produz efeitos drásticos na hipótese de se caracterizar a inobservância das normas supratranscritas.

Estamos tratando da possibilidade de decretação de Intervenções Federais e Estaduais, momentos de exceção que geram graves efeitos jurídico-constitucionais, quando então a autonomia de entes federativos é suspensa para proteger a efetividade de princípios e normas constitucionais:

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

[...];

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

[...];

e) aplicação do 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.

Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

[...];

III – não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Se a medida interventiva fica autorizada quando os percentuais mínimos de receitas não forem aplicados, na hipótese de os recursos empregados serem comprovadamente insuficientes, entendemos que a meta de se conferir efetividade às normas constitucionais autoriza a utilização de uma medida jurídica bem menos drástica, qual seja, a intervenção judicial na formulação do orçamento, o que implica no controle judicial prévio de políticas públicas.

O tema é controvertido na Doutrina e Jurisprudência. A intervenção do Poder Judiciário na prévia formulação dos orçamentos auxilia na busca da efetividade dos direitos fundamentais sem se afastar da exigência de um planejamento orçamentário e de equilíbrio das contas públicas.

Através de tal medida, evita-se, numa linguagem metafórica, “a troca do pneu com o carro em movimento”, pois intervir judicialmente garantindo, *in natura*, um direito social, conforme precedentes retro, num primeiro momento pode até ser útil, atendendo, inclusive, a situações complexas, envolvendo direitos indisponíveis como a preservação da vida. Todavia, com o passar do tempo, o deferimento de tais pretensões certamente causará um desequilíbrio nas contas do Erário, vez que uma despesa nova - na maioria das vezes em montantes altíssimos - será criada sem a devida previsão.

A possibilidade de o Poder Judiciário intervir no orçamento não é novidade no ordenamento jurídico. É o que está previsto no art. 100, § 5º, da Magna Carta, na parte relativa aos precatórios:

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

[...];

§ 5º. É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciários apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

Ora, se para garantir a efetividade de direitos disponíveis é possível intervir judicialmente no orçamento - precatórios, por exemplo, destinados para o pagamento de condenações decorrentes de reajustes vencimentais de servidores públicos -, por que não admitir a alteração judicial da proposta de orçamento, vinculando o Legislativo e o Executivo, quando devidamente restar constatada a insuficiência de recursos para garantir a efetividade de direitos sociais indisponíveis?

Daí defender-se um controle orçamentário prévio pelo Poder Judiciário, através de provimentos mandamentais que possibilitem a inclusão de verba nos orçamentos anuais seguintes. Compatibilizam-se, assim, as normas que preveem os direitos sociais com a reserva do possível e o equilíbrio orçamentário.

A matéria tem sido pouco enfrentada pelos Tribunais Superiores. Pelo seu caráter emblemático, transcreve-se, a seguir, um acórdão prolatado pelo STJ, guardião da legislação infraconstitucional, tratando do tema:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO.

1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador.
2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.
3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas.
4. Recurso especial provido⁵⁹.

O Estado, portanto, deve prever, em seu ordenamento, meios processuais efetivos que permitam a alocação de recursos orçamentários, inclusive garantindo a participação da sociedade em audiências públicas. O processo deve se revestir de legitimidade e transparência.

Somente assim, com planejamento e uma ampla discussão sobre a previsão orçamentária anual, a reserva do possível, panaceia jurídica tantas vezes invocada para deliberadamente ocultar o desrespeito à

⁵⁹ STJ, Resp. nº 493811 / SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, publicado no Diário de Justiça de 15.03.04.

Constituição (em muitas oportunidades, por sinal, restringindo-se a meras alegações, destituídas de qualquer elemento de prova), perderá a força de convencimento nas mais diversas demandas judiciais.

É de bom alvitre frisar, que não se defende, neste breve estudo, o entendimento de que a esfera política deva ser substituída pela juridicização das questões envolvendo direitos sociais⁶⁰.

Todavia, defendemos que o Poder Judiciário está também incumbido de efetivar a normatividade dos preceitos constitucionais, pois, no papel de Defensor da Carta Política de 1988, sua função harmoniza-se com as dos demais Poderes na medida em que os controla em seus excessos e leniências, proporcionando, por conseguinte, a superação de posturas omissivas e abusivas imputadas ao Legislativo e Executivo, que desbordam dos compromissos constitucionais consagrados pelo Poder Constituinte (*checks and balances*).

Com esse mesmo pensamento decidiu o Supremo Tribunal Federal, conforme trecho do acórdão prolatado no ARE nº 639.337/SP, Rel. Min. Celso de Melo, a seguir transcrito:

Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

⁶⁰ Neste ponto, manifestamos inteira concordância com o pensamento exposto por Ana Paula de Barcellos, em artigo intitulado “Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas: “O que se acaba de afirmar - e essa é a segunda observação - não significa que não haja espaço autônomo de deliberação majoritária acerca da definição das políticas públicas ou do destino a ser dado aos recursos disponíveis. Muito ao revés. Em um Estado democrático, não se pode pretender que a Constituição invada o espaço da política em uma versão de substancialismo radical e elitista, em que as decisões políticas são transferidas, do povo e de seus representantes, para os reis filósofos da atualidade: os juristas e operadores do direito em geral. A definição dos gastos públicos é, por certo, um momento típico da deliberação político-majoritária; salvo que essa deliberação não estará livre de alguns condicionantes jurídico-constitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As políticas públicas são o conjunto de medidas políticas, jurídicas, administrativas e orçamentárias voltadas para a implementação de direitos fundamentais.

Sob o aspecto formal-metodológico, o neoconstitucionalismo apresenta a Constituição como um texto não só de cunho político, mas também jurídico, dotado de força normativa e posicionado em nível superior às demais normas (força normativa e supremacia da Constituição).

Ainda por esse critério, a Constituição goza de uma posição central no ordenamento jurídico, irradiando os seus efeitos na interpretação e aplicação dessas mesmas normas (Constitucionalização do Direito).

Sob o ponto de vista material, o constitucionalismo contemporâneo reconhece nas Constituições um espaço onde são previstas decisões valorativas e opções políticas gerais e específicas, destacando-se, ainda, os conflitos de opções filosóficas e jurídicas no sistema constitucional.

Em matéria de formulação de políticas públicas, o Legislativo e Executivo terão prioridade de atuação. O Poder Judiciário, que atua subsidiariamente, tem o *munus* de efetivar a normatividade dos preceitos constitucionais, visto que, no papel de Defensor da Carta Política de 1988, sua função harmoniza-se com as dos demais Poderes, na medida em que os controla em seus excessos ou omissões.

Em face de comandos constitucionais que preconizam a implementação de direitos sociais como um fim a ser perseguido, ou daqueles que os tratam como direitos subjetivos, é dever do administrador público adotar as providências necessárias para programar o orçamento anual, prevendo as receitas que deverão ser direcionadas em prol da concretização de justiça social.

Em face da maior objetividade nas normas que versam sobre os direitos à educação e à saúde e, ainda, pelo apelo emocional que circundam as demandas apresentadas, tem sido comum encontrarem-se precedentes que deferem pretensões nessas searas.

Todavia, a função do operador do Direito deve ir além, ou seja, participar do debate e procurar ampliar a concretização de outros direitos sociais, contribuindo para a construção de uma sociedade mais igualitária.

Ocorrendo uma omissão abusiva, o Poder Judiciário, devidamente provocado por Instituições que representam o interesse público primário, poderá intervir na formulação do orçamento, medida que culmina por conciliar a concretização dos direitos fundamentais com o equilíbrio orçamentário, afastando a força retórica do argumento da reserva do possível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. “Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas”, *in*: NOVELINO, Marcelo (Org.), **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”, *in* **Temas de Direito Constitucional**, Tomo IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. “Duzentos Anos de Jurisdição Constitucional: As Lições de Marbury v. Madison”, *in* **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

COELHO, Inocêncio Mártires. “Konrad Hesse: Uma Nova Crença na Constituição”, *in*: CLÈVE, Clémerson Merlin, BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade da Pessoa Humana: Princípio Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A Fraternidade como Categoria Jurídico-Constitucional**. Conferência realizada em Vargem Grande Paulista/SP, em 26 de janeiro de 2008, no Congresso Nacional - “Direito e Fraternidade”, promovido pelo Movimento Comunhão e Direito, no Auditório Mariápolis Ginetta.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A SUA RECEPÇÃO COM HIERARQUIA CONSTITUCIONAL

Maria Lucia Ribeiro dos Santos

Bacharel em Direito pela UNIT;
Pós-Graduada em Direito Público pela UNIT;
Mestranda em Direito pela UFS.

Sumário: 1. Introdução; 2. Sucinta Análise sobre os Tratados Internacionais; 3. Do Processo de Formação dos Tratados; 4. A Incorporação dos Tratados de Direitos Humanos ao Ordenamento Jurídico Brasileiro; 5. A Hierarquia dos Tratados de Direitos Humanos no Direito Interno Brasileiro e o § 3º, do art. 5º, da CF/88; 6. A Proteção dos Direitos das Pessoas com Deficiência no Brasil 7. Considerações Finais. 8. Bibliografia.

Resumo: O presente trabalho científico se desenvolve a partir da formação dos tratados internacionais de direitos humanos, elucidando o seu processo de incorporação no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse contexto, a pesquisa gira em torno da nova redação do § 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal do Brasil, que foi consagrado pela Emenda Constitucional nº 45/2004. A temática focaliza-se, especialmente, sobre a recepção da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência com hierarquia constitucional. Neste diapasão, a investigação tenta demonstrar que as pessoas com deficiência, além de serem protegidas pelos tratados internacionais, também estão amparadas constitucionalmente pelo nosso ordenamento jurídico pátrio, notadamente, pelo princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Palavras-Chave: Tratados internacionais; Convenção sobre os Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência; Incorporação; Ordenamento Jurídico pátrio.

Abstract: The present scientific paper develops itself from the formation of international treaties on human rights, explaining its incorporation process into the Brazilian legal system. In this context, the research revolves around the new text of § 3 of Article 5 of the Federal Constitution of Brazil, which was enshrined by the Constitutional Amendment No. 45/2004. The issue focuses especially on the reception of the Human with Disabilities Rights Convention with constitutional hierarchy. In this vein, the investigation attempts to

demonstrate that people with disabilities have being protected by international agreements and are constitutionally protected by our homeland legal system as well, notably by the Human Dignity principle.

Key-words: International Treaties; the Human with Disabilities Rights; Merger; Homeland Legal System.

INTRODUÇÃO

O presente estudo lança uma breve reflexão sobre o reconhecimento hierárquico constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, notadamente, como eles são incorporados ao nosso sistema jurídico brasileiro. Dessa maneira dissemina o especial enfoque sobre a convenção das pessoas com deficiência.

Nesse contexto, demonstraremos como sucede o processo de introdução dos tratados internacionais e analisaremos sua importância hierárquica, ou seja, o seu status constitucional, necessariamente, a positivação dos direitos das pessoas com deficiência frente às normas jurídicas do Brasil.

Sem embargo, examinaremos a partir do parágrafo 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, o reconhecimento do conteúdo dos tratados internacionais de direitos humanos, abordando o princípio basilar da Dignidade da Pessoa Humana.

Oportuno salientar que, empregaremos para o desenvolvimento desse estudo a metodologia da compilação. Dessa forma, apresentaremos um panorama das ideias de diversos autores que serão concretizadas em um pensamento original e autêntico de forma a demonstrar a relevância da temática.

1. SUCINTA ANÁLISE SOBRE OS TRATADOS INTERNACIONAIS

Inicialmente, explanaremos sobre a acepção jurídica dos tratados internacionais, seu processo de formação e seus efeitos, assim, alcançaremos uma melhor compreensão acerca dos tratados internacionais de direitos humanos.

Gustavo Bregalda Neves (2009, p. 17) aponta acerca da acepção de Tratado sob a égide do Direito Internacional, como um acordo internacional, no qual é celebrado entre dois ou mais Estados ou outros sujeitos de Direito Internacional, independentemente de sua designação. Nota-se que, esta concepção emana de uma ligação entre o art. 2º, 1, a, da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais (1986) e do art. 2º, 1, a, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969).

Na definição de Rezek (2002, p. 14), o tratado é “todo acordo formal concluído entre sujeitos de Direito Internacional Público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”.

Ressalta-se que, diversas terminologias, como por exemplo, tratados, atos, pactos, cartas, convênios, protocolos de intenções, acordos, entre outros, são empregadas para a realização desses negócios jurídicos, ou seja, para os tratados, sendo que isso não acarreta uma significativa alteração em sua natureza jurídica. Dessa maneira, o tratado internacional é o acordo entre dois ou mais sujeitos da comunidade internacional, no qual se destina a produzir determinados efeitos jurídicos (MORAES, 2006, p. 460).

Tecnicamente, a nomenclatura mais utilizada é o tratado, sendo que este não difere das demais: convenções, acordos, pactos, ajustes, etc., ou seja, não há especificidade, via de regra, entre os diversos nomes documentalmente consagrados. Uma vez que, no documento internacional se prestigia o conteúdo, a finalidade buscada pelas partes (BREGALDA NEVES, 2009, p. 17).

Hodiernamente, os tratados internacionais compõem a principal fonte de obrigação do Direito Internacional, enquanto acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes. Assim, como sucedeu no âmbito interno por conta do Pós-positivismo, no qual os princípios passaram a ganhar maior relevância como fonte do Direito Internacional na ordem contemporânea, no plano internacional, com o crescente positivismo internacional, os tratados se tornaram a fonte maior de obrigação (PIOVESAN, 2010, p. 43).

Imperioso destacar, a acepção de tratado na Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados, no qual dispõe no artigo 2º, “a”: “tratado” significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e

regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”.

Nitidamente, em 1969, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de forma genérica, codificou a expressão Tratado como terminologia para designar uma celebração de acordo internacional entre Estados. No entanto, quando se fala em acordos internacionais, também, aludem-se às diversas outras designações, tais como: Convenção, Carta, Protocolo, Tratado ou Acordo Internacional, Pacto, Convênio, etc.

Assinala Piovesan (2010, p. 45) que “os tratados internacionais somente se aplicam aos Estados-partes, ou seja, aos Estados que expressamente consentirem em sua adoção”.

Nesse ínterim, dispõe a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados no seu artigo 26: “Todo tratado em vigor é obrigatório em relação às partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”.

Aduz ainda, o artigo 27: “Uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado”.

Examina-se que esta convenção se assentou no princípio do *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser respeitados), assim como, no princípio da boa-fé. Sendo assim, na medida em que, no livre exercício de sua soberania, o Estado contraiu obrigações jurídicas no plano internacional, então cabe a ele conferir plena observância ao tratado do qual faz parte (PIOVESAN, 2010, p. 45).

Importa destacar que, a convenção adota, ainda, o princípio do livre consentimento. Deste modo, os Estados soberanos ao aceitar os tratados, comprometem-se a respeitá-los, uma vez que, os tratados são expressão de consenso. A exigência de consenso tem previsão legal no art. 52, da Convenção de Viena, no qual dispõe que, o tratado será nulo se sua aprovação for obtida mediante ameaça ou pelo uso da força, em violação aos princípios de Direito Internacional consagrados pela Carta das Nações Unidas (PIOVESAN, 2010, p. 46).

Destarte, os Estados têm a obrigação de cumprir os tratados que celebraram não podendo o Direito Interno fundamentar o inadimplemento dos compromissos internacionais do ente estatal, nos termos da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (arts. 27 e

46). (GONÇALVES PORTELA, 2010, p. 741).

Afirma Piovesan (2010, p. 46) que visando à adesão de mais Estados, os tratados admitem a formulação de reservas pelo Estado. As reservas têm o propósito de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas previsões do tratado, quando de sua aplicação naquele Estado. Todavia, consoante o disposto no artigo 19, da Convenção de Viena, são inadmissíveis as reservas que se mostrem incompatíveis com o objeto e propósito do tratado.

2. DO PROCESSO DE FORMAÇÃO DOS TRATADOS

O processo de elaboração dos tratados condiciona sua validade, porém é importante observar o cumprimento das etapas necessárias para sua preparação gerar efeitos, dentre as quais estão os atos de negociação, conclusão e assinatura do tratado.

Destarte, o primeiro passo ocorre com a assinatura do tratado pelo Poder Executivo; No entanto, este procedimento trata apenas de uma anuência pelo Estado em relação à forma e ao conteúdo final do tratado, pois não gera, ainda, efeito jurídico vinculante, simplesmente corrobora que o tratado é definitivo e autêntico.

A próxima etapa é conferida ao Poder Legislativo, pois são os parlamentares que irão apreciar e aprovar os tratados internacionais.

Nesse seguimento, a última fase pertence ao Poder Executivo, no qual o Chefe do Executivo terá que fazer a ratificação do tratado internacional, depositando-o em um órgão de custódia do documento.

Piovesan (2010, p. 47) aduz que, a ratificação é a confirmação formal por um Estado de que está obrigado ao tratado, ou seja, é o definitivo aceite. Logo, é o ato jurídico que irradia efeitos no plano internacional.

Segundo Alexandre de Moraes (2006, p. 460), via de regra, o Congresso Nacional pode aprovar os tratados e atos internacionais mediante a edição de decreto legislativo, consoante dispõe o art. 49, I, da CF/88, ato que dispensa sanção ou promulgação presidencial. Deste modo, o decreto legislativo contém aprovação do Congresso Nacional ao tratado e simultaneamente a autorização para que o Presidente da República ratifique-o em nome da República Federativa do Brasil, por meio da edição de um decreto presidencial.

Contudo, para a efetividade do tratado fica condicionada sua aprovação pelo Poder Legislativo e posterior ratificação pela autoridade do Poder Executivo, não obstante, em regra a assinatura é pelo órgão do Poder Executivo. Deste modo, como etapa final, o instrumento de ratificação será depositado em um órgão que assuma a custódia do instrumento (PIOVESAN, 2010, p. 47-48).

Examina-se que, o disposto no art. 49, I, da Carta Magna, dispõe sobre uma exclusividade de competência para o Congresso Nacional na celebração de tratados, acordos ou atos internacionais. No entanto, o art. 84, VIII, da CF/88 acrescenta que a competência é privativa do Presidente da República para celebração de tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

Aponta Piovesan (2010, p. 48-49), que para a finalização de tratados internacionais exige-se um ato complexo, no qual se faz imperativo a unificação da vontade presidencial que os celebra, e a dos parlamentares que os aprova, mediante decreto legislativo. No entanto, ocorrem atos distintos, mas complementares, ou seja, celebrado pelo representante do Poder Executivo, sucedendo sua aprovação pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo e, por fim, sendo ratificado pelo Presidente da República, seguida da troca ou depósito do instrumento de ratificação. Dessa forma, o tratado poderá produzir efeitos jurídicos.

Paulo Henrique Gonçalves Portela (2010, p. 737) destaca que, para sua conclusão no Brasil, o ato internacional necessita da colaboração dos Poderes Executivos e Legislativo. Com efeito, a celebração de tratados é competência privativa presidencial (CF, art. 84, VIII), porém não será possível sem a autorização do Congresso Nacional, que é competente para “resolver definitivamente sobre tratados, acordos, e atos internacionais que acarretam em cargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (CF, art. 49, I).

Portanto, sem a anuência parlamentar, o Presidente da República não poderá ratificar o ato internacional (GONÇALVES PORTELA, 2010, p. 737).

Com efeito, a exemplo de todo e qualquer ato internacional no Brasil, os tratados de direitos humanos também são celebrados pelo Poder Executivo e sujeitos a referendo do Legislativo em apreço, isso não significa que o Congresso se manifeste após a ratificação, mas sim após a assinatura e

antes da ratificação (GONÇALVES PORTELA, 2010, p. 739).

Destarte, não é adequada a afirmação de que cabe ao Congresso Nacional resolver definitivamente sobre os tratados no Brasil, tendo em vista que o poder para ratificar um ato internacional é do Presidente da República, enquanto ao Congresso Nacional cabe autorizar ou não a ratificação presidencial.

Contudo, no processo de formação dos tratados, pode-se constatar que há uma ampla discricionariedade dos poderes Executivo e Legislativo, já que incide em uma afronta ao princípio da boa-fé, tendo em vista que, a nossa sistemática constitucional, não traz previsão legal para que o Presidente da República encaminhe o tratado assinado por ele ao Congresso Nacional, assim como, não há previsão de um prazo para que o Congresso Nacional aprecie o tratado assinado, e, tampouco, não há prazo para que o Presidente da República ratifique o tratado, caso seja aprovado pelo Congresso Nacional (PIOVESAN, 2010, p. 50).

3. A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O processo de incorporação dos tratados de direitos humanos ao ordenamento jurídico brasileiro remete-nos para uma celeuma jurídica sobre a análise da inclusão desses tratados com o reflexo constitucional.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 outorgou ao Congresso Nacional, na hipótese de tratados e convenções internacionais que versam sobre os Direitos Humanos, a possibilidade de incorporar os tratados com status ordinário, consoante o art. 49, I, da Constituição Federal ou status de constitucional conforme § 3º, do art. 5º, CF/88. (MORAES, 2006, p. 460).

Para Alexandre de Moraes (2006, p. 462), a opção de incorporação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos será discricionária do Congresso Nacional, consoante o disposto no art. 49, I, ou § 3º, do art. 5º, da CF/88.

Sem embargo, abriu-se a possibilidade de que os tratados de direitos humanos sejam submetidos a um procedimento diferenciado de apreciação legislativa, isso a partir da introdução da EC/45, do § 3º, do

art. 5º, da CF/88, no qual consiste na aprovação de seu texto em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, por 3/5 dos votos dos respectivos membros. Salienta-se que, nestes termos, a aprovação dos tratados confere às normas de direitos humanos que se encontram em seu bojo o caráter de equivalentes às emendas constitucionais (GONÇALVES PORTELA, 2010, p. 738).

Averigua-se que, o próprio artigo 47 da Constituição Federal, no momento que alude à expressão “Salvo disposição em contrário”, excepciona os tratados de direitos humanos do procedimento comum, pois os remete para o § 3º do artigo 5º, da CF/88.

Verifica-se que, até o momento, o único tratado aprovado pelo Congresso nos termos do § 3º, do art. 5º, da Carta Magna foi a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o que ocorreu por meio do Decreto Legislativo 186, de 09/12/2008. Ressalta-se que, o mencionado tratado já foi ratificado pelo Brasil e promulgado pelo Decreto 6.494, de 25/08/2009 (GONÇALVES PORTELA, 2010, p. 738).

Clève; Sarlet e Paglarini, (2007, p. 351) ressalta que, caso o tratado resultar “(...) em uma situação pior para a pessoa humana do que a decorrente do nosso sistema constitucional positivo, não haverá de se incorporar o tratado neste particular, já que se tornaria violador de “cláusula pétreia” da nossa Constituição”.

Com efeito, a nossa Carta Magna é o estatuto fundamental do Estado brasileiro. De tal modo, que estão todas as leis e tratados, que sejam celebrados pelo Brasil, sob o domínio normativo da Constituição da República. Logo, o tratado internacional que incorporado ao nosso sistema transgredir, formal ou materialmente não terá qualquer valor jurídico.

Determina o artigo 5º, §1º, da CF/88 que: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

A partir desse dispositivo, parte da doutrina entende que a emissão do Decreto presidencial, que promulga o tratado e ordena a sua publicação e que é a etapa final do processo de incorporação do tratado à ordem jurídica interna brasileira, não é mais necessária para que as normas internacionais gerem efeitos em território nacional, imediatamente após a sua entrada em vigor no âmbito internacional e a ratificação pelo Estado brasileiro.

Revela Paulo Henrique Gonçalves Portela (2010, p. 739) que, a

maior celeridade na entrada em vigor do tratado de direitos humanos no Brasil está em conformidade com o valor da dignidade humana. Assim, a ideia da dispensa do Decreto presidencial está em consonância com princípios como o da máxima efetividade das normas constitucionais e o da interpretação sistemática.

Todavia, essa ideia difere do posicionamento do STF, no qual entende que o Decreto presidencial é o ato final no procedimento de incorporação do tratado ao ordenamento jurídico brasileiro.

Não se pode olvidar que, o Decreto presidencial tem a importante função de dar publicidade às normas, em consonância com o espírito do Estado Democrático de Direito (GONÇALVES PORTELA, 2010, p. 740)

Portanto, nota-se que o princípio da aplicabilidade imediata não dispensa o Decreto presidencial, apesar da demora deste ensejar prejuízo na promoção dos direitos humanos.

4. A HIERARQUIA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO E O § 3º, DO ART. 5º, DA CF/88

A discussão alusiva ao emprego dos tratados de direitos humanos no Brasil induziu a probabilidade de consagrar as normas internacionais com o escopo de alcançar status mais condizente, por sua relevância.

Em 1977, os tratados de direitos humanos eram ponderados como normas supralegais. No entanto, entre 1977 e 1988, submeteram-se os tratados de direitos humanos ao status de lei ordinária com critérios cronológicos e da especialidade, com normas da mesma hierarquia.

Revela a história do nosso ordenamento jurídico pátrio que até 1988, os tratados jamais se revestiram dessa hierarquia constitucional, incorporando assim, o status supralegal até 1977, quando sobrevieram a ser percebidos como lei ordinária (GONÇALVES PORTELA, 2010, p. 741).

Mormente, consoante o § 2º, do art. 5º, da nossa Carta Política, notava-se que doutrinadores apontavam pela constitucionalidade material dos tratados de direitos humanos. Todavia, o posicionamento majoritário do Supremo Tribunal Federal é no sentido de tradicional, ou seja, de lei ordinária. Apesar disso, constatam-se recentes entendimentos considerando o status supralegal e constitucional dos tratados de direitos humanos.

Todavia, após a inserção do § 3º, do art. 5º, da Carta Magna, redação dada pela EC/45, nota-se que a doutrina pugna pela constitucionalidade material e formal dos tratados de direitos humanos. Contudo, na prática esta norma ainda não foi aplicada.

Nesse ínterim, vem prevalecendo o entendimento de que os tratados de direitos humanos tem status distinto segundo seu processo de aprovação, de tal modo, diferencia-se os tratados aprovados no Congresso Nacional sob a égide da norma da CF, artigo 5º, § 3º daqueles aprovados por processo distinto e cuja aplicação depende da interpretação atribuída ao preceito constante do artigo 5º, §2º da Carta Magna (GONÇALVES PORTELA, 2010, p. 741).

Para alguns doutrinadores, o artigo 5º, § 2º, da Constituição impõe às normas internacionais de direitos humanos um caráter constitucional material. Porém, recentemente, o Supremo mantinha, ainda, o entendimento de que todos os tratados se revestiam do status de lei ordinária, inclusive os de direitos humanos (GONÇALVES PORTELA, 2010, p. 129-130).

Nossa Carta Política trouxe a possibilidade de conferir aos tratados de direitos humanos, o status compatível com a relevância maior de suas normas. Precipuamente, no art. 5º, § 2º, o qual determina que os direitos reconhecidos no texto constitucional não excluam outros “decorrentes do regime e dos princípios por eles adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. “É a chamada cláusula de abertura dos direitos fundamentais”, que esteve presente em todas as Constituições brasileiras desde 1891, mas somente passou a abranger os tratados de direitos humanos em 1988. Para alguns doutrinadores, esse dispositivo impõe caráter constitucional material às normas internacionais de direitos humanos (GONÇALVES PORTELA, 2010, p. 741-742).

Cabe destacar que, o Supremo Tribunal Federal, ainda, não reconheceu amplamente a constitucionalidade das normas de direitos humanos. Desde 2007, os ministros oscilam sob três entendimentos: a equiparação dos tratados de direitos humanos à lei ordinária, a supralegalidade e a constitucionalidade material (GONÇALVES PORTELA, 2010, p. 742).

Salienta-se que, procurando direções mais adequadas com o primado da proteção da dignidade humana, o STF passou a reavaliar sua

visão tradicional acerca da aplicação dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica brasileira, isso resultou na afirmação de duas novas noções: por ora, majoritária, a supralegalidade, e a constitucionalidade das normas internacionais de direitos humanos, ainda, minoritária (GONÇALVES PORTELA, 2010, p. 743).

Não obstante, a supraconstitucionalidade dos tratados permanece, ainda, sendo rejeitada pelo STF, apesar de ter respaldo na doutrina e ser consagrada no art. 27 e 46, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

O desprezo da orientação de que as normas internacionais de direitos humanos equivaleriam à lei ordinária, por sua vez, majoritariamente, levou ao Pretório Excelso o seguimento pela supralegalidade dos tratados de direitos humanos.

Todavia, já existe, a visão minoritariamente no STF, de que todos os tratados de direitos humanos seriam materialmente constitucionais. Tal visão foi defendida pelo Ministro Celso de Mello em voto proferido no julgamento HC 87.585/TO (GONÇALVES PORTELA, 2010, p. 744).

Corroborava Mazuoli, entendendo que qualquer tratado de direitos humanos, independentemente do *quorum* de aprovação, se for ratificado pelo Brasil, terá caráter e status de norma constitucional.

Observando, a EC/45, no qual acrescentou ao texto constitucional o § 3º, ao art. 5º, da Carta Magna que dispõe: “Os tratados e Convenções sobre direitos humanos que foram aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Averigua-se que, o escopo dessa ampliação seria para resolver a controvérsia referente à hierarquia dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa maneira, desde que os tratados sejam aprovados por este procedimento especial, abre-se a possibilidade para que as normas internacionais de direitos humanos adquiram, também, status constitucionais formal, o que, somente, sucedeu na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinada em Nova York, em 30/03/2007, e promulgada pelo Decreto 6.494, de 25/08/2009. (GONÇALVES PORTELA, 2010, p. 130).

Apesar disso, muito embora as normas internacionais de direitos humanos possam modificar a ordem constitucional visando à inserção de normas mais protetivas, por sua vez, os tratados não podem contrariar as cláusulas pétreas, pois eles equivalem às emendas constitucionais, (GONÇALVES PORTELA, 2010, p. 745).

Por enquanto, pelo procedimento do § 3º, do art. 5º, da Carta Política, somente foi aprovado pelo Congresso Nacional a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência mediante o Decreto Legislativo 186, de 09/07/2008. Assim, por conseguinte, através do Decreto 6.494, de 25/08/2009 restou ratificada e incorporada no nosso ordenamento jurídico pátrio.

Contudo, resta claro, que há posicionamento no Pretório Excelso, no sentido da aplicação do princípio da primazia da norma mais favorável no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, nota-se no voto do Ministro Celso de Mello no julgamento do HC 90.450/MG, no qual coloca tal princípio como critério que deve reger a interpretação do Poder Judiciário, asseverando que “Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico, consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica”. Nesse voto, restou ainda registrado que a proibição da prisão do depositário infiel é um “caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano”. (GONÇALVES PORTELA, 2010, p. 746).

5. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL

Observa-se que, em 2008, por meio do Decreto Legislativo nº 186 e em 25 de agosto de 2009, mediante o Decreto Executivo nº 6.949, a Convenção da ONU foi ratificada pelo Brasil e, desde então, consagrou ao nosso ordenamento jurídico, o primeiro tratado internacional de direitos humanos com o status de Emenda Constitucional, consoante o disposto no § 3º, do art. 5º, da Carta Política.

Com efeito, verifica-se que iniciativa de incorporação dessa Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi louvável, pois reproduziu um marco na história da conquista dos direitos humanos no Brasil.

Apesar disso, nota-se que em 2006, a ONU adotou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assim como, em 1999 foi adotada pela OEA, a Convenção Interamericana sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra Pessoas com Deficiência. Assim sendo, há um inovador reconhecimento explícito, no qual o meio ambiente econômico e social pode ser causa ou fator de agravamento de deficiência, pois apresenta uma definição inovadora de deficiência, compreendida como toda e qualquer restrição física, mental ou sensorial, permanente e temporária, que limita o exercício de direito e que pode ser causada ou agravada pelo ambiente econômico e social. (PIOVESAN, p. 301-302).

Assevera Piovesan (2009, p. 302) que estes instrumentos têm como finalidade assegurar, proteger e promover o pleno exercício dos direitos humanos das pessoas com deficiência, assim para a implementação destes direitos, demanda aos Estados-partes medidas legislativas, administrativas e de outra natureza.

A Convenção da ONU aduz que, deve-se dar oportunidade para que as pessoas com deficiência participem ativamente dos processos decisórios relacionados a políticas e programas que as afetem. Assim, os Estados quando forem elaborar ou implementar leis e medidas para efetivação da Convenção e outras políticas que impactem as vidas dos deficientes físicos deve, obrigatoriamente, consultá-los, por meio de seus representantes e organizações (PIOVESAN, 2009, p. 302).

Para Piovesan (2009, p. 316) o maior problema está na falta de consciência da coletividade, bem como no alargamento de uma cultura inclusiva, sendo que estes são os meios mais eficazes para garantir o respeito às pessoas com deficiência.

Salienta-se que, antes um grande número de pessoas vivia à margem afastada do convívio social. E, só, recentemente, eles receberam a proteção constitucional, pois os direitos das pessoas com deficiência somente puderam ser notados em 1978; Todavia, o regime ditatorial comprometeu a eficácia dessa norma limitando os direitos e garantias individuais. No entanto, se examina que na Carta Magna houve a manutenção dos direitos previstos pela EC nº 12/78 (PIOVESAN, 2009, p. 298).

Nas lições de Zulmar Fachin (2012, p. 610-611) podemos conferir algumas garantias que foram consagradas para as pessoas com deficiência, vejamos:

A Constituição de 1988 teve especial preocupação com os direitos das pessoas com deficiência. Especificamente, no capítulo da educação, previu que o dever do Estado com o direito à educação será efetivado mediante a garantia de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino (art. 208, inciso III).

Vale ressaltar que o Brasil é signatário da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovado pela Organização dos Estados Americanos e incorporada ao Direito brasileiro pelo Decreto Legislativo n. 186/2008. Tal Convenção, cujas normas são equivalentes às emendas constitucionais (art. 5º § 3º), impõe aos Estados-Partes deveres relativos às pessoas com deficiência, tais como:

- a) efetivar o direito das pessoas com deficiência à educação sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, assegurando sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida;
- b) assegurar às pessoas com deficiência a possibilidade de adquirir competências práticas e sociais necessárias de modo a facilitar às pessoas com deficiência sua plena e igual participação no sistema de ensino e na vida em comunidade;
- c) tomar medidas apropriadas para empregar professores, inclusive professores com deficiência, habilitados para o ensino da língua de sinais e/ou braile, e para capacitar profissionais e equipes atuantes em todos os níveis de ensino;
- d) assegurar que as pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino superior em geral, treinamento profissional de acordo com sua vocação, educação para adultos e formação continuada, sem discriminação e em igualdade de condições (art. 24).

Vale ressaltar que, nos termos da referida Convenção, o presidente da República publicou o Decreto 7.611, de 17 de novembro de 2011, dispondo sobre a educação especial, o atendimento educacional especial e outros temas.

Ressalta-se que, o momento histórico de 1988 não só permitiu a ampla incorporação dos direitos então reivindicados por este grupo no processo de elaboração da Carta Magna, bem como favoreceu a

participação democrática das associações “de/para” pessoas com deficiência (Piovesan, 2009, p. 298).

Todavia, sabemos que subsiste a violação dos direitos das pessoas com deficiência, mesmo com a previsão legal especificada, assim como os instrumentos garantidores desses direitos, pois a concretização dos dispositivos constitucionais ainda constitui meta a ser alcançada, ainda que passados anos de vigência da Carta Magna (PIOVESAN, 2009, p. 299).

Aponta Piovesan, (2009, p. 300) que o Poder Público e a sociedade em geral não possuem a sensibilidade para lidar com a realização destes direitos, pois o problema está na falha de eficácia das normas dos direitos das pessoas com deficiência.

Resta claro, que há um longo caminho a percorrer, pois ainda não existe uma clara compreensão do amplo alcance das obrigações convencionais de proteção, que conectem todos os poderes e agentes do Estado. Há que se adotar e aplicar as medidas nacionais de implementação, assegurando a aplicabilidade direta das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no plano do direito interno (CANÇADO TRINDADE, 2006, p. 116).

No entanto, existe, ainda, um tempo possível para mudar essa rota e navegar para a salvação. Na fimbria do horizonte já luzem os primeiros sinais da aurora. É a esperança de uma nova vida que renasce (COMPARATO, 2010, p. 563).

Importante frisar que, “o respeito pela dignidade da pessoa humana deve existir sempre, em todos os lugares e de maneira igual para todos (...)” (DALLARI, 2009, p. 15).

Neste sentido, consagrou a Constituição de 1988, a dignidade humana como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 1º, III).

Salienta Cançado Trindade (2006, p. 17) em meio ao processo de humanização do Direito Internacional, o ser humano, atualmente, passa a ocupar uma posição central correspondendo como um sujeito do direito interno e internacional, assim ocupa-se diretamente da identificação e concretização de valores e metas comuns superiores.

Hodiernamente, difunde-se a visão de que os direitos humanos se fundam no reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da espécie humana, entendidos como iguais em sua essência, não

obstante qualquer peculiaridade física, mental ou intelectual ou qualquer outro aspecto de sua existência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa partiu da reflexão sobre a nova redação apresentada pela EC nº 45/2004, especificamente, sobre o disposto no § 3º, do art. 5º, da Constituição Federal, o qual trouxe um procedimento legislativo especial para incorporação de tratados internacionais no ordenamento jurídico pátrio.

Neste diapasão, o trabalho demonstrou sobre o processo de formação dos tratados internacionais e assim revelou que estes ocorrem mediante os atos complexos conjugados pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Discorreu, também, acerca da incorporação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. Deste modo, observou-se que um tratado pode ser incorporado ou não, com o status de norma constitucional.

Por fim, o presente estudo tratou sobre a proteção dos direitos das pessoas com deficiência, demonstrando que, apesar de existir uma legislação interna e internacional constitucionalmente vigente, ainda, é perceptível a ocorrência de constantes violações aos direitos destes.

Nesse contexto, sob a perspectiva dos direitos humanos, nota-se que o Brasil deu um grande avanço quando ratificou os direitos das pessoas com deficiência em nosso ordenamento jurídico pátrio.

Contudo, ainda, pode-se observar que persiste a ausência de efetividade destas normas, pois se examina que é necessária uma maior inclusão deste grupo ao convívio social, sendo imprescindível o desenvolvimento de mais políticas públicas voltadas para a inserção desta parcela à coletividade.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal <
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm> acesso em 01.05.2012.

BREGALDA NEVES, Gustavo. **Direito internacional público e direito internacional privado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6. ed. atualizada até a EC. n° 52/06. São Paulo: Atlas, 2006.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2009.

FACHIN, Zulmar, **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES PORTELA, Paulo Henrique. **Direito internacional público e privado**. 2. ed. Salvador, Jus Podivm, 2010.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2107, 8 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12584>>. Acesso em: 1 maio 2012.

ONU. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm> acesso em 01.05.2012.

ONU. **Estatuto da corte internacional de justiça**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm> acesso em: 22.04.2012.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: 2010.

RAZEK, J. Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO AUTORAL NO BRASIL: efetivação do princípio da função social

Mariése Garcia Costa Rodrigues de Alencar

Mestranda em Direito pela UFS; Especialista em Direito
Processual pelo Centro de Ensino Superior de Maceió
(CESMAC); Professora do curso de graduação em Direito da
Faculdade de Sergipe (FASE); Advogada.

Sumário: Introdução; 1. Processo de Constitucionalização do Direito: Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito: 1.1 Estado Liberal; 1.2 Estado Social; 1.3 Estado Democrático de Direito; 2. Constitucionalização do Direito Autoral: 2.1. Breve Histórico do Direito de Autor no Sistema Jurídico Brasileiro; 2.2 A Constituição Federal de 1988 e o Direito Autoral; 2.3 O Direito Autoral e sua Função Social; Considerações Finais; Referências.

Resumo: Neste artigo buscou-se demonstrar que o Direito sofreu diversas transformações na passagem do Estado Liberal para o Social e, posteriormente, para o Estado Democrático do Direito. A mais importante mudança foi a constitucionalização do Direito, que surgiu no Brasil já na fase de elaboração e promulgação da atual Constituição Federal. Esta fase foi influenciada pela ideologia do pós-positivismo e se caracterizou pela existência da força normativa da Constituição, no sentido de que todos os institutos jurídicos devem ser analisados sob a ótica constitucional. Dentre tais institutos, destaca-se, neste trabalho, a constitucionalização do direito autoral, o qual teve sua concepção inicial de direito meramente individual modificada, vez que passou a ser analisado também sob seu aspecto social, levando-se em consideração o princípio constitucional da função social da propriedade. Deste modo, em decorrência da constitucionalização do direito do criador intelectual, tornou-se imprescindível a efetivação de sua função social, cabendo ao Estado Democrático de Direito essa responsabilidade, em razão de ser ele o Estado concretizador dos direitos e garantias fundamentais.

Palavras-chave: Constitucionalização do direito autoral; função social da propriedade; Estado Democrático de Direito.

Abstract: This article sought to demonstrate that the Right has undergone several transformations in the transition from the Liberal State to the Welfare State, and later to the Democratic rule of law. The most important change was

the constitutionalization of the Law, which has emerged in Brazil during the elaboration and promulgation of the present Federal Constitution. This phase was influenced by the ideology of post-positivism and it is characterized by the existence of the normative force of the Constitution, in the sense that all legal institutes must be analyzed from a constitutional perspective. Among these institutes, in this work, it is highlighted the constitutionalization of author's right, which had its initial conception, as a merely individual right, modified, and now it is also analyzed in its social welfare aspect, taking into account the constitutional principle of social function of property. Thus, due to the constitutionalization of the intellectual creator's right, it became essential the effective implementation of its welfare social function, being the Democratic rule of law the responsible of such action, once it is the State that effectively consolidates the rights and guarantees.

Keywords: Constitutionalization of author's right; social function of property; Democratic rule of law.

INTRODUÇÃO

Ao longo da história, o Direito sempre foi um reflexo dos interesses e das ideologias predominantes em determinado período. Por este motivo, o ciclo de transformações ocorridas na evolução da humanidade influenciou sobremaneira o seu desenvolvimento. Assim ocorreu no período de transição do Estado Liberal até o atual Estado Democrático de Direito, tendo cada um influenciado o ordenamento jurídico de diferentes formas, em um processo evolutivo que teve como ponto culminante a constitucionalização do Direito.

Nesta fase de constitucionalização do Direito, diversos institutos jurídicos passaram a ser analisados sob a ótica constitucional, em razão da influência do pós-positivismo e da atribuição de força normativa à Constituição. Foi o que ocorreu com o direito autoral, visto que passou ele a ser analisado sob uma nova perspectiva, tendo em vista sua função social, tornando-se necessária uma releitura de tal instituto, não no sentido de pôr fim aos direitos individuais do autor, mas sim de buscar uma harmonia entre os direitos subjetivos do criador intelectual e o interesse da sociedade.

A finalidade do estudo realizado neste artigo é demonstrar que, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social e, em seguida,

para o Estado Democrático de Direito, houve uma mudança de paradigma do Direito, passando o mesmo por um processo de constitucionalização, modificando a forma de analisar diversos institutos jurídicos, dentre eles, o direito autoral.

1. PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO: ESTADO LIBERAL, ESTADO SOCIAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Com a Constituição Federal de 1988, o fenômeno de constitucionalização do Direito no Brasil teve sua aurora, e isto se deu juntamente com o surgimento do Estado Democrático de Direito. Todavia, vários fatores contribuíram para se chegar a tal fenômeno, os quais decorreram, principalmente, das ideologias associadas a outros modelos de Estado, como o Liberal e o Social.

1.1 Estado Liberal

No século XVIII, em razão da insatisfação da burguesia, classe economicamente dominante, com as atrocidades cometidas pelos monarcas que representavam o Estado, ocorreram movimentos revolucionários, como a Revolução Francesa e a Independência Americana, com o escopo de pôr fim ao regime absolutista, o qual se caracterizava por uma forte intervenção Estatal. Como consequência dessas revoluções fortemente influenciadas pelo Iluminismo, e compondo o ideário do Estado de Direito concebido pela burguesia da época, surgiu o Estado Liberal que tinha como primado o direito de liberdade.

O modelo apresentado pelo Estado Liberal caracterizou-se por priorizar a figura do indivíduo, procurando separar o Estado da sociedade, o público do privado, através da não intervenção do poder público na esfera individual das pessoas, nem mesmo para a concreção dos interesses sociais. É o também denominado Estado abstencionista, na medida em que cabe a ele apenas a garantia da ordem e da segurança jurídica, abstando-se de intervir nas relações privadas.

Foi nesse contexto histórico que surgiram os Direitos Humanos de primeira geração, de acordo com a classificação de Norberto Bobbio (*apud* WACHOWICZ, 2006, p. 39). Nesta fase, os direitos fundamentais

eram tidos como meramente individuais, subjetivos, tendo como titular apenas o homem singular, inserindo-se entre eles o direito de propriedade, mais especificamente, a intelectual. Desconhecia-se, então, o interesse público pelo acesso ao conhecimento, uma vez que se considerava apenas o interesse de ordem egoística, individual. Assim explica Wachowicz sua gênese (2006, p. 39):

Em face do poder soberano do Estado absolutista e da consagração dos direitos individuais, surge a necessidade de assegurar garantias que limitem o poder do Estado em face dos direitos do cidadão. Trata-se dos direitos da liberdade, que têm por titular o indivíduo, e são oponíveis ao Estado.

Além do surgimento dos direitos fundamentais de primeira geração, o Estado Liberal passou a garantir constitucionalmente a divisão dos poderes, porém dava um maior destaque ao Poder Legislativo, em razão da atividade legiferante que exercia, até mesmo porque esse modelo estatal tinha como “centro de gravidade” (DELFINO, ROSSI, 1998, p. 72) a lei, sendo, por essa razão, também conhecido como Estado da legalidade. Ao Poder Judiciário cabia apenas aplicar a lei ao caso concreto, utilizando-se de uma interpretação meramente gramatical, pois, se assim não fosse, acreditava-se que estaria o magistrado substituindo a vontade do legislador.

O Estado da legalidade, apesar de não intervir diretamente nas relações privadas, disciplinava, através do Poder legislativo, o direito privado, com a aprovação das leis e dos códigos. Fundamentado na ideologia do positivismo jurídico, doutrina dominante da época, buscava-se a completude do ordenamento jurídico, acreditando-se em um sistema fechado, com a falsa ideia de que seria admissível regular todas as situações possíveis nos códigos.

Ressalte-se que o fato de o Estado Liberal priorizar a lei e os códigos com base no positivismo jurídico não significa que não existia naquela época uma norma constitucional, tanto existia que é na Constituição de cada país que está assegurada a divisão dos poderes. Todavia, a norma constitucional daquele período possuía um status político, sendo destituída de força normativa.

No Brasil, o Código Civil de 1916 foi elaborado sob a influência do positivismo jurídico, fundado na ideia de completude e de

centralidade, assim como o liberalismo, que representava os interesses da burguesia, tendo sido estruturado com base nos direitos meramente individuais de propriedade, contrato e família, não se preocupando com os valores existenciais, mas tão-somente com a questão patrimonial, característica da ideologia da época.

1.2 Estado Social

Após a primeira guerra mundial, ocorreu a derrocada do Estado Liberal em um cenário de grandes desigualdades sociais e econômicas, decorrente da preponderância dos interesses privados sobre o público, o que levou o poder público a olvidar os anseios da sociedade. Surgiu, então, um novo modelo de Estado de Direito, o Estado Social ou Welfare State.

O Estado Social teve como princípio fundamental o da igualdade, não com a ideia inicial de isonomia trazida pelo Estado Liberal, em que todos deveriam ser tratados de forma igual, independentemente das suas desigualdades, mas sim com uma nova concepção de igualdade, a real, material, “niveladora” (BONAVIDES, 2007, p. 379), em que as diferenças socioeconômicas e culturais dos indivíduos devem ser consideradas, de tal forma que os desiguais sejam tratados de forma diferente, claro que somente na medida de suas desigualdades⁶¹.

Com o advento do Estado Social no século XX, o qual substituiu o Estado Liberal do século XIX, o indivíduo deixou de ser priorizado em nome de um interesse superior, o da sociedade. A posição do Estado perante a sociedade sofre mudanças importantes, deixando ele de ser inerte frente aos problemas sociais e passando a intervir nas relações privadas, a reger as garantias individuais para suprir as carências da sociedade, em busca de assegurar o bem-estar social e efetivar a igualdade material, caracterizando-se, assim, como um Estado intervencionista.

Diante do grande intervencionismo estatal na esfera privada, começam a surgir leis extravagantes que têm por finalidade disciplinar novos institutos não previstos nos códigos, abalando aos poucos a estrutura fixada pelo positivismo jurídico, que buscava sempre o ideal da completude.

⁶¹ Paulo Bonavides afirma que a igualdade real “é o grau mais alto e talvez mais justo e refinado a que pode subir o princípio da igualdade numa estrutura normativa de direito positivo”. (2005, p. 379).

Nesse período, atenuou-se substancialmente a separação entre poder público e sociedade, introduzindo-se institutos que constituem os fundamentos históricos dos direitos sociais. É nesta etapa que surgem os Direitos Humanos de segunda geração, um legado das doutrinas socialistas, inserindo-se entre eles o acesso à educação, ao trabalho, à saúde etc. (WACHOWICZ, 2006, p. 39). É em decorrência desses direitos que institutos como o da propriedade, inclusive a intelectual, passam a ser protegidos, desde que cumpram sua função social. Todavia, é importante explicar que, com o surgimento dos direitos fundamentais de segunda geração, não desapareceram os de primeira, não se sacrificando as esferas jurídicas autônomas dos indivíduos.

Assim, os textos constitucionais começaram a tratar de assuntos que anteriormente somente eram disciplinados pelo Direito Privado, mas preocupando-se também com o seu aspecto social em decorrência do próprio intervencionismo estatal, como, por exemplo, o direito de propriedade e sua função social.

Cabe salientar que, na época do Estado Social, o Poder Judiciário modificou timidamente sua postura, passando a ter uma maior liberdade no processo interpretativo, visto que o papel do magistrado não era mais limitado à aplicação literal da lei ao caso concreto, podendo utilizar-se de outros métodos interpretativos como, por exemplo, o sistemático e o teleológico.

1.3 Estado Democrático de Direito

Lamentavelmente, como decorrência do movimento antiliberal, surgiram estados autoritários, os quais, apoiados na legalidade, promoveram atrocidades com a falsa alegação de assegurar a justiça social, o que colaborou para a derrocada do positivismo jurídico. Aliado a isto, houve o fato de o Estado Social não ter atingido suas finalidades, visto que não conseguiu efetivar os direitos sociais previstos nas normas constitucionais da época. Frente a esta situação, tornou-se imprescindível uma reformulação do Estado Social, sobrepondo-se a ele o atual Estado Democrático de Direito.

Como uma oposição aos regimes totalitários, o Estado Democrático de Direito procurou garantir constitucionalmente um ordenamento jurídico participativo, pluralista e aberto, na medida em que

assegurou a participação do povo no poder, característica da própria democracia, buscando construir uma sociedade livre, justa e solidária, que tem por base a fraternidade.

Com o fracasso do positivismo jurídico, surgiu uma nova ideologia, a do pós-positivismo, a qual “busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas” (BARROSO, 2005, p. 3) É neste contexto que os princípios ganham uma nova feição, passando eles a ter força normativa.

Após a Segunda Guerra Mundial, em particular no Brasil, já no período de elaboração e promulgação da Constituição Federal de 1988⁶², com o fim dos regimes totalitários e com o nascimento do pós-positivismo, iniciou-se o processo de constitucionalização do Direito, momento em que houve a ascensão do Direito Constitucional e o reconhecimento da imperatividade das normas constitucionais, passando a Constituição a possuir também um status jurídico, bem como a ter força normativa.

Através da força normativa da Constituição, a norma constitucional passou a ser o centro de gravidade do sistema jurídico, e não mais a lei, na medida em que todas as normas infraconstitucionais passaram a ser lidas e interpretadas sob o foco da Constituição, até mesmo o próprio Código Civil, considerado no Estado Liberal como a Constituição do direito privado.

Foi neste contexto histórico que surgiram os Direitos Humanos de terceira, quarta e quinta gerações. Entre os direitos de terceira geração encontram-se a comunicação, o meio-ambiente, a paz e os bens patrimoniais de significativo valor para toda a humanidade. Segundo Wachowicz, eles “[...] surgem como corolário do direito de solidariedade humana, sem que haja determinada pessoa como destinatário, mas, antes, toda a coletividade, em sua acepção difusa” (2006, p. 40).

⁶² Luiz Roberto Barroso explica que “No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988” (BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 27 mar. 2012).

Preferindo a expressão “direitos fundamentais de terceira geração”, Bonavides (2005, p. 569), explica que eles possuem uma dimensão “[...] que se assenta sobre a fraternidade, conforme assinala Karel Vasak, e provida de uma latitude de sentido que não parece compreender unicamente a proteção específica de direitos individuais e coletivos”. Em suma, conforme explica Bonavides (2005, p. 569), eles “têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”.

Os direitos de quarta geração, referentes à globalização, relacionam-se “[...] à derradeira fase de institucionalização do Estado Social, ensejando a concepção de direitos cuja caracterização teórica ainda não se encontra adequadamente definida” (WACHOWICZ, 2006, p. 41). Para Bonavides (2005, p. 571): “São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo”.

Enfim, os de quinta geração, atinentes ao “direito da realidade virtual, da Informática e da internet”, que parte “[...] do reconhecimento da importância das modernas tecnologias da informação subjacentes na sociedade do conhecimento e nos desafios para a democratização e transparência do Estado” (WACHOWICZ, 2006, p. 40-41).

É evidente que a quinta geração dos Direitos Humanos se reporta aos princípios da liberdade de expressão e do acesso à informação, situando-se, de um lado, a difusão das idéias e dos entendimentos e, de outro, “[...] as garantias cada vez mais relevantes do direito de informação ao usuário/cidadão” (WACHOWICZ, 2006, p. 41).

Nesse processo de constitucionalização do Direito, sem dúvida, uma das principais características do Estado Democrático de Direito passou a ser a busca pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente - meta esta não alcançada pelo Estado Social -, razão pela qual cabe considerá-lo como um Estado concretizador dos Direitos Humanos em todas as suas gerações. Como Estado concretizador dos direitos fundamentais, cabe ao Estado Democrático de Direito a difícil tarefa de proporcionar o desenvolvimento social, econômico e cultural à população.

Para atingir esse escopo, tornou-se necessário uma modificação mais significante na postura adotada pelo Poder Judiciário, cabendo ao

juiz não apenas julgar com base nos métodos interpretativos tradicionais (gramatical, sistemático, histórico etc.), uma vez que estes não eram mais suficientes, mas utilizar-se de um uma interpretação constitucional voltada para a análise dos princípios fundamentais, até mesmo em razão da sua normatividade, procurando sempre a solução que mais se aproximasse do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Contudo, esta nova interpretação constitucional é muito mais complexa, haja vista que existem situações em que ocorrem colisões entre os direitos fundamentais, e como eles possuem igual hierarquia, torna-se complicado solucionar o problema, sendo necessária a utilização de outros métodos, que não o subsuntivo, na atividade interpretativa.

Em situações de colisões de normas constitucionais, deve o intérprete utilizar-se do princípio da proporcionalidade⁶³, mais especificamente, o método da ponderação de normas, bens ou valores, procurando sempre, através de sua aplicação, alcançar aquele resultado que mais se aproxime do princípio de maior hierarquia do Estado Democrático de Direito, qual seja, o da dignidade da pessoa humana. Logicamente que uma norma constitucional irá prevalecer sobre a outra, porém isto não significa que a outra norma não será considerada, até mesmo porque é dever do intérprete preservar o máximo de cada uma das normas constitucionais.

Diante da necessidade de assegurar a supremacia da Constituição e da relevância dos seus princípios fundamentais, tornou-se imprescindível a criação de métodos de controle de constitucionalidade. No Brasil, apesar da existência do controle de constitucionalidade concreto e abstrato anteriormente a Carta Constitucional de 1988, somente após a sua promulgação foi que realmente houve uma expansão

63 Ao tratar da teoria dos princípios, Humberto Ávila afirma que a proporcionalidade tem como função a estruturação e aplicação das regras e princípios, não se tratando, por esse motivo, de um princípio, mas sim de um postulado normativo aplicativo. Para ele, “definindo a proporcionalidade como princípio/regra, confunde-se o objeto de aplicação com o critério de aplicação” e utilizando-se de uma metáfora, afirma que “quem define a proporcionalidade como princípio confunde a balança com os objetos que ela pesa” e, dessa forma, “perde de vista a diferença entre o que deve ser realizado (princípios/regras) e o que serve de parâmetro para a realização (postulados)”. Explica ainda que, por encontrar-se em outro nível, trata-se ela de uma “metanorma”. (2009, p. 139).

da jurisdição constitucional.

Como decorrência da força normativa da Constituição, característica na atual fase de constitucionalização do Direito, houve a expansão da jurisdição constitucional e a aplicação de uma nova interpretação constitucional, o que colaborou para uma importante mudança no papel adotado pelo Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, sobressaindo-se ele com relação aos Poderes Executivo e Legislativo, e tornando possível a efetivação dos direitos e garantias fundamentais de todas as gerações.

2. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO AUTORAL

A principal meta do Estado Democrático de Direito é, sem dúvida alguma, buscar a concretização dos direitos e garantias fundamentais, e para atingir esse fim, tornou-se necessária uma transformação na própria estrutura do Direito. Assim, o direito deixou de ser analisado sob a ótica do Estado Liberal e do positivismo jurídico, e todos os seus institutos passaram a ser lidos e interpretados sob o enfoque constitucional, em um processo de constitucionalização do Direito.

Dentre os institutos que sofreram profundas alterações, encontra-se o direito autoral, o qual passou a ser analisado sob uma perspectiva constitucional, considerando não apenas os direitos morais e patrimoniais do autor, mas também os direitos constitucionalmente assegurados, à educação, à cultura e ao livre acesso à informação, procurando sempre tornar efetivo o princípio da função social da propriedade.

2.1. Breve Histórico do Direito de Autor no Sistema Jurídico Brasileiro

A proteção ao direito autoral no sistema jurídico brasileiro é matéria por demais antiga, aparecendo já na primeira Constituição brasileira, de 1891, e em todas as demais, com exceção da denominada Constituição Polaca, de 1937. A propósito, segundo Eboli (2006, p. 29), os textos constitucionais tenderam a certa homogeneidade, verificando-se apenas pequenas alterações.

Com relação aos dispositivos legais a respeito do tema, não pode ficar esquecido o Código Criminal de 1830, que já penalizava os crimes

contra a propriedade intelectual, matéria que não ficou esquecida no Código Penal de 1890, a Lei nº 496, de 1º de agosto de 1898, que foi o primeiro estatuto sobre o direito autoral no Brasil, e o Código Civil de 1916, que trazia algumas disposições a respeito do tema.

Todavia, neste período, em razão da influência do positivismo jurídico e dos ideais da classe burguesa, apoiadas no Estado Liberal, a preocupação maior do legislador era proteger os aspectos individuais e patrimoniais do direito de autor (direito fundamental de primeira geração), não havia ainda uma preocupação com a sua função social, nem mesmo por parte do Estado, que se caracterizava por ser um Estado Abstencionista.

Com o aparecimento do Estado Social, e em razão do intervencionismo estatal nas relações privadas, surgem leis extravagantes aos diplomas vigentes que procuram tratar da matéria autoral, as quais estremecem a ideologia positivista de um ordenamento jurídico fechado, demonstrando, aos poucos, a impossibilidade de regular todas as situações nos Códigos e leis. Dentre as inovações legislativas na época sobre o assunto, destacam-se o Decreto nº 4.541/1922, que acolheu a Convenção Internacional de Berna, o Código Penal de 1940 e a Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973 e a Lei nº 7.646/1987, que trata, especificamente, dos programas de computador.

Vigoram, atualmente, a Lei nº 9.610, dos direitos de autor, a Lei nº 9.609, dos programas de computador, ambas promulgadas em 19 de fevereiro de 1998, e, ainda, a Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, a nomeada Lei Pelé, que dispõe sobre os desportos, todas aproveitáveis em matéria de direito autoral e dos que lhe são conexos.

Porém, ultimamente, em virtude da ascensão do pós-positivismo e do processo de constitucionalização do Direito, uma das marcas do Estado Democrático de Direito, todos os diplomas legais vigentes devem ser analisados sob a ótica constitucional, tema que será abordado no tópico seguinte.

2.2 A Constituição Federal de 1988 e o Direito Autoral

Para uma melhor compreensão deste novo enfoque jurídico dado ao direito de autor, decorrente da força normativa da Constituição e das novas idéias trazidas pelo pós-positivismo, é imprescindível um estudo acerca dos dispositivos constitucionais que envolvem, expressa ou

implicitamente, o assunto.

Ao tratar do direito autoral, a Constituição Federal de 1988 dispõe:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...].

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

[...].

O direito de autor, ao receber amparo constitucional expresso sendo reconhecido, inclusive, o direito de fiscalização de seus aproveitamentos de natureza econômica, ergue-se à condição de bens em sentido patrimonial, uma vez que podem produzir rendimentos. Esse entendimento permite falar em propriedade imaterial, direcionando-se, perfeitamente, ao inciso XII, do art. 5º, em que é assegurado o direito à propriedade, e ao inciso seguinte, XIII, que determina que a propriedade atenda a sua função social. Acrescenta-se, ainda, o art. 170, que inclui a propriedade privada e sua função social entre os princípios essenciais da ordem econômica.

Ademais, o constituinte não ignorou os aspectos morais dos direitos autorais, estando eles implícitos já no caput do art. 5º, que garante a “inviolabilidade do direito [...] à liberdade [...]” e, especialmente, na forma do inciso IX e X, do mesmo dispositivo, que tratam, respectivamente, da liberdade de expressão e da proteção moral da vida humana.

Através da tutela da expressão, o artigo 5º da Constituição assegura o direito moral que o autor tem de fazer pública a obra, o de exprimir-se ou calar-se, o chamado direito de divulgação. Com esta proteção, a Carta Constitucional garante muito mais que o direito de propriedade, ela assegura à liberdade de pensamento do autor.

Com relação ao direito da informação, ele está incluído na Carta Magna entre os direitos fundamentais, inciso XIV do art. 5º, que prescreve: “É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessária ao exercício profissional”.

Além disso, ao tratar da cultura, a Constituição Federal estabelece:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

[...].

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

[...].

II - produção, promoção e difusão de bens culturais;

[...].

IV - democratização do acesso aos bens de cultura;

[...].

Neste diapasão, é dever do Estado Democrático de Direito não só assegurar a produção dos bens culturais e o direito de acesso à cultura, como também promover ações que contribuam para atingir tais finalidades.

2.3 O Direito Autoral e sua Função Social

Tanto o direito individual do autor como a sua função social foram erigidos a direitos fundamentais em diferentes períodos históricos, em uma marcha tal que culminou na constitucionalização do direito autoral. O primeiro ganhou tal status no Estado Liberal, que foi estruturado com base em direitos meramente individuais, os direitos fundamentais de primeira geração, entre eles, a propriedade, inclusive, a intelectual. Já a função social do direito autoral adquiriu a condição de direito fundamental no Estado Social, estando ela dentre os Direitos Humanos de segunda geração, que são os direitos sociais.

Outros direitos imprescindíveis para a efetivação da função social da propriedade intelectual também foram considerados em determinado momento como fundamentais. Dentre eles, destacam-se os direitos de acesso à educação, de liberdade de expressão e de acesso à informação.

Todavia, é importante ressaltar, com o surgimento dos direitos fundamentais de segunda geração, não desapareceram os de primeira, não

se sacrificando as esferas jurídicas autônomas dos indivíduos. Da mesma forma, ocorreu com o aparecimento das demais gerações, continuando a subsistir os Direitos Humanos de todas as outras dimensões.

Neste sentido, pode-se afirmar que a atual Constituição brasileira, ao prever a função social da propriedade, não modifica a natureza subjetiva dos direitos autorais, pois, se este fosse o propósito, não se teria inserido, entre os direitos e garantias fundamentais, o direito de autor e os que lhe são conexos. Não pretendeu o constituinte de 1988 criar um conflito de direitos ou interesses, pessoais e sociais, mas a harmonia, uma vez que, o titular da obra tem ao mesmo tempo o direito subjetivo de proteger o que lhe pertence das pretensões alheias e o dever de destinar o seu trabalho ao interesse público.

Da mesma forma ocorre com os direitos de acesso à educação e à informação, os quais colaboram com o processo de constitucionalização do direito autoral, na medida em que contribuem para a concretização da sua função social.

Assim, no paradigma do Estado Democrático de Direito houve uma releitura de institutos jurídicos como o direito de autor, em razão, principalmente, do nascimento do pós- positivismo e da atribuição de força normativa à Constituição, em que os princípios adquiriram uma nova forma, passando eles ao centro do ordenamento jurídico.

Ao tratar da função social, o prof. Vladimir da Rocha França (2007) lembra-se de José Gláucio Veiga, para quem a propriedade privada se torna cada vez “[...] menos individual e mais social, menos privada e mais associativa”⁶⁴. Para França (2007), o que se constata não é o princípio da propriedade, mas a instituição da propriedade sujeita ao princípio da função social, uma vez que é a função social o fator que, atualmente, sustenta e estabiliza a propriedade. Conforme assinala Denis Borges Barbosa (2003b, p. 11):

Certo é que, no que for objeto de propriedade (ou seja, no alcance dos direitos patrimoniais), o direito autoral também está sujeito às limitações constitucionalmente impostas em favor do bem comum - a função social da propriedade de que fala o art.

64 Grifo do autor.

5º, XXIII, da Carta de 1988.⁶⁵

Considerando-se as palavras de Eliane Abrão (2002, p. 66), é possível afirmar que o cunho social é inarredável da natureza de uma obra criativa, uma vez que “o autor é fruto de seu meio e de seu tempo, e a obra resulta de tudo que lhe penetrou nos sentidos. Contou, portanto, com a colaboração, direta ou indireta, da coletividade em seu processo criativo [...]”.

Neste contexto, é válido entender que a obra tem valor econômico e significado moral devido a seus próprios efeitos sociais. É exatamente quando transmitida ao público, proporcionando o direito de informação e, portanto, o acesso à educação e a cultura, que a criação intelectual sai de seu estado virtual ou, melhor, potencial e torna-se fecunda, gerando frutos sociais e, por conseguinte, concretizando a sua função social. Exigida a aplicação do princípio da função social à obra intelectual, como consequência da constitucionalização do direito, valoriza-se seu aspecto socialmente positivo, sua utilidade.

Pôr fim, é imprescindível salientar que o autor, ao escrever uma obra, tem interesse também em difundir o conhecimento, ou seja, de exercer o direito da informação. E ao exercitar sua capacidade de informar, ele está colaborando com a efetivação da própria função social da sua criação intelectual, até porque o direito da informação é um dos fundamentos da inclusão social e da cidadania, uma vez que diz respeito ao acesso do indivíduo ao conhecimento de fatos, evidências e conhecimentos produzidos, de forma que lhe permita o entendimento do mundo e de si mesmo, o pleno acesso à cultura que experimenta e que o capacita como membro de uma sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na busca incessante por um ideal de justiça, o Direito vem sofrendo, ao longo dos tempos, profundas transformações, sendo a mais significativa delas, sem dúvida alguma, a atual fase de constitucionalização do Direito, que, no Brasil, teve a sua aurora, juntamente com o Estado Democrático de Direito, com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

65 Grifo do autor.

O direito autoral não escapou destas alterações, passando também por um processo de constitucionalização, de tal modo que, no período de transição do Estado Liberal até o Estado Democrático de Direito, sofreu diversos aprimoramentos.

No caminhar da evolução do Direito constitucional, diversas foram as doutrinas que contribuíram, direta ou indiretamente, para a construção da atual fase. O Estado Liberal colaborou para a formação da ideia de constitucionalização, apesar da grande influência do positivismo jurídico, em que se priorizava a lei, considerando-a como o centro de gravidade do ordenamento jurídico, pondo a Constituição em segundo plano. Isto se deu na medida em que, motivado pelo seu princípio maior, o da liberdade, viabilizou a concepção dos direitos fundamentais de primeira geração, direitos estes meramente individuais, como o direito autoral.

No Estado Social, com o surgimento dos Direitos Humanos de segunda geração, os quais tiveram por base a ideia de liberdade material, houve um avanço mais relevante para o Direito Constitucional. Tais direitos buscaram pôr fim às desigualdades socioeconômicas da época, assegurando no ordenamento jurídico princípios essenciais para resguardar o bem-estar social, como o da função social da propriedade, especialmente, a de ordem intelectual.

Não obstante, a simples garantia no ordenamento jurídico de direitos sociais não foi suficiente para minimizar as desigualdades existentes, tornando-se necessária uma releitura do Estado Social, a qual culminou no Estado Democrático de Direito. Este novo paradigma de Estado preocupava-se mais com a efetivação dos direitos fundamentais e não só dos direitos individuais e sociais, advindos dos modelos antecedentes de Estado, mas também com os Direitos Humanos que surgiram nesta fase, direitos referentes à fraternidade, à globalização e, pôr fim, à realidade virtual.

A difícil responsabilidade, concedida ao Estado Democrático de Direito, de concretizar os direitos fundamentais decorre, justamente, da atribuição de força normativa à Constituição e do nascimento do pós-positivismo, isto é, do fenômeno de constitucionalização do Direito.

Neste contexto, os três modelos de Estado influenciaram diferentemente o direito autoral. Inicialmente, através do Estado Liberal, o direito de autor foi considerado somente em seu aspecto individual, procurando-se proteger os direitos patrimoniais e morais do criador intelectual.

Após, com o advento do Estado Social, houve uma modificação na concepção inicial de direito subjetivo do autor, de tal modo que tais direitos passam a ser protegidos desde que cumpram a sua função social.

Contudo, no Estado Democrático de Direito, em razão da necessidade de efetivação de todos os direitos fundamentais, a própria ideia de função social sofreu transformações. No atual estágio, ela vai além do simples interesse social, tornando-se imprescindível para a sua efetivação que sejam resguardados direitos do gênero humano como um todo, com enfoque na realidade virtual, nos novos meios de registro e transmissão de informações e conhecimentos, que ampliou consideravelmente não só o âmbito de atuação dos autores, como também o acesso à cultura, à educação, enfim, o acesso à informação.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, E. Y. **Direitos do autor e direitos conexos**. São Paulo: Ed. do Brasil, 2002.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, L. R. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 abr. 2012.

DELFINO, L.; ROSSI, F. **Interpretação jurídica e ideologias: o escopo da jurisdição no Estado Democrático de Direito**. Revista Jurídica UNIJUS, Uberaba, v. 1, n. 1, p. 67-90, 1998. Disponível em: <http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_15.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2012.

EBOLI, J. C. C. **Pequeno mosaico do direito autoral**. São Paulo: Irmãos Vitale, 2006.

FRANÇA, V. da R. **Perfil constitucional da função social da propriedade**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 35, 1 out. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/676>>. Acesso em: 28 ago. 2011.

MAULAZ, R. B. **Os paradigmas do Estado de Direito. O Estado Liberal, o Estado Social (socialista) e o Estado Democrático de Direito**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2628, 11 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17368>>. Acesso em: 29 mar. 2012.

PIRES, E.; BOFF, S. O. A função social do direito de autor. *In*: REIS, J. R.; *et al.* **Estudos de Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo**. Curitiba: Multideia, 2011. p. 93-111.

REIS, J. R.; DIAS, F. V. A constitucionalização do direito privado brasileiro: a perspectiva do direito autoral. *In*: REIS, J. R.; *et al.* **Estudos de Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo**. Curitiba: Multideia, 2011. p. 69-92.

WACHOWICZ, M. Os Direitos da informação na Declaração Universal dos Direitos Humanos. *In*: _____ (coord.). **Propriedade intelectual e internet**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 37-49.

A CONSTITUIÇÃO FILOSÓFICA

Silvio Roberto Oliveira de Amorim Junior

Mestrando em Direito - UFS;

Procurador da República.

Sumário: Introdução. 1. A Constituição: da Folha de Papel à Força Normativa: 1.1 A Folha de Papel; 1.2 A Força Normativa. 2. Da Constituição Pura à Constituição Aberta: 2.1 A Constituição Pura; 2.2 A Constituição Aberta. 3. A Constituição Filosófica: 3.1 O Caso Lüth; 3.2 O Pós-Positivismo. 4. Síntese do Trabalho. Conclusão. Referências.

Resumo: Trata-se de artigo realizado como trabalho de conclusão da disciplina “Constitucionalização do Direito”, oferecida no Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe e ministrada pelo Professor Doutor Ubirajara Coelho Neto. O artigo é apresentado em três partes, em todas elas sendo perpassada a ideia da centralidade da Constituição. A Constituição não é apenas o principal texto jurídico de um Estado, dotado de força normativa e normas imperativas, como também representa as mais diversas linhas do conhecimento humano, além do que, é norteadora por um verdadeiro sentido axiológico.

Palavras-Chave: Constituição, Filosofia, Direito Constitucional Contemporâneo.

Abstract: This is an article made as a conclusion work for the discipline “Constitucionalização do Direito”, offered in the Masters in Law’s Course at “Universidade Federal de Sergipe”, and presented by Ph. D. Ubirajara Coelho Neto. The article is presented in three parts, all of them permeated by the idea of the Constitution’s centrality. The Constitution is not only the main juridical text of a given State, endowed with normative power and imperative norms, but represents the great variety of the mankind knowledge’s lines, as well as it is guided by a truly axiological sense.

Keywords: Constitution, Philosophy, Contemporary Constitutional Law.

INTRODUÇÃO

O estudo científico e sistematizado da Constituição, ocorrido precipuamente a partir do século XIX⁶⁶, gerou diversos níveis de entendimento a respeito de como deveriam suas respectivas normas ser levadas em consideração.

Neste sentido, a Constituição foi originalmente vista de um modo tímido e tacaño, na medida em que apenas era tida como a estrutura geral de um Estado, sem que as normas que estabeleciam direitos tivessem, necessariamente, cunho obrigatório de consecução.

Era nos Códigos que a ideia de imperatividade do Direito grassava de modo que, em um primeiro estágio, tornou-se fundamental reconhecer a força normativa da Constituição e, por conseguinte, seu papel central no ordenamento jurídico.

Em um segundo plano, afastou-se a ideia de que a Constituição era, unicamente, um texto representativo da Ciência Jurídica, na medida em que nela se anteviu a possibilidade de refletir todo tipo de conhecimento humano, assim como a condição de ser interpretada por qualquer integrante do corpo social, não mais pelos operadores do Direito, unicamente.

Em um terceiro e último aspecto, reinseriu-se (sob nova roupagem, distinta da apresentada pelo jusnaturalismo) a concepção da presença do valor nas normas jurídicas e, particularmente, nas normas constitucionais, para afastar o entendimento positivista, no sentido de que o Direito deveria, em sua interpretação e aplicação, estar peremptoriamente afastado da Moral.

O presente artigo, assim, disserta sobre estes três estágios evolutivos, relacionados ao estudo da Constituição.

⁶⁶ A Independência dos Estados Unidos da América e a Revolução Francesa, ambas no último quartel do século XVIII, sedimentaram a necessidade da existência de uma Constituição corporificada em um texto escrito, daí sendo gerado um natural interesse em explicar e interpretar, de forma metodológica e científica mais aprofundada, o que a Constituição representa para o Estado e para a Sociedade, assim como o conteúdo de suas respectivas normas. A propósito, v. BARROSO. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Saraiva, 2011, p. 32-55.

A CONSTITUIÇÃO FILOSÓFICA

1. A CONSTITUIÇÃO: da folha de papel à força normativa

O movimento iluminista do século XVIII, inspirador da independência norte-americana e da Revolução Francesa⁶⁷, deu causa à superação histórica do Absolutismo⁶⁸ e tornou premente a certeza de que era fundamental haver o respeito ao Direito e às leis, em detrimento da simples vontade do Rei.

Partiu-se, então, em um primeiro momento, de uma legislação e de uma forma de ver o Direito, cujo aplicar ainda dependia do arbítrio do governante real, para uma codificação das normas jurídicas, de modo a ser estabelecida e garantida a segurança jurídica, em uma quadra histórica representada, em larga medida, pelo advento do Código Civil francês de 1804⁶⁹.

O Direito Civil, a propósito, no decorrer de todo o século XIX, e em boa parte do século XX, foi o grande repositório de certeza e perenidade jurídica, nos Estados que acolheram o Direito escrito e expresso em textos legais.

É que, no ponto e àquela altura, a Constituição limitava-se a prever as questões básicas da estrutura estatal, além de fazer menção a alguns direitos como o de liberdade e igualdade, de maneira que suas disposições eram consideradas, no mais das vezes, como simples intenções, desprovidas de obrigatoriedade e dependentes de regulamentação legislativa.

⁶⁷ Como já se deixou entrever na nota de rodapé contida na introdução do presente estudo, nele não se realizará análise a respeito do direito consuetudinário de origem inglesa e, portanto, todas as referências a seguir alinhavadas em relação à Europa dirão respeito, unicamente, ao seu direito continental.

⁶⁸ O fenômeno não se deu sem contramarchas (a própria França, por exemplo, voltou a ser Estado Absolutista no curso do século XIX) ou retardamento (anteriormente à unificação alemã, ocorrida já no século XIX, a Prússia permaneceu absolutista).

⁶⁹ O Código Civil francês de 1804, também chamado de Código Napoleônico, é assim considerado não apenas porque sistematizou o Direito Civil de modo inédito, detalhado e científico, mas porque inspirou a grande maioria dos Códigos Cíveis ocidentais, a exemplo do Código Civil brasileiro de 1916.

É por isso que Luís Roberto Barroso⁷⁰ faz menção a “mundos apartados” entre a Constituição e o Código Civil, e ainda afirma:

[...] No início do constitucionalismo moderno, na Europa, a Constituição era vista como uma Carta *Política*, que servia de referência para as relações entre o Estado e o cidadão, ao passo que o Código Civil era o documento *jurídico* que regia as relações entre particulares, frequentemente mencionado como a ‘Constituição do direito privado’. Nessa etapa histórica, o papel da Constituição era limitado, funcionando como uma convocação à atuação dos Poderes Públicos, e sua concretização dependia, como regra geral, da intermediação do legislador. Destituída de força normativa própria, não desfrutava de aplicabilidade direta e imediata. [...]

Estavam, pois, inseridos em tal contexto e inspirados em dita forma de pensar os estudos de Ferdinand Lassalle, quando foram oferecidos ao meio jurídico, na linha do que será logo em seguida explicitado.

1.1 A Folha de Papel

Ferdinand Johann Gottlieb Lassalle⁷¹, ao escrever e fazer publicar “O Que é Uma Constituição?”, em 1863, foi quem melhor sustentou a linha de pensamento segundo a qual a Constituição carecia de força normativa e, por conseguinte, não possuía imperatividade para, por força própria, realizar influência sobre o meio social.

De fato, Ferdinand Lassalle apresentou, em tal obra, a tese fundamental de que a Constituição representa, unicamente, as relações de poder que se encontram no meio social, ao asseverar o seguinte⁷²:

[...] Muito bem, pergunto eu: será que existe nalgum país – e fazendo esta pergunta os horizontes clareiam – alguma força ativa que possa influir de tal forma em todas as leis dele que as obrigue a ser necessariamente, até certo ponto, o que são e como são, sem poderem ser de outro modo? [...]

Sim, existe sem dúvida, essa incógnita que estamos investigando se apoia, simplesmente, nos fatores reais do poder que regem uma determinada sociedade.

⁷⁰ BARROSO. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Saraiva, 2011, p. 391.

⁷¹ Ou, simplesmente, como ficou para a posteridade, Ferdinand Lassalle.

⁷² LASSALLE. *O Que é Uma Constituição?* Russell, 2011, p. 21-22.

Os fatores reais de poder que regulam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são. [...]

Na sequência de seu raciocínio, Ferdinand Lassalle apresentou, ainda que não de modo original e com diversa conotação, a ideia de que a Constituição não passava de uma folha de papel⁷³, desautorizada e sem poder para, por si só, inovar na ordem jurídica, uma vez que seria, apenas, a expressão dos já aludidos fatores reais de poder.

Salientou, então, aquele pensador⁷⁴:

[...] Essa é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais do poder que regem um país. [...]

Juntam-se esses fatores reais do poder, escrevemo-los em uma folha de papel, dá-se-lhes expressão escrita e, a partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito, nas instituições jurídicas, e quem atentar contra eles atenta contra a lei, por conseguinte é punido. [...]

Por isso mesmo, e sendo coerente com a exposição que realizou, Ferdinand Lassalle concluiu que as Constituições não apresentam questões de Direito, mas sim de Poder, e que se fundam nos fatores reais e efetivos do poder, além do que, “não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social”⁷⁵.

Daí decorria que, estando o texto da Constituição apartado dos assim chamados fatores reais de poder, não poderia ser respeitado, porque distante do que, de fato, acontecida no meio social.

Ferdinand Lassalle advogou, em síntese, uma visão meramente sociológica para a Constituição.

1.2 A Força Normativa

Predominou incólume a forma de pensar de Ferdinand Lassalle, no Direito ocidental, durante o século XIX e até o início do século XX e,

⁷³ Foi, efetivamente, o imperador prussiano Frederico Guilherme IV quem usou, de forma primeira, a expressão “folha de papel”, mas no sentido de que não poderia a Constituição interpor-se entre a vontade de Deus e a da Prússia (isto é, a vontade dele mesmo, o imperador).

⁷⁴ LASSALLE. *O Que é Uma Constituição?* Russell, 2011, p. 29.

⁷⁵ LASSALLE. *O Que é Uma Constituição?* Russell, 2011, p. 51.

mesmo que houvesse resistência à visão estritamente sociológica da Constituição, foi somente com a deflagração da Segunda Guerra Mundial (e, por conseguinte, com suas drásticas consequências⁷⁶), que se deu uma fundamental e inarredável mudança quanto ao sentido e ao valor normativo da Constituição.

É que, a partir de então, vislumbrou-se na Constituição a possibilidade de ter verdadeira importância como norma jurídica, superando-se a tese de que deveria ser havida como um mero texto político, ou simples representação das instâncias sociais de poder.

Para além dessa constatação, observou-se na Constituição uma força natural para a produção de efeitos na sociedade afastando-se, por via de consequência, com vigor cada vez maior, o ideário de Ferdinand Lassalle.

A imperatividade da Constituição foi, assim, reconhecida, sendo certo que a obra pioneira a respeito veio a lume por meio de Konrad Hesse, na sequência da aula inaugural que proferiu na Universidade de Freiburg, em 1959, com o sugestivo título “A Força Normativa da Constituição”.

Com efeito, Konrad Hesse contrapôs-se a Ferdinand Lassalle sustentando que, se de um lado, é certo que a Constituição espelha os fatores reais de poder, de outro lado, não se pode deixar de ter em mente que também os influencia e gera, de modo tal que não pode ser colocada em posição menor em relação a eles.

Sustentou, ademais, que é preciso tornar sobranceira a “vontade da Constituição”, para que dela sobressaia sua própria força normativa, ao sustentar⁷⁷:

[...] A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. [...]

A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar ‘a força que reside na natureza das coisas’, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que

⁷⁶ Não se descarta que o incremento da importância e do reconhecimento dos direitos sociais (desde meados do século XIX, inclusive) também conduziu a uma transformação do modo pelo qual a Constituição era sentida. V. BONAVIDES. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Malheiros, 2011.

⁷⁷ HESSE. *A Força Normativa da Constituição*. Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 24-25.

influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição [...]

Constatam-se os limites da força normativa da Constituição quando a ordenação constitucional não mais se baseia na natureza singular do presente. [...]

A força normativa da Constituição tornou-se, então, o que Luís Roberto Barroso⁷⁸ denominou como sendo um dos marcos teóricos do direito constitucional contemporâneo, ao lado da expansão da jurisdição constitucional⁷⁹ e da reelaboração doutrinária da interpretação constitucional.

Em uma linha de síntese, o primeiro movimento que resultou na mudança do pensamento em relação à Constituição foi o reconhecimento de sua força normativa, isto é, sua capacidade de, a um só tempo, representar a realidade dos fatos e gerar efeitos no meio social sendo, para tanto, não apenas respeitada, como também considerada como o texto jurídico fundamental de um Estado.

2. DA CONSTITUIÇÃO PURA À CONSTITUIÇÃO ABERTA

Viu-se que o reconhecimento da força normativa da Constituição ocorreu não sem uma longa passagem de anos e uma árdua vivência histórica.

Paralelamente a isso, e ainda no século XIX, verificou-se o nascimento do positivismo, por meio do qual a humanidade passou a tentar explicar, de forma metódica e racional, os mais diversos gêneros

⁷⁸ BARROSO. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Saraiva, 2011. Veja-se, a propósito, o contraponto e a severa crítica que Dimitri Dimoulis realiza em relação a tal linha de pensamento, em *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Lumen Juris, 2009, p. 213-226.

⁷⁹ Konrad Hesse, na obra já aludida (p. 28), inclusive, faz expressa menção ao fato de que é decorrência da constatação da força normativa da Constituição o aumento da importância da jurisdição constitucional.

de conhecimento, com reflexos insofismáveis no Direito e no modo de sentir a Constituição.

Vejam, então, como tal se sucedeu.

2.1 A Constituição Pura

No Direito, a aplicação do positivismo foi, quase, uma decorrência necessária e lógica, no sentido de dar ares de cientificidade ao estudo das questões jurídicas, daí que surgiu o positivismo jurídico, o qual teve como obra seminal “Teoria Pura do Direito”, originalmente lançada em 1934, pela pena de Hans Kelsen.

Efetivamente, Hans Kelsen advogou a pureza do Direito, isto é, a necessidade de afastar a norma jurídica de qualquer valoração de ordem moral, para que nenhum juízo de valor ou desvalor fosse sobre ela realizado, mas unicamente a aplicação do texto legal, tal qual escrito⁸⁰.

Além disso, e para o que importa no presente tópico, a ciência jurídica deveria estar separada do objeto de estudo das outras Ciências, de modo que a análise do Direito fosse, unicamente, para ele mesmo direcionada, ou seja, deveria ser visto de forma pura, como um fim em si mesmo.

O Direito seria, então, o que estivesse escrito na lei, sendo a Constituição a norma mais importante do ordenamento jurídico.

Reconhecia-se, portanto, a força normativa da Constituição, mas se procurava apartar a norma jurídica de qualquer outra forma de conhecimento científico, a exemplo da Economia e da Administração, de modo a ser garantida a pureza da Ciência Jurídica.

Hans Kelsen expressa seu pensamento logo no início da retrocitada obra, ao sustentar⁸¹:

[...] A Teoria Pura do Direito é uma teoria do direito positivo. [...] É ciência do direito e não política do direito. [...] Intitula-se Teoria ‘Pura’ do Direito porque se orienta apenas para o conhecimento do direito e porque deseja excluir deste conhecimento tudo o que não pertence a esse exato objeto jurídico. Isso quer dizer: ela expurgará a ciência do direito de

⁸⁰ O aspecto relacionado à ausência de consideração moral sobre a norma jurídica será analisado no capítulo seguinte.

⁸¹ KELSEN. *Teoria Pura do Direito*. RT, 2009, p. 67.

todos os elementos estranhos. Este é o princípio fundamental do método e parece ser claro. [...]

O Direito, portanto, deveria ser visto como algo puro, sobre ele não podendo recair quaisquer outras considerações científicas, exceção feita às que fossem estritamente jurídicas.

2.2 A Constituição Aberta

No entanto, o pensamento de que o Direito seria autossustentável, desprovido de qualquer outra consideração científica, a não ser a puramente jurídica, não se protraiu no tempo e não é albergado na atualidade.

É que, muito embora não se tenha chegado ao pensamento de Karl Marx, no sentido de que as relações de produção regeriam todas as relações sociais, e que o Direito seria simples modo de legitimação do poder burguês⁸², o fato é que se concluiu que a Ciência Jurídica não poderia existir dissociada de todos os outros ramos de conhecimento humano que, porventura, façam-se representar no texto constitucional.

A um só tempo, então, a Constituição influencia e é influenciada por diversas outras Ciências, não sendo raras as ocasiões em que as normas jurídicas refletem expressões muito particulares, estranhas ao “Direito Puro”, sendo certo, ademais, que somente por meio delas e de seu sentido muito restrito, o Direito pode ser perfeitamente entendido⁸³.

É bem verdade que permaneceu a necessidade de serem separados os campos específicos de estudo de cada Ciência (até porque a especificidade do conhecimento científico foi o caminho trilhado pela sociedade contemporânea), mas com isso não se quis mais apontar que deveriam ser estanques e bastantes em si mesmos.

É por isso, inclusive, que Jorge Miranda faz a seguinte digressão⁸⁴:
[...] Assim, antes de mais, a enquanto parcela do ordenamento jurídico do Estado, a Constituição é elemento conformado e elemento conformador de relações sociais, bem como resultado e factor de integração política. Ele reflecte a formação, as crenças, as atitudes mentais, a geografia e as condições económicas de

⁸² Cf. MASCARO. *Filosofia do Direito*. Atlas, 2010, p. 293-301.

⁸³ De que são exemplos o art. 21, V, o art. 163, o art. 172, o art. 205 e o art. 218, todos da Constituição da República de 1988.

⁸⁴ MIRANDA. *Teoria do Estado e da Constituição*. Forense, 2002, p. 352.

uma sociedade e, simultaneamente, imprime-lhe carácter, funciona como princípio de organização, dispõe sobre os direitos e os deveres de indivíduos e dos grupos, rege os seus comportamentos, racionaliza as suas posições recíprocas e perante a vida colectiva como um todo, pode ser agente ora de conservação, ora de transformação. [...]

Em outra obra⁸⁵, e conciliando o seu pensamento, o mesmo autor sustenta que não se pode justificar:

[...] qualquer confusão ou sincretismo entre a Ciência do Direito constitucional e as ciências sociais não normativas que tomam por objeto material, dos seus ângulos próprios, o fenómeno político: a Ciência Política, a Sociologia Política, a Sociologia do Direito constitucional, a Ciência Política Comparada, a História Política Comparada. Apenas se justificam entrelaçada e abertura de espírito a uma visão plural. [...]

Daí decorre que o pensamento jurídico, ao se afastar da consideração no sentido de que o Direito, solitariamente considerado, seria autossuficiente, abriu um novo horizonte para apontar, especificamente, a Constituição como o documento que reflete os mais diversos ramos da Ciência, a um só tempo influenciando-os e sendo por eles influenciada.

Foi a partir de então que a Constituição passou a ser considerada plural e aberta, revestida de uma concepção intercultural, na precisa ideia de J. J. Gomes Canotilho, assentada do seguinte modo⁸⁶:

[...] A definição de **intercultural** presente em qualquer dicionário moderno faz realçar logo uma ideia fundamental: a ‘de partilha de cultura’, ‘de ideias ou formas de encarar o mundo e os outros’. A interconstitucionalidade perspectivada a partir de uma *teoria pura da interorganizatividade* deixaria por explicar os esforços sempre desenvolvidos por um representativo sector da teoria clássica da constituição: o papel *integrador* dos textos constitucionais implica também inserir *conteúdos comunicativos* possibilitadores da estruturação de *comunidades inclusivas*. A comunicação interconstitucional assenta em princípios comuns que, de uma forma ou de outra, apontam para a ideia de **constituição cultural** e *estado constitucional cultural*. É a **cultura** concebida como um acervo de saber em que os

⁸⁵ MIRANDA. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra Ed., 1990, p. 30.

⁸⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina, 2003, p. 1.427-1.428.

participantes na comunicação se munem de interpretações para se entenderem sobre alguma coisa no mundo. [...]

Eis, portanto, o segundo grande passo que alçou a compreensão da Constituição a um novo patamar, de forma tal que deixou de ser caracterizada como a representação de uma Ciência Jurídica resolvida em sua própria cientificidade, para ser tida como o espelho dos mais diversos gêneros do conhecimento humano, nela inscritos.

O necessário reconhecimento da pluralidade dos temas inseridos na Constituição possibilitou, inclusive, que os seus mais diversificados intérpretes⁸⁷ reconhecessem que se faziam representar e tinham assento no sistema constitucional, daí que também se sentiram autorizados a explicar o teor das normas constitucionais.

Os ganhos democráticos daí surgidos⁸⁸, e o incremento da legitimidade da Constituição⁸⁹, foram a consequência natural deste segundo movimento.

3. A CONSTITUIÇÃO FILOSÓFICA

O presente estudo vem de salientar que a importância da Constituição foi reconhecida de forma gradual e em níveis diversos, não necessariamente sucessivos (em verdade, concomitantes).

Assim é que, em um primeiro plano, a força normativa da Constituição passou a ter assento cativo no mundo jurídico.

Além disso, adveio o entendimento de que a Constituição não é, apenas e unicamente, uma peça da Ciência do Direito, mas a própria representação dos mais variados e multifacetados campos do conhecimento humano.

O terceiro grande passo dado foi a visão no sentido de que a Constituição guarda, em seu texto, um sentido moral e normas que expressam valores.

⁸⁷ V. HÄBERLE. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

⁸⁸ Uma vez que, quanto mais atores sociais sentem-se reconhecidos na Constituição, maior a possibilidade de interagirem e buscarem ver sua voz ouvida.

⁸⁹ Já que, ao tempo em que a Constituição autoriza uma interpretação mais aberta de suas normas, com mais razão a sociedade passar a ter o assim chamado “sentimento constitucional”.

É que, para além do positivismo jurídico sustentar a pureza científica do Direito, também asseverou que deveria ser proscrita qualquer valoração de cunho ético-moral no estudo e na aplicação da norma jurídica.

Novamente, é em Hans Kelsen que se verifica, com acuidade e originalidade, dita forma de pensamento, quando o citado pensador analisa a (ausência de) ligação entre Direito e Moral⁹⁰:

[...] O objetivo da Teoria Pura do Direito é livrar, desligar totalmente o conceito de norma jurídica do conceito de norma moral da qual se origina, e assegurar a legalidade do direito também perante a lei moral. De tal modo o faz que a norma jurídica, como geralmente ocorre com a teoria tradicional, assim como a norma moral como imperativo, não é entendida como juízo hipotético, como associação específica de um fato, expresso de maneira condicionada.

A norma jurídica converte-se em proposição jurídica, que apresenta a forma básica da lei. [...]

Assim, para o positivismo jurídico, não se cogitava considerar a Moral e o Direito em um mesmo e único contexto, senão de forma distinta e separada.

Tal foi o pensamento dominante durante boa parte do século XX, mas, novamente, a Segunda Guerra Mundial e a criação da Organização das Nações Unidas (e, mais particularmente, a emissão da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948)⁹¹, feriram de morte o positivismo jurídico, porque redundaram em um retorno do pensamento humano à necessidade de serem cultivados valores, para além da análise,

⁹⁰ KELSEN. *Teoria Pura do Direito*. RT, 2009, p. 85.

⁹¹ Não se desmerece, também, que mesmo durante o curso do século XX, uma série de outras escolas jurídicas, em seus estudos hermenêuticos, procuraram apartar-se desta separação tão enfática entre as normas jurídicas e os valores que nelas poderiam estar inseridos, de que são exemplos a Hermenêutica Analítico-Descritiva de Alf Ross, a Lógica do Razoável de Recaséns Siches, a Hermenêutica Jurídica Estrutural de Miguel Reale e a Hermenêutica Jurídica Gadameriana de Karl Larenz, apenas para que fiquemos na citação de algumas delas. O escopo deste trabalho impede um estudo aprofundado a respeito, bastando que seja dito que todas elas, de algum modo, procuraram criticar a ausência de um sentido axiológico nas normas jurídicas, tal como advogada pelo positivismo jurídico. Para estudo detalhado a respeito, v. TEIXEIRA. *Breve Tratado da Razão Jurídica*. Zéfiro, 2012, p. 113-139.

pura e simples, do frio texto da lei⁹².

Efetivamente, a derrocada da Alemanha nazista e o julgamento dos líderes militares que daí se seguiu⁹³, deram razão a uma necessária mudança de posicionamento do papel do Direito.

A pureza do Direito foi afastada, com a conclusão de que a norma jurídica guarda um valor ético, a ser desvelado tanto pelo intérprete quanto pelo julgador, os quais se afastam de um automatismo jurídico (ou assim o positivismo jurídico pretendia que acontecesse), para serem criadores do Direito.

Paulo Bonavides⁹⁴, a propósito, sustenta o seguinte:

[...] Os insucessos resultantes do formalismo positivista, onde o sistema constitucional se esvazia de sentido e conteúdo, fizeram a reflexão de alguns constitucionistas se voltar para a necessidade de um novo sistema, compatível com aqueles valores materiais que pedem uma interpretação 'justa' da norma constitucional, cuja aplicação somente ocorre quando há problemas em busca de solução, isto é, de serem resolvidos interpretativamente e não raro escapam, rebeldes, aos critérios disponíveis de ordenação jurídica. Caiu assim o prestígio dos sistemas normativos abstratos respeitantes à ordem constitucional. Sua impotência lógica para sustentar um método interpretativo da Constituição carente de premissas sistemáticas ficou de todo patente, disso advindo uma nova posição teórica cristalizada ao redor do chamado sistema constitucional axiológico-teleológico, em substituição, portanto do malogrado sistema axiomático-dedutivo. [...]

O célebre Caso Lüth representou, na jurisprudência, tal mudança de paradigmas, e sobre ele se discorrerá a seguir.

⁹² Tal como, em outro contexto, o jusnaturalismo assim o fazia. A propósito, não se fará maior digressão a respeito do jusnaturalismo, dadas as limitações e por não ser este o objetivo deste artigo. É importante afirmar, unicamente, que o jusnaturalismo admitia normas de Direito Natural, superiores ao Direito posto e não necessariamente inseridas expressamente neste último, de tal modo que advogava uma correlação metafísica entre Direito e Moral.

⁹³ Nos julgamentos ocorridos em Nuremberg, a linha de defesa básica dos militares da Alemanha derrotada na Segunda Guerra Mundial foi no sentido de que seguiram as ordens emanadas de autoridade legitimada constitucional e legalmente para emitilas.

⁹⁴ BONAVIDES. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros, 2010, p. 135.

3.1 O Caso Lüth⁹⁵

No início da década de cinquenta do século XX, Eric Lüth - crítico de cinema tedesco -, contrariado com o iminente lançamento de uma película por Veit Harlan - notório simpatizante do nazismo e divulgador das ideias de segregação judaica durante a Segunda Guerra Mundial -, incitou que a população e o meio cinematográfico realizassem um boicote, de modo que não houvesse qualquer veiculação nem comparecimento às salas de cinema que dessem ensejo à conclusão de que o filme do referido cineasta estivesse sendo prestigiado.

Veit Harlan, por essa razão, ingressou com ação judicial em face de Eric Lüth, com base em norma do Código Civil alemão, para que este último cessasse a conclamação ao citado boicote.

Nas instâncias ordinárias, o cineasta teve sua pretensão acolhida. Não se conformando, Eric Lüth ingressou com Reclamação Constitucional, tendo o Tribunal Constitucional Federal, em 1958, reconhecido que não havia qualquer ilícito no chamado ao boicote, e que a atitude encontrava-se albergada pela liberdade de expressão.

De acordo com Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins⁹⁶, o Caso Lüth inovou o estudo da dogmática constitucional, assim como a análise dos direitos fundamentais, em diversos aspectos, elencados em seguida:

[...] Trata-se, talvez, da decisão mais conhecida e citada da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Nela, foram lançadas as bases, não somente da dogmática do direito fundamental da liberdade de expressão e seus limites, como também de uma dogmática geral dos direitos fundamentais. Nela, por exemplo, os direitos fundamentais foram, pela primeira vez, claramente apresentados, ao mesmo tempo, como direitos públicos subjetivos de resistência, direcionados contra o Estado e como ordem ou ordenamento axiológico objetivo. Também foram lançadas as bases dogmáticas das figuras da *Drittwirkung* e *Ausstrahlungswirkung* (eficácia horizontal) dos direitos fundamentais, do efeito limitador dos direitos fundamentais em face de seus limites (*Wechselwirkung*), da exigência de ponderação no caso

⁹⁵ Para um estudo a respeito do contexto histórico, com análise crítica, do Caso Lüth, v. DIMOULIS e MARTINS. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. RT, 2009, p. 235-251.

⁹⁶ DIMOULIS e MARTINS. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. RT, 2009, p. 237.

concreto e da questão processual do alcance da competência do Tribunal Constitucional Federal no julgamento de uma Reclamação Constitucional contra uma decisão judicial civil. [...]

Dois aspectos do Caso Lüth dizem respeito, mais diretamente, ao presente estudo: o primeiro, e mais importante para o que se vem de escrever, relativo à previsão de uma ordem axiológica na Constituição; já o segundo, consistente na necessidade de ponderação dos direitos fundamentais, à vista do caso concreto.

De fato, a menção à existência de um ordenamento valorativo das normas constitucionais espelhou uma guinada sobre a visão dos operadores do Direito em relação à Constituição e ultrapassou, por conseguinte, os estreitos limites impostos pelo positivismo jurídico.

O discurso jus-axiológico que a partir de então se sucedeu redundou, inclusive, no esforço de Robert Alexy - em 1986 e ao lançar “Teoria dos Direitos Fundamentais” -, tentar racionalizar a aplicação dos valores no bojo da Constituição, travestidos pelo signo deontológico dos princípios.

De fato, na aludida obra, Robert Alexy procura apresentar uma teoria dos direitos fundamentais, com base na consideração de que as normas podem estar revestidas pelas formas de princípios e regras, ambos com força normativa.

Para além disso, e fundamentalmente, apresentou a tese segundo a qual, na colisão entre direitos fundamentais e, em especial, nos de característica eminentemente principiológica, deveria ter lugar a aplicação da regra da proporcionalidade⁹⁷, de modo a ocorrer sua ponderação diante do caso concreto, à vista das sub-regras da adequação (ou idoneidade), da necessidade (ou exigibilidade) e da proporcionalidade em sentido estrito (ou ponderação, propriamente dita).

A renovada visão axiológica do Direito e a consequente necessidade de ponderação das normas principiológicas foram, em síntese, o resultado do reingresso da Moral no Direito.

Neste sentido, o Caso Lüth foi o primeiro e mais célebre julgamento, logo em seguida à Segunda Guerra Mundial, que gerou a

⁹⁷ V. SILVA. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. Malheiros, 2011. Para outra visão a respeito da aplicação dos princípios e das regras, com o uso da proporcionalidade, v. ÁVILA. *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. Malheiros, 2012.

inarredável certeza da aludida reinserção, porque insofismavelmente considerou que a Constituição representa uma ordem de valores preexistentes, daí que também admitiu a premência da realização de ponderação das normas específicas, representativas dos aludidos valores.

É neste sentido que Carlos Ayres Britto⁹⁸ apresenta a seguinte lição, em tudo realçando a necessidade de ser levado em linha de conta o sentido ético do Direito:

[...] Deveras, sendo a Constituição a lei de todas as leis que o Estado produz, os valores nela positivados são também os valores de todos os valores que as demais leis venham a positivar. Reexplicando: os valores de berço constitucional são o hierárquico referencial de todos os outros valores de matriz infraconstitucional. Valores, estes últimos, que de alguma forma têm que se reconduzir aos primeiros, pena de invalidade (que para isto serve o princípio da supremacia formal e material da Constituição). [...]

No entanto, esse movimento não partiu, nem mesmo teve origem unicamente nos tribunais.

É que o estudo do Direito - assim como sua correlação com a Moral e a importância que possui junto ao meio social -, voltou a ser analisado, em larga escala, pelos filósofos contemporâneos, gerando um movimento circular e ininterrupto com os juristas e proporcionando o renascimento da categoria dos jusfilósofos, no âmbito de uma nova categoria denominada pós-positivismo.

É, precisamente, sobre tal particularidade que mais se discorrerá a seguir, de modo a reforçar o reingresso da Filosofia na Constituição e o consequente nascimento do que se convencionou denominar pós-positivismo.

⁹⁸ BRITTO. *O Humanismo como Categoria Constitucional*. Fórum, 2010, p. 88. V., também, a propósito da ordem objetiva de valores da Constituição: BARROSO. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Saraiva, 2011, p. 108-109.

3.2 O Pós-Positivismo⁹⁹

A derrocada do pensamento positivista, como já se fez salientar, deu origem a uma nova maneira de serem vistas as normas constitucionais, porque nelas foram reconhecidos valores morais.

O pós-positivismo, nas linhas de Luís Roberto Barroso¹⁰⁰:

[...] é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem algumas ideias de justiça além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica*. [...]

O pós-positivismo reaproxima, na prática, o Direito e a Moral, não em um sentido metafísico, como pretendia o jusnaturalismo, mas com base em critérios de racionalidade cada vez mais eficientes e claros, de modo a garantir tanto a sensação de justiça, quanto a de segurança jurídica.

Neste sentido, jusfilósofos como Robert Alexy e Ronald Dworkin realizaram, e ainda vêm de desenvolver, estudos seminais que contribuíram para o engrandecimento da compreensão do pós-positivismo¹⁰¹.

Entre nós, é novamente por meio de Carlos Ayres Britto¹⁰² que se buscam linhas para melhor delinear o pós-positivismo e o sentido de fraternidade racional que possui e acalenta:

[...] Efetivamente, se considerarmos a evolução histórica do Constitucionalismo, podemos facilmente ajuizar que ele foi liberal, inicialmente, e depois social. Chegando, nos dias presentes, à etapa

⁹⁹ Diversos estudos de cunho filosófico, e voltados à análise do Direito, têm sido produzidos no Brasil. Citam-se, exemplificativamente: CRUZ. *Hermenêutica Jurídica e(m) Debate: o Constitucionalismo Brasileiro entre a Teoria do Discurso e a Ontologia Existencial*. Fórum, 2007; ROCHA, Ailton Schramm et al. *Metodologia da Pesquisa em Direito e a Filosofia*. Saraiva, 2011; SAAVEDRA, Giovanni Agostini. *Jurisdição e Democracia: uma Análise a partir das Teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*. Livraria do Advogado, 2006; SARMENTO, Daniel et al. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Lumen Juris, 2009.

¹⁰⁰ BARROSO. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Saraiva, 2011, p. 264.

¹⁰¹ Para dois interessantes artigos escritos por ambos, além de diversos outros sobre as linhas filosóficas aludidas em seguida, além de outras, v. CORRENTES CONTEMPORÂNEAS DO PENSAMENTO JURÍDICO. Manole, 2010.

¹⁰² BRITTO. *Teoria da Constituição*. Forense, 2006, p. 216.

fraternal da sua existência. Desde que entendamos por Constitucionalismo Fraternal esta fase em que as Constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da Fraternidade; isto é, **a dimensão das ações estatais afirmativas**, que são atividades assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como, por exemplo, os negros, os deficientes físicos e as mulheres (para além, portanto, da mera proibição de preconceitos). De par com isso, o constitucionalismo fraternal alcança a dimensão da luta pela afirmação do valor do Desenvolvimento, do Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, da Democracia e até de certos aspectos do urbanismo como direitos fundamentais. Tudo na perspectiva de se fazer da interação humana uma verdadeira comunidade; isto é, **uma comunhão de vida**, pela consciência de que, estando todos *em um mesmo barco*, não têm como escapar da mesma sorte ou destino histórico. [...]

Mais ainda, diversas correntes filosóficas, cada qual a seu modo, passaram a reconhecer no Direito um repositório fundamental para a vida social, a exemplo das seguintes, com seus respectivos autores e/ou principais representantes (e apenas para fazer menção a algumas): Teoria do Agir Comunicativo (Jürgen Habermas), Teoria Crítica do Reconhecimento (Axel Honneth), Teoria dos Sistemas Sociais (Niklas Luhmann), Neojusnaturalismo (John Finnis), Neocontratualismo (John Rawls) e Análise Econômica do Direito (Richard Posner).

Vislumbrou-se (e a ela se chegou), então, a terceira e derradeira fase em relação ao pleno reconhecimento jurídico-normativo da Constituição, por meio da qual passou, de fato, a guardar um sentido ético, um valor moral, um nível inarredavelmente axiológico.

4. SÍNTESE DO TRABALHO

O presente artigo, ainda que breve e sem a pretensão de exaurir o seu objeto de análise¹⁰³, tornou evidentes as seguintes conclusões:

- 1) O pleno reconhecimento da Constituição como o texto jurídico central do Estado passou por três fases evolutivas fundamentais.
- 2) A primeira evolução adveio com o reconhecimento da força

¹⁰³ Em razão, mesmo, de seus próprios limites.

normativa da Constituição, em contraposição à ideia de que representava, unicamente, as relações sociais de poder.

3) A segunda cadeia evolutiva ocorreu com a superação do ideário positivista, que pretendeu ter a Constituição como um texto jurídico puro, para nela ver, em verdade, um documento representativo das mais variegadas formas do conhecimento científico humano e com a conseqüente possibilidade de qualquer um do meio social ser seu intérprete abalizado.

4) A terceira e derradeira linha evolutiva diz respeito à reaproximação entre Direito e Moral, daí sendo afastado o pensamento positivista segundo o qual a norma jurídica não deveria ter qualquer consideração axiológica. Surgiu, a partir de então, o pós-positivismo, como representante desta novel forma de pensamento.

Eis, portanto, o resumo deste estudo, assim como as premissas que deram causa a sua elaboração.

CONCLUSÃO

A evolução do constitucionalismo confunde-se, a partir do final do século XVIII, com o próprio estabelecimento de uma Constituição escrita¹⁰⁴.

Esta, por sua vez, galgou contínuas fases de evolução, desde o começo do século XIX até os dias contemporâneos.

Assim, em um primeiro plano, a Constituição era tida como mera carta de intenções, contendo normas sem força jurídico-normativa, ao mesmo tempo em que se advogou a tese de que deveria refletir, simplesmente, as forças de poder da sociedade.

Esta forma de pensar a Constituição foi superada pelo reconhecimento de sua força normativa e pela constatação, enfim, de que o texto central do Estado não deveria conter palavras inúteis.

Foi necessário superar, ademais, o balizamento imposto pelo positivismo jurídico em relação a dois outros aspectos: a tentativa de tornar a Constituição um documento puro, representante único da Ciência Jurídica; a intenção de afastar a Moral de toda e qualquer

¹⁰⁴ Uma última vez é o caso de fazer menção ao fato de que o direito consuetudinário inglês não fez parte do presente estudo.

norma jurídica, aí incluídas as normas constitucionais.

A pretensão pureza científica da Constituição foi desautorizada pela conclusão de que o Direito comporta, em seu ventre, as mais variadas formas de conhecimento humano, além do que, a norma jurídica pode ser interpretada, inclusive, pelos mais diversos atores sociais, distintos dos operadores jurídicos.

Já o reingresso da Moral no Direito deu-se com a certeza de que as normas jurídicas e, fundamentalmente, as normas constitucionais possuem evidente cunho axiológico, a ser aplicado por ocasião da interpretação realizada sobre a Constituição e precipuamente sobre as normas de caráter principiológico, daí nascendo o assim chamado pós-positivismo.

REFERÊNCIAS

A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Org. Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ALEXY, ROBERT. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **A Construção dos Direitos Constitucionais.** Tradução de Silvio Roberto Oliveira de Amorim Junior, disponível para *download* em <http://works.bepress.com/cgi/sw_config.cgi?context=silvio_amorim_junior/1>. *Law and Ethics of Human Rights*, Vol. 4, Ed. 1, Art. 2, The Berkeley Electronic Press, 2010, p. 21-32. Disponível em <<http://www.bepress.com/lehr/vol4/iss1/art2>

ÀVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de filosofia política.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale *et al*; coordenação da tradução de João Ferreira; revisão geral de João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. 13. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. atual. Malheiros, 2010.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 16.06.2012.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 6. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico. Orgs. Anderson Vichinkenski Teixeira e Elton Somensi de Oliveira. Barueri: Manole, 2010.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. 1. reimp. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 6. ed. rev. São Paulo: RT, 2009.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. 2. reimp. Campinas: Russel, 2011.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra Ed., 1990.

_____. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do direito**. Tradução de Ivone C. Benedetti; revisão técnica de Ari Solon. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROCHA, Ailton Schramm *et al.* **Metodologia da pesquisa em direito e a filosofia**. Coord. Rodolfo Pamplona Filho e Nelson Cerqueira. São Paulo: Saraiva, 2011.

SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Jurisdição e democracia**: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel *et al.* **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 798, 2002, p. 23-50.

_____. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: novos paradigmas em face da globalização. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

TEIXEIRA, António Braz. **Breve tratado da razão jurídica**. Sintra: Zéfiro, 2012.

O CÍRCULO HERMENÊUTICO COMO FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Waltenberg Lima de Sá

Mestranda em Direito - UFS;

Promotor de Justiça - MP-SE.

Sumário: Introdução. Capítulo 1: Escorço da Teoria Hermenêutica. Capítulo 2: O Círculo Hermenêutico na Interpretação Jurídica. Capítulo 3: Como Legitimar a Decisão? Capítulo 4: A Abertura do Debate Constitucional. Conclusão. Referências.

Resumo: Trata-se de artigo realizado como trabalho de conclusão da disciplina Constitucionalização do Direito, oferecida no Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe e ministrada pelo Professor Doutor Ubirajara Coelho Neto. O artigo apresenta, em um primeiro plano, os diversos conceitos de Círculo Hermenêutico, traçando um panorama de sua evolução histórico-doutrinária, de acordo com as teorias dos mais renomados filósofos, até chegar ao patamar científico atual. Em seguida, passa a discorrer acerca da aplicação do referido conceito ao ambiente da interpretação constitucional, de acordo com o viés ontológico da fenomenologia hermenêutica de Heidegger e Gadamer. Finalmente, o presente trabalho direciona o estudo às formas de implementação do Círculo Hermenêutico no debate dos temas pela jurisdição constitucional, desmitificando a legalidade dogmática tradicional e introduzindo análises sociopolíticas no fenômeno jurídico, bem como fomentando a pluralidade crítica.

Palavras-chave: Hermenêutica Filosófica e Jurídica, Democracia, Jurisdição Constitucional.

Abstract: It is an article made as a conclusion work for the discipline “Constitutionalization of Law”, offered in the Masters in Law’s Course at “Universidade Federal de Sergipe”, and presented by Ph. D. Ubirajara Coelho Neto. The article presents, in a first plane, the various concepts of Hermeneutic Circle, drawing a panorama of historical and doctrinal evolution, according to the theories of the most renowned philosophers, until you reach the current scientific level. Then starts to talk about the application of the concept of constitutional interpretation to the environment, according to the bias of ontological hermeneutic phenomenology of Heidegger and Gadamer. Finally, this paper directs to study ways of implementing the Hermeneutic Circle in the discussion of the issues by constitutional jurisdiction, demystifying the legality

dogmatic traditional sociopolitical analysis and introducing the legal phenomenon, as well as fostering plurality critical.

Keywords: Philosophical and Legal Hermeneutics, Democracy, Constitutional Jurisdiction.

INTRODUÇÃO

A discussão acerca da legitimidade das decisões proferidas pelas Cortes Constitucionais tem permeado os mais recentes estudos doutrinários, mormente quando do exercício da primordial função contramajoritária, em que as decisões judiciais vão de encontro ao interesse da maioria plasmada nos diplomas produzidos pelos representantes do povo no parlamento.

O presente artigo, inicialmente, realiza análise a respeito da evolução das diversas teorias hermenêuticas, com os respectivos estudiosos, traçando as características que transformaram este ramo do conhecimento em verdadeira ciência destinada a descortinar os significados e formas de compreensão não só dos textos, mas do próprio homem.

As diversas noções de Círculo Hermenêutico são expostas como forma de direcionar o estudo a um dos temas mais palpitantes da hermenêutica filosófica, partindo das concepções mais restritas, em que é visto como a reciprocidade do trânsito de informações entre o intérprete e o texto, para chegar ao amplo conceito de que se trata da recíproca influência entre o ser interpretante e o mundo que o circunda.

Passo seguinte busca-se elaborar uma ligação entre os conceitos de Círculo Hermenêutico e as diversas influências sofridas pela jurisdição constitucional, constituindo estas uma estrutura circular em que a compreensão do sentido ou do conteúdo singular de uma norma constitucional é condicionada pela compreensão do todo, ou seja, do conjunto de circunstâncias presentes em determinado contexto, sendo, por sua vez, a compreensão do todo mediada ou condicionada pelo conteúdo singular.

Em outro instante, faz-se uma digressão acerca da importância do ambiente para a prolação do veredicto, ensejando uma dialética integradora entre propostas teóricas e práticas, focada na configuração de uma pluralidade jurídica, aberta e flexível, participativa e democrática.

Em seguida, passa-se a tratar da ampliação do debate, assim como da contextualização social da discussão como formas de legitimação da jurisdição constitucional, pluralizando as decisões que ditam os rumos de uma sociedade cada vez mais complexa e interligada pelos diversos meios da exposição dos julgamentos, potencializando a abertura para o diálogo institucional com os demais Poderes e com a sociedade civil.

CAPÍTULO 1: ESCORÇO DA TEORIA HERMENÊUTICA

Considerado o pai da hermenêutica contemporânea, Schleiermacher [1768-1834] foi o primeiro a propor uma teoria do compreender, ou seja, uma hermenêutica geral, com regras e cânones universais do compreender, que sirva para todas as espécies de linguagens, escrita ou falada, entendendo como fator primordial para a interpretação não só o texto interpretado, mas sim o sujeito interpretante, por isso, sua técnica é composta por duas etapas: a compreensão gramatical a partir do texto da época e a compreensão psicológica do estilo do autor.

Esse filósofo alemão busca compreender a estrutura geral da interpretação, ou seja, uma metodologia que unifica todas as espécies de interpretação. Procura compreender o todo para, após, compreender as partes e os elementos, considera necessário que o texto interpretado e o sujeito interpretante pertençam ao mesmo horizonte circular, bem como compreender a totalidade da experiência humana.

Inicialmente centra-se em uma hermenêutica da linguagem, para após incursionar em uma hermenêutica mais psicologizante, que explicaria a vida total do autor em relação à expressão linguística. Para ele, a hermenêutica é uma arte, em que entender um autor é, de certo modo, partilhar da sua genialidade, a chamada co-genialidade. Sua contribuição decisiva foi tornar a hermenêutica uma disciplina autônoma.

Com a morte de Schleiermacher há um longo período de declínio da hermenêutica, imperando o positivismo de Conte e o historicismo, fulcrados no empirismo das ciências da natureza, até que Dilthey, seu discípulo, publica em 1929 o livro “Sobre o conceito de Hermenêutica”, em que acentua a conotação psicológica.

Sua obra faz uma crítica da razão histórica em defesa da fundamentação das ciências humanas, para quem a tarefa hermenêutica é compreender a partir da própria experiência, da totalidade da própria vida, das manifestações da vida humana que se desenvolvem na história. O problema hermenêutico proposto pelo autor consiste em encontrar um ponto objetivo da relação entre intérprete e texto, ou seja, como saber se a interpretação é correta, concluindo que há um critério metodológico, qual seja, os intérpretes e o autor são participantes da experiência universal.

Betti é o atual herdeiro da compreensão metodológica da hermenêutica, em continuação às obras de Schleiermacher e Dilthey, para quem a capacidade de compreensão é sempre sujeita a mudanças, sendo o compreender a busca do sentido, da relevância, do valor dos fenômenos estudados, superando os obstáculos da compreensão, o particularismo, a distorção, o conformismo, a hipocrisia, a estreiteza intelectual, a propaganda, tudo isso feito por meio de regras, chamadas cânones hermenêuticos, os quais dizem respeito ao sujeito e ao objeto.

Para esse autor, fazer uma interpretação válida do texto exige a passagem por quatro etapas, sendo elas: momento filológico, em que há a reconstrução da coerência gramatical e lógica do texto; momento crítico, onde se avalia a autenticidade do texto; momento psicológico, colocando-se no lugar do autor, vivendo como se fosse ele, constituindo um momento de empatia, independentemente de suas posições pessoais; momento técnico-morfológico, em que há compreensão do conteúdo, do mundo mental do autor, em relação axiológica e seu princípio formador, ou seja, um mergulho na obra do autor.

Segundo Betti, a objetividade pode ser real, que diz respeito à constatação da existência de um fenômeno, ou ideal, que consiste nas condições de interpretação do objeto interpretado, ou seja, as possibilidades de conhecer algo. O desafio central é conseguir que os valores sejam compreendidos objetivamente. No caso da interpretação jurídica, procura-se reconhecer e reconstruir um significado de formas representativas que são fonte de valorações jurídicas. Tendo esta valoração por objeto as declarações e os comportamentos que se desenvolvem no âmbito disciplinado pelo direito, que têm relevância jurídica, a exemplo das normas em vigor.

Betti dialoga com a dogmática, visando à concordância interpretativa, a correspondência hermenêutica. Entende que para fazer uma interpretação jurídica deve-se buscar os valores objetivados pela norma, o intérprete deve procurar a coerência do direito e, conforme o cânone da totalidade, verificar o objeto da interpretação à luz de todo o sistema, buscando não a letra da lei, mas a comunhão espiritual entre a norma e a finalidade da lei.

Para o referido autor, o bom jurista é aquele que reconhece a axiologia da situação concreta. Este reconhecimento exige um diálogo entre direito e ética, ou seja, o jurista é a consciência social do seu tempo, é aquele que tem a noção dos princípios que regulam os comportamentos, propondo critérios para o caso.

Por sua vez, segundo Gadamer, superando os critérios meramente metodológicos, compreender o sentido de um texto é traduzir a experiência do autor na nossa linguagem, é elucidar o texto, trazê-lo para nossa experiência atual. Sua tese possui as seguintes características: a historicidade da compreensão; seu processo dialógico; a linguagem como campo próprio da hermenêutica (“o ser que pode ser compreendido é linguagem”); a recuperação do valor da hermenêutica da aplicação, em que a lei só tem sentido se for aplicada a situações concretas.

Em sua obra, é de suma importância o conceito de pré-compreensão e pré-juízo, pelo fato de o homem ser finito, tornando-se necessário integrar o passado e presente, em uma mediação da tradição. Da mesma forma, o distanciamento temporal mostra-se imprescindível para discernir o pré-juízo falso do verdadeiro.

Dessa forma, para Gadamer o problema hermenêutico fundamental consiste na aplicação e o princípio hermenêutico é a historicidade da compreensão, a estrutura circular da compreensão, o vai e vem entre o texto e o intérprete, ou seja, o círculo hermenêutico. Para ele não existe interpretação sem pré-compreensão e pré-juízo, pois a mediação da tradição consiste na compreensão do passado tendo por referência o presente, e vice-versa.

Por isso, a hermenêutica é uma discussão das condições em que a compreensão é possível. Compreender não é só uma forma de conhecimento, mas um modo de ser, porque toda interpretação envolve o sujeito interpretante, incluindo toda sua experiência passada e presente,

num processo de transmissão histórica.

Gadamer observa que o compreender é dotado de um movimento circular: a antecipação de sentido que faz referência ao todo somente chega a uma compreensão explícita na medida em que as partes que se determinam desde o todo, por sua vez, determinam o todo.

Já Heidegger entende que interpretar não é uma técnica, mas um modo de ser do homem. Para ele, o problema hermenêutico está ligado à compreensão do *dasein*, do ser-aí, ou seja, da compreensão do homem, do ser no mundo, estar aberto ao futuro, a possibilidades da existência, à capacidade de interpretar a realidade. Essa compreensão pode se explicitar na linguagem por meio dos conceitos, traduzindo um sentido através de uma linguagem.

Referido autor, de quem Gadamer toma a concepção de círculo hermenêutico, descreve-o de forma tal que a compreensão do texto se encontra continuamente determinada pelo movimento antecipatório da pré-compreensão - o círculo do todo e as partes não se anulam na compreensão total, porém, nela alcançam sua realização mais autêntica.

Assim, a compreensão é descrita como a interpenetração do movimento na tradição e do movimento do intérprete. O círculo da compreensão não é um círculo metodológico, ele descreve um momento estrutural ontológico da compreensão.

É, portanto, um processo de aproximação em desenvolvimento, um processo que aproxima o sujeito que compreende e o objeto a compreender, até um encontro mútuo, produzindo, assim, uma transformação recíproca.

Não sendo contemplação (de um sujeito frente a um objeto), mas aproximação em desenvolvimento produz-se de forma circular ou, como se deve dizer mais corretamente - propõe Hassemmer, em forma de espiral. O procedimento do intérprete do direito encontra na pré-compreensão o seu momento inicial que, por sua vez, parametriza o empreendimento dessa tarefa.

O intérprete é condicionado por sua cultura jurídica, suas crenças políticas, filosóficas e religiosas, sua inserção socioeconômica e todos os demais fatores que forjaram e integram sua personalidade. Todas essas circunstâncias prosperam no sentido de colocar o intérprete em posição preconceituosa (de pré-conceito ideológico, seu) perante a norma a

interpretar, está também veiculante de mensagem ideológica.

De resto, a mera análise da linguagem normativa, sem que o círculo hermenêutico seja praticado (perguntas e respostas a respeito do objeto a ser interpretado, a norma) e sem a formulação de juízos prévios, não basta à pesquisa da solução correta a ser aplicada a cada caso.

Assim, desde a pré-compreensão - momento inicial do processo de compreensão jurídica - até o instante da determinação da regra determinante da decisão, estende-se uma complexa rede de novas antecipações de resultado.

CAPÍTULO 2: O CIRCULO HERMENÊUTICO NA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Conforme acima delineado, a reflexão hermenêutica ensina que o processo de interpretação dos textos normativos encontra na pré-compreensão o seu momento inicial, a partir do qual ganha dinamismo um movimento circular, que compõe o círculo hermenêutico.

A decisão judicial considera e é determinada pelas palavras da lei e pelos antecedentes judiciais, pelas interpretações elaboradas pelas duas ou mais partes em conflito, pelas regras processuais, pelas expectativas de justiça nutridas pela consciência da sociedade e, finalmente, pelas convicções do próprio juiz, que pode estar influenciado, de forma decisiva, por preceitos de ordem ética, religiosa ou social, por esquemas doutrinários em voga ou por instâncias de ordem política.

Dessa forma, o juiz decide sempre dentro de uma situação histórica determinada, participando da consciência social de seu tempo, considerando o direito como um todo e não apenas um determinado texto normativo.

A “abertura” dos textos de direito, embora suficiente para permitir que o direito permaneça a serviço da realidade, não é absoluta. Qualquer intérprete estará, sempre, permanentemente por eles atado, retido. Do rompimento dessa retenção pelo intérprete autêntico, o julgador, resultará a subversão do texto.

É assim que o juiz, por uma razão ontológica, cria direito dentro da lei, mas não pode criá-lo fora dela senão por delegação, mercê do que,

em rigor, transforma-se em legislador.

Ora, desde o momento da elaboração do texto até o instante de sua aplicação, a norma é determinada histórica e socialmente. A norma é composta pela história, pela cultura e pelas demais características da sociedade no âmbito da qual se aplica. A atuação jurisprudencial não é arbitrária, porém vinculada a critérios de racionalidade¹⁰⁵, reconhecendo a existência e o influxo de elementos valorativos no procedimento de individualização do direito, encontrando na pré-compreensão o fator inicial do qual parte o procedimento do intérprete, considerada a sua fundamental importância para a tomada da decisão judicial.

Conforme já delineado alhures, a compreensão respeita ao ser no mundo (*Dasein*), logo, o compreender é algo existencial. Ela se dá como compreensão do ser, sendo, então, experiência. Por isso, resultará sempre inútil, em qualquer ciência compreensiva, qualquer tentativa de separação entre racionalidade e personalidade da compreensão.

É necessário dizer, ainda uma vez, que a hermenêutica está ancorada na facticidade e na historicidade, de modo que entre a linguagem, instrumento necessário de que nos utilizamos para apreender o objeto a ser compreendido - os textos normativos, no caso da interpretação jurídica -, e esse objeto, interpõem-se os mundos da cultura e da história. Por isso, o saber jurídico há de ser concebido como um processo de diálogo, de troca entre o ser e o mundo.

O sujeito, ao interpretar um texto, trava um diálogo com ele, fala-se em círculo porque a interpretação é alimentada desde o intérprete e desde o texto, e quando o intérprete projeta sua compreensão (isto é, lança um projeto de compreensão), abrindo-se para o texto, procura não

¹⁰⁵ Para Cláudio Pereira de Souza Neto, esse impasse a que chegou o positivismo jurídico levou a filosofia do direito contemporânea, que se encaminha no sentido da formação do paradigma pós-positivista, a buscar operar a legitimação da jurisdição constitucional através da reinserção da razão prática na metodologia jurídica. (...) O pós-positivismo crê na possibilidade de se fundamentarem racionalmente as pretensões normativas. No âmbito das teorias que buscam superar o impasse deixado pelo positivismo jurídico se encontram a tópica, a teoria dos princípios e a teoria do discurso. Todas essas perspectivas sublinham o fato de que o direito não pode ser reduzido à fatividade da coação estatal, mas deve também perseguir a legitimidade produzida pela adesão da comunidade a qual a norma se dirige. *In*: *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 330.

somente recompor a compreensão do legislador que escreveu o texto, porém dar voz ao texto, permitindo que ele (o texto) se afirme diante da situação e no bojo da qual se processa a interpretação, aí o intérprete projeta o sentido atualizante do texto.

A compreensão do texto consiste na elaboração desse projeto prévio, que deve ser constantemente revisado, com o que vai resultando conforme se avança na penetração do sentido. Mas toda revisão do primeiro projeto se apoia na possibilidade de antecipar um novo projeto de sentido. É possível que vários projetos de sentido conflitem entre si, até que se possa univocamente estabelecer a unidade de sentido, pois a interpretação começa sempre com conceitos prévios que se deve progressivamente substituir por outros mais adequados.

Por outro lado, os preconceitos do intérprete não são o resultado de meras idiossincrasias, refletindo na verdade toda a sua vivência histórica, assim, os preconceitos do intérprete marcam seu perfil existencial e a interpretação é uma experiência histórica do intérprete, porém conformada por todas as suas experiências históricas anteriores.

Destarte, o intérprete deve estar aberto para a opinião do texto, pois quem deseja compreendê-lo tem que estar, em princípio, disposto a deixar-se dizer algo por ele. Uma consciência formada hermeneuticamente tem de mostrar-se receptiva desde o princípio à alteridade do texto e, assim, possa por em confronto sua verdade objetiva com as próprias opiniões prévias do intérprete.

Assim, o círculo hermenêutico constitui uma estrutura circular em que a compreensão do sentido ou do conteúdo singular é condicionada pela compreensão do todo em que se integra, sendo, por sua vez, a compreensão do todo mediada ou condicionada pelo conteúdo singular.

A par desse conceito, verifica-se que o universo com o qual o referido conteúdo singular estabelece uma relação dialógica, ou seja, o todo em que se integra, é variável de acordo com o teórico que o aborda, senão vejamos.

Para Heidegger, conforme alhures exposto, toda compreensão do mundo implica compreensão da existência e toda compreensão da existência implica compreensão do mundo, sendo a hermenêutica o reconhecimento da nossa tarefa como seres humanos.

Assim, para o referido filósofo, o todo é mais amplo que um simples texto, uma vez que engloba o próprio “ser-no-mundo”, constituindo o todo com o qual o conteúdo singular dialoga no círculo hermenêutico que, para ele, consiste no vai e vem entre o psicológico do autor e sua exteriorização.

Por sua vez, em Gadamer encontramos que o homem não está apenas aberto ao futuro, mas também vinculado ao passado, a uma tradição, não estritamente individual, mas contextual, funcionando como uma pré-compreensão do mundo, em que nosso modo de ver o mundo está marcado por essa tradição.

Desse modo, para esse autor, somente dialogando com esses fatores, onde passado e futuro se fundem, é que compreendemos o presente, o que ele chama de justa compreensão, ou seja, entender o contexto, pois compreender um texto é ter laços com seu conteúdo, laços que são entregues pela tradição, isto é, pela situação original, lugar hermenêutico por excelência que tem que ser decifrado.

Dessa forma, para ele, o contato com a tradição amplia a consciência que temos de nós mesmos. A linguagem é o lugar onde isso acontece, é a mediadora do entendimento recíproco, onde se unificam os horizontes. A hermenêutica está ligada ao diálogo com um texto. Essa dialética entre pergunta e resposta é que fundamenta a hermenêutica, supondo uma metanóia (mudança qualitativa) em nós, uma melhor compreensão de nós mesmos.

Assim, como facilmente se percebe, há uma variação de entendimento entre os diversos teóricos acerca da amplitude dos elementos que integram o círculo hermenêutico, não obstante, sua noção mais ampla mostra-se a mais adequada ao presente trabalho, tendo em vista que a jurisdição constitucional tem se mostrado cada vez mais sensível ao universo jurídico-político que circunda sua atuação, não se restringindo ao texto constitucional.

Eis o ponto nodal do presente artigo, estudar a contribuição do círculo hermenêutico para a legitimação do debate constitucional.

CAPÍTULO 3: COMO LEGITIMAR A DECISÃO?

A crise que atravessam as instâncias da jurisdição exigem a criação de nova mentalidade a repensar a administração da justiça, não se descuidando da necessidade de uma maior participação da comunidade.

Se é certo que, até há pouco tempo, o processo jurisdicional era concebido unicamente como um mecanismo estatal técnico, hoje transforma-se no instrumento político para a garantia dos direitos e a efetivação da justiça, por isso, havendo de se buscar um diálogo aberto, pluralista e democrático.

De outra banda, não se entende plenamente o mundo jurídico e o sistema normativo (Ciência Jurídica) quando insulado e separado da realidade social em que nasce e à que se aplica e do sistema de legitimidade que o inspira (Sociologia do Direito), devendo sempre possibilitar e favorecer sua própria crítica racional (Filosofia do Direito).

Portanto, é indispensável não perder de vista o contexto humano em função de que se elabora a ordem jurídica. Além disso, não se prescinde de revelar claramente as premissas e demais proposições do pensamento, discutindo-as e permitindo sua discussão, refletindo sobre as objeções que se lhes possam opor, na certeza de que o discurso jurídico construir-se-á tanto melhor quanto mais for o jurista aberto ao debate e capaz de colocar-se na situação de outrem.

É demasiado tentador cultivar um campo pelo qual a grande massa não possa seguir em que luza resplandecente o brilho da erudição e que se saiba que os resultados mais absurdos não poderão ser refutados pelo senso comum. Realmente, o povo, destinatário final da prestação jurisdicional, não entende nem se interessa por esse sutil exercício intelectual que teima em ignorá-lo.

Projeta-se, assim, para o campo do Direito, investigações que desmitificam a legalidade dogmática tradicional e introduzem análises sociopolíticas do fenômeno jurídico, aproximando mais diretamente o Direito do Estado, do poder, das ideologias, das práticas sociais e da crítica interdisciplinar. Isso, por consequência, conduz à edificação compartilhada de instituições político-jurídicas pluralistas, democráticas e participativas.

Trata-se de postura que reflete reações antipositivistas, de profundo teor emancipatório da sociedade e busca nova racionalidade, tornando-se apropriado, assim, pensar a alternatividade de paradigmas jurídicos na prática do pluralismo jurídico como elemento de potencialidade transformadora.

O direito - como observou Von Jhering - existe em função da sociedade e não a sociedade em função dele, sendo um nível da realidade social. Desse modo, a proposta de juridicidade pensada para a pós-modernidade afirma-se pela configuração de uma pluralidade jurídica, aberta e flexível, participativa e democrática, síntese de todos os interesses cotidianos, individuais e coletivos, caracterizando-se pela multiplicidade de práticas existentes em um mesmo espaço sociopolítico.

Não compreendendo as teorias e sutilezas jurídicas, o povo precisa crer em seus juízes, uma vez que a quebra dessa indispensável relação fiduciária reflete-se seriamente na estabilidade da ordem jurídica¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Nesse sentido, lapidar as palavras do Ministro Luiz Fux em voto proferido na ADI 4578/DF: *Por oportuno, ressalte-se que não pode haver dúvida sobre a percepção social do tema. Foi grande a reação social ao julgamento da ADPF 144, oportunidade em que se debateu a própria movimentação da sociedade civil organizada em contrariedade ao entendimento jurisprudencial até então consolidado no Tribunal Superior Eleitoral e nesta Corte, segundo o qual apenas a condenação definitiva poderia ensejar inelegibilidade. (...)*

Na oportunidade, diante da manifestação da Corte no sentido de que não se poderiam criar inelegibilidades sem a previsão em lei complementar, foi intensa a mobilização social que culminou na reunião de mais de dois milhões de assinaturas e a apresentação do Projeto de Lei Complementar nº 518/09. Este, com outros projetos similares a que foi pensado, foram submetidos ao debate parlamentar, do qual resultou a Lei Complementar nº 135/10.

Sobreveio, então, o pronunciamento desta Corte no julgamento do RE 633.703 (Rel. Min. GILMAR MENDES), no qual, por maioria de votos, foi afastada a aplicação da Lei Complementar nº 135/10 às eleições de 2010, a teor do que determina o art. 16 da Constituição Federal ("A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência."). Mais uma vez, a reação social contrária foi considerável, retrutada em fortes cores pela crítica impressa de todo o país.

A verdade é que a jurisprudência do STF nesta matéria vem gerando fenômeno similar ao que os juristas norteamericanos ROBERT POST e REVA SIEGEL (Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. Disponível em <http://papers.ssrn.com/abstract=990968>.) identificam como backlash, expressão que se traduz como um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos. É crescente e consideravelmente disseminada a crítica, no seio da sociedade civil, à resistência do Poder Judiciário na relativização da presunção de inocência para fins de estabelecimento das inelegibilidades.

Obviamente, o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de instância

Para alcançar tão ambiciosa pretensão, *mister* que a ênfase do processo esteja na Sociedade Civil enquanto novo espaço de efetivação da pluralidade e das diferenças. Certamente que a constituição de uma cultura jurídica antiformalista e pluralista, fundada nos valores do poder social compartilhado, está necessariamente vinculada aos critérios de uma nova legitimidade.

Ademais, a circunstância de ser a função judicial derivada da legislativa não a torna, por isto, servil e nem lhe retira o papel criativo que precisa exercer na interpretação e aplicação do direito, afeiçoando a lei às circunstâncias do caso e à evolução social, resolvendo a aporia da lei injusta, suprimindo as lacunas e buscando eliminar as antinomias do ordenamento jurídico.

Assim, os pressupostos substantivos que constituem e sustentam novas formas de legitimação, quer da Justiça, quer do Direito, devem ser buscados na ação participativa, de modo a recolher as lições da moderna hermenêutica, da lógica do razoável de Recaséns Siches, bem como as contribuições de Perelman ou de Viehweg, relativas à retórica, tópica ou dialética aristotélica, por eles retomadas de modo a oferecer ao trabalho hermenêutico novos instrumentos tendentes a adequar o direito às exigências da vida.

contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular. POST e SIEGEL, debruçados sobre a experiência dos EUA - mas tecendo considerações aplicáveis à realidade brasileira -, sugerem a adesão a um constitucionalismo democrático, em que a Corte Constitucional esteja atenta à divergência e à contestação que exsurtem do contexto social quanto às suas decisões.

Se a Suprema Corte é o último player nas sucessivas rodadas de interpretação da Constituição pelos diversos integrantes de uma sociedade aberta de intérpretes (cf. HÄBERLE), é certo que tem o privilégio de, observando os movimentos realizados pelos demais, poder ponderar as diversas razões antes expostas para, ao final, proferir sua decisão.

Assim, não cabe a este Tribunal desconsiderar a existência de um descompasso entre a sua jurisprudência e a hoje fortíssima opinião popular a respeito do tema "ficha limpa", sobretudo porque o debate se instaurou em interpretações plenamente razoáveis da Constituição e da Lei Complementar nº 135/10 - interpretações essas que ora se adotam. Não se cuida de uma desobediência ou oposição irracional, mas de um movimento intelectualmente embasado, que expõe a concretização do que PABLO LUCAS VERDÚ chamara de sentimento constitucional, fortalecendo a legitimidade democrática do constitucionalismo. A sociedade civil identifica-se na Constituição, mesmo que para reagir negativamente ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

O indispensável é não se afastar o intérprete constitucional do mundo real, para que não se configure o ceticismo advindo do convívio de duas verdades - a do povo e a dos juristas. Neste sentido, faz-se necessário, também, a reavaliação do processo hermenêutico para que, de formal se torne material, permitindo a identificação dos interesses e forças sociais que nele se inserem.

CAPÍTULO 4: A ABERTURA DO DEBATE CONSTITUCIONAL

O intérprete não interpreta por partes, como que a repetir as fases da hermenêutica clássica, ou seja, primeiro compreende para depois interpretar e, finalmente, aplicar o direito. Calcado na ontologia da compreensão, esses três momentos ocorrem em um só, que se dá no movimento da circularidade da autocompreensão no interior da espiral hermenêutica, uma vez que o intérprete, ao interpretar um texto, estará no entremeio do círculo hermenêutico, uma vez que é impossível se desprender da circularidade da compreensão.

Para isso, as condições e possibilidades para que o intérprete possa compreender um texto implicam a existência de uma pré-compreensão acerca da totalidade do sistema jurídico-político-social.

Dessa forma, o desafio está em lançar um olhar novo, desvencilhado pela pré-compreensão dominada por uma compreensão inautêntica do direito, pois o jurista fala do direito a partir desses pré-juízos, ou seja, como o direito é e tem sido estudado nas faculdades, reproduzido nos manuais e aplicado quotidianamente, sentido comum teórico que pode não passar de uma manifestação inautêntica do direito, provocando o ocultamento das possibilidades da manifestação de um Direito de índole transformadora, condizente com o novo modelo proporcionado pelo Estado Democrático.

Destarte resta-nos descortinar tais pré-juízos, abrindo uma clareira no território da tradição, uma vez que é no nosso modo da compreensão, enquanto ser no mundo, que exurgirá a norma produto da síntese hermenêutica.

Para Gadamer, ter horizonte significa não estar limitado ao que está mais próximo de nós, mas sim, poder ver além. Disso resulta que a

ausência de uma adequada tradição constitucional obstaculiza o processo interpretativo do jurista.

Desse modo, o sentido do texto se dá a partir do modo de ser-no-mundo no qual está inserido o intérprete, pois há um mundo circundante onde acontece essa manifestação. Ao vislumbrar o texto, já há um pré-conceito acerca da Constituição, sendo esta, assim como o Estado, uma construção caracterizada por uma pluralidade de interesses, cuja fusão nunca está definitivamente concluída.

A fundamentação constitucional se dá numa pertença recíproca que acontece a partir do processo de autocompreensão, onde o texto emanado, o intérprete e os destinatários da norma estão na circularidade, uma vez que a Constituição faz parte do modo-de-ser-no-mundo do intérprete que, quando interpreta o texto, o sentido da Constituição já está com ele, manifestando-se no seu modo de compreender o mundo, visto que a hermenêutica não é método, é modo-de-ser-no-mundo.

Diante disso, a interpretação das normas constitucionais não deve se restringir aos métodos clássicos de interpretação da lei, os quais propiciam ao intérprete considerar-se exonerado de responsabilidade, atribuindo ao legislador as injustiças que decorrem de suas conclusões, uma vez que a jurisdição constitucional tem exercido papel de destaque no mundo ocidental, protagonizando importantes debates acerca dos rumos da sociedade, mormente no que concerne à afirmação dos direitos fundamentais.

No Brasil, principalmente após a Constituição Federal de 1988, o papel do Supremo Tribunal Federal tem ganhado relevo na conjuntura político-institucional, fazendo com que suas decisões sejam cada vez mais conhecidas e discutidas não só pelo público especializado, como também pelos membros dos demais Poderes e pela sociedade civil organizada.

O acirramento do debate público acerca do processo de escolha dos membros do Supremo Tribunal Federal, a exposição dos julgamentos por meio dos diversos canais disponibilizados pela tecnologia da informação, a criação de instrumentos processuais que possibilitam a abertura para o diálogo institucional com os demais Poderes e com a sociedade, bem como a evolução socioeconômica das últimas décadas, são exemplos de fatores

que ampliam o debate constitucional¹⁰⁷.

Assim, esse vai e vem entre o intérprete, a constituição e a sociedade pode ser explicado à luz da noção de círculo hermenêutico, estrutura circular em que a compreensão do sentido ou do conteúdo singular (a norma constitucional a ser aplicada no caso concreto) é condicionada pela compreensão do todo em que se integra (não só a constituição, mas o mundo que engloba os envolvidos na discussão), sendo, por sua vez, a compreensão do todo mediada ou condicionada pelo conteúdo singular, mormente se considerada a amplitude da concepção heideggeriana, em que toda compreensão do mundo implica compreensão da existência e toda compreensão da existência implica compreensão do mundo, sendo a hermenêutica o reconhecimento da nossa tarefa como seres humanos, ou seja, nesta concepção o todo é mais amplo que um simples texto, uma vez que engloba o próprio “ser-no-mundo”, constituindo o contexto com o qual o conteúdo singular dialoga no círculo hermenêutico.

¹⁰⁷ Mais uma vez nos valem das valiosas lições do Ministro Luiz Fux, desta vez em voto proferido na ADI 4029/DF: *O novo regime preza, indubitavelmente, pela abertura dos canais de participação democrática nas discussões travadas pelo Judiciário, colimando instituir aquilo que Häberle definiu como sociedade aberta de intérpretes constitucionais. Em passagem de sua obra, o autor alemão ressalta a importância de que o debate constitucional seja realizado em meio a interlocutores plurais: (...).*

O diploma constitucional hoje vigente é dotado de um amplo catálogo de expressões de compreensão equívoca, identificados pela doutrina como cláusulas abertas ou conceitos jurídicos indeterminados, que adquirem densidade normativa a partir da atividade do intérprete, o qual, inevitavelmente, se vale de suas convicções políticas e sociais para delinear a configuração dos princípios jurídicos.

Segundo Robert Alexi, o sistema jurídico é um sistema aberto em face da moral (Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. passim), precisamente pela necessidade de conferir significação a princípios abstratos como dignidade, liberdade e igualdade. Sendo assim, seria iniquamente antidemocrático afastar a participação popular desse processo de transformação do axiológico em deontológico.

Nesse contexto, a manifestação da sociedade civil organizada ganha papel de destaque na jurisdição constitucional brasileira. Como o Judiciário não é composto de membros eleitos pelo sufrágio popular, sua legitimidade tem supedâneo na possibilidade de influência de que são dotados todos aqueles diretamente interessados nas suas decisões. Essa a faceta da nova democracia no Estado brasileiro, a democracia participativa, que se baseia na generalização e profusão das vias de participação dos cidadãos nos provimentos estatais. Sobre o tema, Häberle preleciona: (...).

A interferência do povo na interpretação constitucional, traduzindo os anseios de suas camadas sociais, prolonga no tempo a vigência da Carta Magna, evitando que a insatisfação da sociedade desperte o poder constituinte de seu estado de latência e promova o rompimento da ordem estabelecida.

CONCLUSÃO

Espera-se, ao final deste trabalho, ter contribuído um pouco mais para desenvolver a temática acerca da importância da hermenêutica para a legitimação da jurisdição constitucional.

Verificou-se que a evolução das escolas hermenêuticas partiu da mera eleição de critérios interpretativos para chegar à conclusão que o próprio homem é o principal dado do problema hermenêutico, uma vez que a concepção meramente silogística da atividade judicial encobre as opções políticas do julgador, o que dificulta o controle, redundando no déficit de legitimidade da atividade jurisdicional.

Apesar de se reconhecer que há distinção ente a compreensão e a aplicação da norma, enfatiza-se que o intérprete jamais pode ignorar a si mesmo e a situação em que se encontra lançado. O conteúdo da norma deve ser determinado tendo em conta o caso ao qual será aplicada.

Desse modo, ressalta-se a utilidade do balizamento da atividade jurisdicional por meio da transparência dos debates, bem como da necessidade da abertura de novos canais de interação com a sociedade civil organizada, ampliando a comunidade dos intérpretes da constituição de Häberle.

O grande desafio é exatamente “como controlar quem interpreta”, assegurando a coerência e integralidade do direito, se cada juiz está condicionado por um horizonte de sentido específico e que evolui de acordo com sua própria evolução. Questiona-se, ainda, se é possível assegurar que o juiz respeite um conteúdo axiológico mínimo, compartilhado pelas pessoas que serão atingidas por suas decisões, não obstante o pluralismo valorativo vigente, garantido a segurança das expectativas normativas.

No ponto, este estudo procurou demonstrar como esse vai e vem entre o intérprete, a constituição e o mundo que os circunda pode ser explicado à luz da noção de círculo hermenêutico, estrutura circular em que a compreensão do sentido ou do conteúdo singular é condicionada pela compreensão do todo em que se integra, sendo, por sua vez, a compreensão do todo mediada ou condicionada pelo conteúdo singular.

REFERÊNCIAS

ÀVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicações do direito e contexto social**. 2. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4029/Distrito Federal. Associação Nacional dos Servidores do Ibama e Presidente da República. Relator: Ministro Luiz Fux. 16 de março de 2012. Informativo de Jurisprudência, Brasília, DF, n. 658, mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4578/Distrito Federal. Confederação Nacional das Profissões Liberais e Congresso Nacional. Relator: Ministro Luiz Fux. 24 de fevereiro de 2012. Informativo de Jurisprudência, Brasília, DF, n. 655, fev. 2012.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SÁ, Waltenberg Lima de. **O Círculo Hermenêutico na Evolução da Jurisdição Constitucional Brasileira**. 14 f. Projeto de Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

Waltenberg Lima de Sá

TEIXEIRA, António Braz. **Filosofia e Metodologia do Direito II, A Razão Jurídica II**. Apontamentos. Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologia.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIREITO FRATERO - NOVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL¹⁰⁸

Yuri André Pereira de Melo

Graduando em Direito - UFS.

Sumário: 1. Introdução. 2. Revisão da Literatura. 3. Análise de Casos. 4. Conceito Jurídico do Direito Fraternal Constitucional. 5. Conclusões. 6. Referências Bibliográficas.

Resumo: No Pós-Positivismo surge uma grande lacuna: qual o novo paradigma a ser seguido tendo em vista a falência dos tradicionais métodos hermenêuticos, sobretudo, do Positivismo e a Subsunção Legal. Hoje, em nome de uma segurança jurídica, corre-se o risco do retorno ao Direito que privilegia a aplicação da legislação infraconstitucional em clara inversão a eficácia dos direitos abarcados pela Constituição de 1988. O Direito Fraternal e a Teoria da Complementariedade apresentam-se como novo ponto de partida da Hermenêutica Constitucional, para maximizar a eficácia da Carta Magna em direção a uma interpretação complementar-constitucional dos enunciados normativos.

Palavras-chave: Hermenêutica Constitucional, Fraternalidade Constitucional, Teoria da Complementariedade, Eficácia das normas Constitucionais, Casos “Fáceis”.

Abstract: In the Post-Positivism appears a big gap: what the new paradigm to be followed in view of the failure of traditional hermeneutic methods, especially of Positivism and Legal Subsumption. Today, on behalf of legality, one runs the risk of returning to law that favors a enforcement strictly legal, the opposite side of all principles advances brought in Brazilian Constitution. The Fraternal Law and the Theory of Complementarity present themselves as new starting point of the Constitutional Hermeneutics, in a clear purpose to maximize the effectiveness of the Magna Charta toward a complementary constitutional interpretation of normative statements.

Key words: Constitutional Hermeneutic, Fraternal Law, Theory of Complementary, “Easy” Cases.

¹⁰⁸ Produzido no Programa Especial de Inclusão em Iniciação Científica - PIIC - POSGRAP/PROEST/UFS, Área de Concentração: Hermenêutica Constitucional - Orientador: Prof.º Me. Eduardo Lima De Matos - Relatório Semestral - Período 2011-2012.

INTRODUÇÃO

O atual período do pós-Positivismo deixa uma lacuna: qual o novo paradigma a ser seguido tendo em vista a falência dos tradicionais métodos hermenêuticos, sobretudo, do Positivismo. E em nome de uma segurança jurídica corre-se o risco do retorno ao Direito que privilegia a aplicação da legislação infraconstitucional em uma clara inversão que diminui sobremaneira a eficácia dos direitos abarcados pela Constituição de 1988.

O Direito Fraternal Constitucional é o próximo passo a ser dado no caminho de uma sociedade mais livre, mais justa e - sobretudo - solidária (fraternal), até mesmo porque sem esta última não há como garantir a justiça, a liberdade e a igualdade. O Direito Fraternal é o novo ponto de partida hermenêutico para irradiar de fato a eficácia das normas constitucionais no ordenamento pátrio e assegurar à sociedade da verdadeira prática dos Direitos Fundamentais.

A Fraternidade Constitucional inaugura com maestria a mais nova e esperada fase do Neoconstitucionalismo, figurando até mesmo como a última esperança rumo à eficácia social e jurídica das normas constitucionais. Vale ressaltar que o tema em relevo já foi manuseado por mestres do Direito Constitucional compondo julgados de grande interesse social proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, com precursores o eminente Ministro Carlos Ayres Britto e a eminente Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, mais recentemente através do ilustre mestre em Direito Constitucional da Universidade Federal de Sergipe Carlos Augusto Alcântara Machado¹⁰⁹, autor do artigo científico intitulado “Fraternidade como categoria Jurídico-Constitucional” cuja produção consegue, com louvor, trazer a Fraternidade como próximo e decisivo passo a ser dado rumo a evolução do Neoconstitucionalismo e do Direito.

Como foi dito, é preciso ir além. A Fraternidade Constitucional já foi descoberta, agora é preciso lhe dar forma e conteúdo jurídico digno do mais alto nível do ordenamento. Ir além, sem perder de vista a

¹⁰⁹ Procurador de Justiça em Sergipe, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará, professor de Direito Constitucional em cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Tiradentes e da Universidade Federal de Sergipe, autor dos livros Mandado de Injunção - um instrumento de efetividade da Constituição (Ed. Atlas) e Direito Constitucional (Editora Revista dos Tribunais).

segurança jurídica sugere a Teoria da Complementariedade – técnica interpretativa que posiciona o operador do direito entre a complexidade de uma situação da vida judicializada e a complexidade do texto constitucional, fazendo-o perceber a insuficiência de um enunciado normativo que, de forma parcial, prevê uma solução jurídica incompleta e incapaz de compreender todo o problema levado à jurisdição estatal.

A Complementariedade busca dar maior eficácia às normas de todo o ordenamento jurídico e garantir a perenidade da atual Constituição brasileira. Por isso e para isso, deve-se passar pela perspectiva do Direito Fraternal. Assim, as normas constitucionais gozarão de merecida efetividade e a Carta Magna tornar-se-á de fato cidadã para todos.

2. REVISÃO DA LITERATURA: evolução do Direito e o Direito fraternal Constitucional

O Constitucionalismo Moderno limita o poder estatal e consagra os direitos fundamentais, com o intuito de combater o arbítrio e a hipertrofia do poder do antigo regime (ponto máximo: Absolutismo), tendo como paradigmas as Constituições Americana (1787) e Francesa (1791). A primeira fase do constitucionalismo teve como valor a liberdade, pioneira dos pilares do estado liberal - não intervencionista -, mantinha o Estado Negativo: mero espectador da sociedade. Esta omissão garantia o império da lei do mais forte e não raro havia impunidade e demasiada desigualdade. A segunda fase associa a ideia de liberdade com a igualdade, sendo o valor da fase do social ou do Estado positivo e intervencionista na tentativa de amenizar as injustiças sociais. A Constituição de 1988 foi elaborada visando alcançar a terceira fase, contudo ainda não implementada. E enquanto for praticada a pseudo-fraternidade o Brasil não conseguirá de fato amenizar a tamanha desigualdade ainda presente, sem falar nas mazelas sociais que afligem e deixam boa parcela de nossa população a margem do mínimo exigível de cidadania.

A terceira fase do constitucionalismo traz à tona os direitos trans-individuais ou coletivos cujo alicerce é justamente o valor da fraternidade

e solidariedade. No mesmo sentido preleciona Ingo Wolfgang Sarlet¹¹⁰:

“Trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa”.

Inserem-se nessa categoria, por exemplo, os direitos à paz, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos e têm em comum o fato de serem universais. Ainda sobre a fase do fraterno, acende a luz da fraternidade o Professor Carlos Augusto Alcântara Machado em seu artigo ‘Fraternidade como categoria Jurídico-Constitucional’:

“Ao afirmar a Constituição brasileira que é objetivo fundamental da República Federativa construir uma sociedade livre, justa e solidária, constata-se, cristalinamente, o reconhecimento de dimensões materializadas em três valores distintos, mas em simbiose perfeita: a) Uma dimensão política: construir uma sociedade livre; b) Uma dimensão social: construir uma sociedade justa; c) Uma dimensão fraternal: construir uma sociedade solidária. Cada uma das três dimensões, ao encerrar valores próprios, liberdade, igualdade e fraternidade, instituem categorias constitucionais.

A Constituição busca com a dimensão fraternal, uma integração comunitária, uma vida em comunhão. Se vivermos efetivamente em comunidade, estaremos, de fato, numa comum unidade. Em uma palavra: **fraternidade** (grifo). Uma sociedade fraterna é uma sociedade sem preconceitos e pluralista. E **esses valores estão presentes na Constituição de 1988**”.

Logo não é necessário modificar a Carta Magna nem preteri-la por outra, pois - em consonância com o citado mestre - a fraternidade é uma categoria jurídica. Todavia, é preciso ir além, evoluir e interpretar a própria Constituição sobre o ponto de vista do Direito Fraternal, como ilustra Pedro Lenza¹¹¹: “incorporando à ideia de constitucionalismo social os valores do constitucionalismo fraternal e de solidariedade, avançando e estabelecendo um equilíbrio entre o constitucionalismo moderno e alguns excessos do contemporâneo”. Com isso “busca-se a

¹¹⁰ Ingo Wolfgang Sarlet *apud* Carlos Augusto Alcântara Machado, Fraternidade Categoria Jurídico Constitucional in Princípios Humanistas Constitucionais.

¹¹¹ Lenza, 2010, p. 53 e p. 55 in Direito Constitucional Esquematizado.

eficácia da Constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, **especialmente diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais**”, é como ilustra Pedro Lenza em seu livro ‘Direito Constitucional Esquematizado’.

Lembre-se que o homem surge muito antes da linguagem, é anterior ao Direito e ao Estado, portanto estes devem tutelar a dignidade da pessoa humana e assegurar o desenvolvimento das relações entre os homens. Além disso, deve favorecer a sua evolução; pois o homem muda junto à sociedade, e o direito gravita em torno desta e por isso deve também evoluir. A função do homem na Terra não é outra senão a evolução, não apenas material, mas, sobretudo quanto ao espírito e ao fraternal, ou seja, a evolução do homem em si e da sociedade em sua volta, pois o homem é sempre o fim de todas as coisas (Kant).

Indo além, uma Constituição plural e ampla deve garantir a máxima da inclusão e do acesso dos direitos garantidos aos seus destinatários. Portanto, não cabe reprimir por vias do direito a livre manifestação e desenvolvimento das minorias, que não se restringem por número, mas apenas por estar à margem do valor ou costume dominante e por terem sido tolhidos do real acesso a conquista da cidadania e de seus direitos, a exemplo dos quilombolas, dos índios, dos homoafetivos, dos deficientes físicos, enfim, dos demais excluídos. Posto que a felicidade e o direito não devem estar a serviço de alguns, mas a serviço de todos. Tal conquista é fundamental para consolidação do Estado democrático de direito. Uma sociedade fraterna não possui pré-conceitos e é plural, lembre-se sempre: a diferença não é para ser tolerada, mas reconhecida e valorizada; ser diferente é normal, mais que normal é um dever fundamental respeitar e considerar as diferenças para garantir a eficácia de um texto constitucional amplo, democrático e plural.

E para que tudo isso de fato se efetive, o Direito deve dar o passo adiante e também evoluir. É como ensina o mestre Carlos Augusto Alcântara Machado:

“Precisamos compreender o Direito como um instrumento que regulamenta condutas visando fazer com que os seres humanos vivam com o outro e não apesar do outro. Em cada ser humano habita, num certo sentido, toda humanidade. O outro, também sou eu. Tudo se reduz à unidade. Tudo é ‘um’. Os ordenamentos jurídicos contemporâneos lograram certo êxito em combater a

opressão e o arbítrio, garantindo, dentro do possível, liberdade e igualdade. No entanto, serão fadados ao insucesso se mais um passo não for dado em busca da fraternidade, pois, em última análise, tal valor torna-se premissa e condição dos outros dois valores (liberdade e igualdade)”.

Fica evidente, nesta citação, que todo avanço conseguido pelas duas primeiras fases do constitucionalismo estará em risco se não for implementada a fase da fraternidade e da solidariedade.

Vive-se hoje claramente um momento decisivo e de mudança. Deve-se sair do direito, cujo critério de justiça é dar a cada um o que merece (*ius suum cuique tribuere*); e ir para um novo direito que dê a cada um aquilo que todo e qualquer operador do direito gostaria de receber se igualmente passasse pelo crivo do Judiciário. Ter-se-á, assim, um Judiciário que preze pela qualidade e não apenas pela quantidade de processos julgados. É como esclarece o professor português Paulo Ferreira da Cunha¹¹²:

“O Direito é uma realidade cultural, criada pelo homem com base numa apetência natural para a Justiça, constante e perpétua vontade de atribuir a cada um o que é seu. O seu a seu dono, quando apenas teoricamente enunciado, não resolve todavia o problema da Justiça e do Direito. É preciso descer do Olimpo e vir sujar as mãos no sangue e na lama do real”.

Com isso, surge uma nova razão ao direito: atingir os anseios de uma sociedade que já não conta mais com o vigor da moral e da ética de outrora, e que precisa o quanto antes do respeito e da valorização do outro como ser igual por natureza e por direitos. Hoje, mais do que nunca, faz-se necessário o pensar coletivo e social. Nessa sintonia, Carlos Augusto Alcântara Machado: “O mundo atual não sobreviverá sem práticas solidárias. Está na essência do ser humano e é uma exigência inafastável”. A interdependência material constitui a solidariedade objetiva, e é o que diferencia uma sociedade de uma multidão. Já na interdependência subjetiva, de ordem espiritual, o que se faz a um de nós - mesmo que esse um seja diferente - se faz a todos. A vitória de uns será a vitória dos outros, e vice-versa.

¹¹² Paulo Ferreira da Cunha. Do Direito Natural ao Fraternal, pfcunha@justice.com, Professor Catedrático e Diretor do Instituto Jurídico Interdisciplinar Universidade do Porto. Endereço: Faculdade de Direito, Universidade do Porto Rua dos Bragas, 223, 4050-123, Porto, Portugal.

Do ponto de vista político, social e cultural, a fraternidade poderia ser aplicada nas conquistas coletivas, p. ex., na defesa pela melhoria da educação pública. Veja bem, se um direito cabe a todos, também deve ser defendido por todos, até mesmo por quem estuda e matricula seus filhos em escola particular (pois só assim o faz por uma deficiência estrutural gigantesca nas escolas públicas). O diferencial a ser levantado seria defender a educação como crucial fator de amadurecimento político-econômico-social-cultural e também jurídico, e não apenas levantar o tema para defender exclusivamente aumento salarial de uma classe laboral. Até mesmo porque um país com educação, escolas, professores e alunos de qualidade gera uma sociedade mais justa, menos desigual, menos violenta, com menos prisões, com mais desenvolvimento humano, enfim, mais fraterna. Defender a melhoria da educação é um dever da sociedade inteira, pois o que fere a um fere a todos e a vitória de um é a vitória de todos. Se cada classe laboral for lutar por míseros aumentos salariais, nunca haverá satisfação social. A uma porque nunca se estará satisfeito com o quantum remuneratório, fato comprovado, pois até os agentes públicos mais bem remunerados também reivindicam melhorias salariais. A duas porque os benefícios individuais nunca compensarão os prejuízos coletivos, a exemplo da defasagem nas áreas da educação, da saúde, da segurança pública, nenhum aumento salarial será capaz de suprir a falta do indispensável: educação de qualidade para os filhos, saúde de qualidade para os enfermos e tranquilidade pública para todos.

O Direito Fraternal, no ponto de vista sociocultural, retoma a importância da defesa da coletividade e dos interesses coletivos. Nesse sentido, proteger o direito do outro também é defender o seu próprio direito, o contrário - o descaso às garantias individuais e coletivas a qualquer cidadão - gera sempre um efeito reflexo negativo a toda coletividade. Cabendo inclusive referência ao dano moral coletivo. Pois o infortúnio de qualquer cidadão ter sua saúde comprometida pela espera na fila de um hospital ou de ter sua vida ceifada em um assalto é uma probabilidade cada vez mais alta numa sociedade cada vez mais individual e de exclusão. O discurso Fraternal em nada tem a ver com ideias esquerdistas, mas em reconhecer que, mesmo no sistema capitalista, é imprescindível a vida coletiva ou em comum união. A livre iniciativa e a promoção do bem estar de todos foram, ambos, compromissos assinados

pela Constituição Federal e só serão implementados com a harmonia do ciclo liberdade-igualdade-fraternidade.

Ainda citando o mestre português Paulo Ferreira da Cunha:

“Pode haver muitos nomes para essa nova etapa do Direito, mas ele terá sempre que ser humano, solidário, altruísta, *fraterno*”. O Direito Fraterno Constitucional é “preferível a um retrocesso civilizacional, por indiferença dos juristas aos dramas agudíssimos do nosso tempo: miséria material e miséria moral”.

Tudo acima estabelecido são pré-requisitos para a instauração do Direito Fraterno Constitucional; visto que mudar a lei não soluciona os problemas sociais de nossa época. Mais eficaz é mudar a interpretação: a maior arma para o uso justo do direito. O fraterno será muito mais possível e exequível, quanto maior for a abrangência de sua doutrina, atingindo os que exercem o direito e principalmente a academia - berço de formação dos novos juristas. Aquele que dessa água beber terá função primordial de levar a luz àqueles que se encontram na penúria e que vivem a falsidade da vida na *caverna*; para *corrigir* as suas práticas, serão exigidos esforço e força de vontade. Nesse sentido, esclarece Wayne Morrison¹¹³:

“Trata-se de um mito de esclarecimento. A humanidade vive a vida da caverna. Precisamos de uma nova educação, um esclarecimento que transforme nosso modo de vida (...). Dessa maneira, quando os que se libertaram da caverna alcançam o mais alto conhecimento, não se pode permitir que permaneçam no mundo superior da contemplação; devem retornar a caverna e participar da vida e do afã dos prisioneiros”

Portanto, o conhecimento deve ser distribuído e, acima de tudo, praticado. O Direito Fraterno vive com a mutação da interpretação constitucional e com a adesão da interpretação prática da norma na satisfação do bem coletivo e social, possibilitando a vida em comum unidade.

Somente após todo esse comentário sobre a evolução política-social do direito, é que se pode observar e sentir a tamanha importância de construir o conteúdo jurídico do Direito Fraterno e estabelecê-lo como paradigma na Hermenêutica Constitucional. Permitindo, assim, a

¹¹³ Wayne Morrison, DATA. Filosofia do Direito - Dos Gregos ao Pós-Moderno, O Símile da Caverna. p. 38.

evolução do direito e da sociedade sob a égide dos direitos e princípios constitucionais.

3. ANÁLISE DE CASOS

A análise da eficácia da legislação constitucional e infraconstitucional, apresentada neste ponto, é o momento em que se observa a aplicação das normas do ordenamento jurídico ao caso concreto. Momento oportuno para estudar se a Constituição Federal é de fato o paradigma hermenêutico das decisões que dominam a prática forense nos denominados casos “fáceis”, e, se não, identificar qual o paradigma recorrente na solução dos mesmos. E, em paralelo, revelar a hermenêutica constitucional vigente nos casos difíceis que versam sobre a temática aqui desenvolvida, qual seja, Direito Fraternal - Novo Paradigma Constitucional.

Imprescindível propor o conceito jurídico da Fraternidade Constitucional, pois um conceito - para se tornar uma prática constante no ofício forense - precisa ser mais que a apresentação de um tema. Por isso pretende-se, a partir desta metodologia, estabelecer todo o suporte prático que permita o Direito Fraternal ultrapassar as barreiras do “dever-ser” e ganhar o tão esperado campo do “ser”. É, portanto o passo a mais que pretende ser dado rumo a terceira geração do Neoconstitucionalismo.

O grande artifício do operador do direito é a interpretação não só da norma, mas também da casuística, e a partir do ponto de vista de cada parte processual revelar o nível da argumentação jurídica. Ou seja, para classificar o caso como “fácil” ou “difícil”, é imprescindível interpretar e conferir o nível da discussão jurídica. Pois a casuística não é uma obra literária pré-pronta, a mero deleite do leitor; pelo contrário o caso concreto é um fato da vida, é real, produto da complexa dinâmica da vida em sociedade e exige do Judiciário uma solução jurídica que garanta a pacificação social estabelecendo o fim de um conflito. A interpretação, portanto, é a ferramenta essencial para o operador do direito compreender a complexidade do caso concreto e definir o nível da dialética jurídica: caso “fácil” ou “difícil”.

CASO 1

Processo: ADI 3768 DF

Relatora: CÁRMEN LÚCIA

Julgamento: 19/09/2007

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00028 EMENT VOL-02295-04 PP-00597

Parte(s): ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TRANSPORTES URBANOS – ANTU

LUIZ ALBERTO BETTIOL E OUTRO(A/S)

PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

CONGRESSO NACIONAL

ASSOCIAÇÃO DOS USUÁRIOS DE TRANSPORTES COLETIVOS DE ÂMBITO NACIONAL – AUTCAN

JOÃO BATISTA DE SOUZA

EMENTA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 39 DA LEI N. 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003 (ESTATUTO DO IDOSO), QUE ASSEGURA GRATUIDADE DOS TRANSPORTES PÚBLICOS URBANOS E SEMI-URBANOS AOS QUE TÊM MAIS DE 65 (SESSENTA E CINCO) ANOS. DIREITO CONSTITUCIONAL. NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATO. NORMA LEGAL QUE REPETE A NORMA CONSTITUCIONAL GARANTIDORA DO DIREITO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. O art. 39 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) apenas repete o que dispõe o § 2º do art. 230 da Constituição do Brasil. A norma constitucional é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, pelo que não há eiva de invalidade jurídica na norma legal que repete os seus termos e determina que se concretize o quanto constitucionalmente disposto.

2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

Artigo impugnado da Lei 10.741 que dispõe do Estatuto do Idoso:

Art. 39. Aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos,

exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade, não à toa se enquadra como caso difícil. A Associação Nacional das Empresas de Transportes Urbanos (NTU), autora da ação, pretendia que, adotando a técnica da interpretação do artigo 39 do Estatuto do Idoso, o STF declarasse inconstitucional a sua aplicação ao serviço de transporte coletivo urbano prestado no regime de permissão ou concessão. Alegava a ausência de norma federal específica instituindo um mecanismo compensatório da gratuidade nele prevista. O principal argumento da autora da ADI foi que o artigo impugnado atinge o direito constitucional da preservação do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos. Assim, ao não prever o custeio da gratuidade, o artigo impugnado transfere o ônus do seu custeio às camadas mais desfavorecidas da população – que se utilizam do transporte urbano coletivo - por meio de reajustes tarifários, o que representaria uma dupla inconstitucionalidade. Em contra partida, as associações propuseram a alternativa de o STF declarar inconstitucional a aplicação do dispositivo, até que sobrevenha norma federal específica instituindo o mecanismo de compensação da gratuidade.

Ou seja, a parte autora interpreta o artigo impugnado como norma de eficácia limitada já que não houve a previsão do custeio dos gastos com a gratuidade na lei específica. Isso geraria dupla inconstitucionalidade por afrontar o princípio constitucional do equilíbrio financeiro nos contratos de concessão de serviço público, subsidiado no art. 37, XXI da Carta Magna, e afrontaria os direitos do usuário e a política tarifária conforme previsão do art. 175.

Ao passo que a Advocacia Geral da União se pronuncia de forma a reafirmar a constitucionalidade do artigo impugnado com as disposições da Constituição Federal, afirma ainda:

“a legislação que regulamenta as concessões e permissões de serviço público não obriga ao poder concedente a praticar política de complementação tarifária como pretende fazer prevalecer a requerente. Tal diploma legal apenas contempla uma faculdade à entidade concedente de destinar algumas fontes de receitas alternativas, de modo a tornar mais acessível a tarifa e a fruição do serviço.” (...) “Ademais, registre-se o fato de o constituinte não ter previsto qualquer espécie de financiamento ou compensação

financeira para a plena aplicação do direito que instituiu, ao contrário do que fez quando cuidou da seguridade social.”

O voto da relatora, Min. Cármen Lúcia, ampliou a discussão e configurou como norma de eficácia plena o art. 230 da Constituição:

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

Conforme o voto, o STF não é foro para discutir a compensação da gratuidade do serviço e que a autora poderia isto sim, propor revisão dos contratos caso comprovasse ameaça ao equilíbrio econômico-financeiro das empresas contratantes. Além disso, a eminente Ministra Cármen Lúcia afirma que os artigos 39 da Lei 10.741/03 e 230 da Constituição asseguram o direito a uma dignidade humana mínima no sentido da integração social do idoso. Lembrou que o transporte coletivo urbano é usado justamente pelas camadas mais desfavorecidas da população e ambas as normas se inserem nos direitos e garantias fundamentais da dignidade da pessoa humana, por seu turno frutos de prolongadas lutas sociais (sem grifo na original):

“Em essência, tem-se que o direito ao transporte gratuito dos que têm mais de 65 anos não é um fim em si mesmo. A facilidade do deslocamento físico do idoso pelo uso de transporte coletivo haverá de ser assegurado, como afirmado constitucionalmente, como garantia da qualidade digna de vida para aquele que não pode pagar ou já colaborou com a sociedade em períodos pretéritos, de modo a que lhe assiste, nesta fase da vida, direito a ser assumido pela sociedade quanto aos ônus decorrentes daquele uso.

Os preços das tarifas de transporte podem constituir dificuldades a mais, quando não impossibilidades, enfrentadas pelos idosos e que os levam a manter-se acantonados em suas casas, impedidos de se deslocar e fadados a esperar visitas que não vêm, médicos que não chegam, enfim, vidas que se acomodam pela falta de condições para que a pessoa circule.

A gratuidade de transporte coletivo representa uma condição mínima de mobilidade, a favorecer a participação dos idosos na comunidade, assim como viabiliza a concretização de sua

dignidade e de seu bem-estar, não se compadece com condicionamento posto pelo princípio da reserva do possível. Aquele princípio haverá de se compatibilizar com a garantia do mínimo existencial, sobre o qual disse, em outra ocasião, ser **“o conjunto das condições primárias sócio-políticas, materiais e psicológicas sem as quais não se dotam de conteúdo próprio os direitos assegurados constitucionalmente, em especial aqueles que se referem aos fundamentais individuais e sociais... que garantem que o princípio da dignidade humana dota-se de conteúdo determinável (conquanto não determinado abstratamente na norma constitucional que o expressa), de vinculabilidade em relação aos poderes públicos, que não podem atuar no sentido de negar a existência ou de não lhe assegurar a efetivação, de densidade que lhe concede conteúdo específico sem o qual não se pode afastar o Estado”**.

O investimento e os gastos oriundos da prestação dos serviços públicos de transporte coletivo, delegado pelo ente público ao particular, haverão de ser calculados e haverão de ser definidos na relação delegante-delegado, sem que tanto seja traspassado ao particular, menos ainda àquele que, por força da norma constitucional (art. 230, § 2º) e infraconstitucional (art. 39 da Lei n. 10.741/2003), haverá de fruir gratuitamente o serviço.

Imprópria juridicamente é a assertiva de que não se poderia exercer aquele direito constitucional do idoso antes que se fixasse, contratualmente (entre o ente delegante e a empresa delegada), a forma de assunção dos ônus financeiros pelo ente público.

Ao reconhecimento de que o Estado pode alterar, unilateralmente, as condições fixadas para os contratos de concessão e permissão, tem-se, de um lado, que o particular tem a garantia da preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e, de outro, que as normas constitucionais devem cumpridas.

Compete ao contratado particular comprovar perante o ente contratante a ruptura do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, em quanto, como e porque para que seja feito se for o caso e segundo dados específicos.

A argumentação da autora, nesse ponto, há de ser tido como

perverso. Os idosos não são em número suficiente para aniquilar os ganhos dos empresários”.

Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou pela improcedência do pedido de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3768. Divergiu do voto da maioria apenas o ministro Marco Aurélio.

Ao votar com a relatora, o ministro Carlos Ayres Britto - precursor do Direito Fraternal - observou:

“O advento de um novo constitucionalismo fraternal ou, como dizem os italianos, ‘altruístico’, com ações distributivistas e solidárias” (...) “não se trata de um direito social, mas de um direito fraternal para amainar direitos tradicionalmente negligenciados. O Advogado Geral da União deixou claro que não se trata de direito social a exigir ações distributivas por parte do Estado, mas é uma nova categoria de direito. É um direito mesmo fraternal, a exigir ações afirmativas, compensatórias de desvantagens historicamente experimentadas por segmentos sociais como os dos negros, dos índios, das mulheres, dos portadores de deficiência e dos idosos”.

ANÁLISE DO CASO 1

Na análise do primeiro caso, a ADI 3768-4/DF serve como exemplo da importância da dialética jurídica para classificar o caso como fácil ou difícil e também perceber o avanço doutrinário em interpretar as normas constitucionais segundo a ótica do Direito Fraternal, reforçando ainda que a argumentação jurídica do caso analisado está no mais alto nível do ordenamento jurídico. Passando, então, a ser tratado como um caso difícil, em que normas constitucionais são invocadas tanto pela parte autora quanto pela AGU e ainda pela relatora em cujo voto elegeu - sob a ótica da Fraternidade Constitucional - o direito dos idosos à gratuidade de transporte público coletivo urbano como garantia da qualidade de vida digna, preconizada pela Constituição, e um ônus suportado pela sociedade.

A eminente Ministra Relatora Cármen Lúcia disse mais: descartou a possibilidade de alegação do princípio da reserva do possível compatibilizando-o com o princípio da dignidade da pessoa humana. Sobretudo, por este último vincular o Estado na precípua tarefa de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais e do maior de todos os princípios que se revela o coração do patrimônio jurídico da pessoa humana.

Porém o respectivo relatório e voto não restariam **completos** nem se fundariam na interpretação sob o olhar fraternal, se apenas reconhecesse o princípio da dignidade humana. Percebe-se que também foi ressaltada a aplicabilidade do equilíbrio financeiro do contrato de concessão de serviço público (princípio constitucional explícito no art. 37 XXI) ao caso analisado, só que não recepcionado por via de controle difuso de constitucionalidade; mas através da comprovação da ruptura deste princípio pela via administrativa, p. ex. Logo, obteve-se o objetivo do Direito Fraternal quando se garante a aplicabilidade harmônica das normas constitucionais, uma pelo peticionante e outra pela Advocacia Geral da União. Vale lembrar que se vislumbrou a harmonia a partir do relatório e do voto apresentados pela relatora no Supremo Tribunal Federal.

Sem mais comentários, a ADI 3768-4/DF de fato se enquadra como um caso difícil de solucionar. O Direito Fraternal como categoria constitucional foi aludido e a discussão jurídica se elevou ao nível constitucional. Assim, partindo a interpretação do vértice do ordenamento jurídico, a decisão pôde alcançar melhor a complexidade do fato da vida judicializado, no sentido de **complementar** o que seria uma simples subsunção da legislação específica ao caso concreto. Interpretação última (mera subsunção) que não tocara o grau de complexidade trazido pela argumentação jurídica desenvolvida pela ADI 3768-4/DF.

CASO 2

Processo: APL 9078074372008826 SP 9078074-37.2008.8.26.0000

Relator: Rocha de Souza

Julgamento: 27/10/2011

Órgão Julgador: 32ª Câmara de Direito Privado

Publicação: 07/11/2011

EMENTA

Locação de imóveis. Despejo por falta de pagamento. Inadimplência. Admissão pelo réu. Desemprego. Incapacidade financeira. Caracterização de força maior. Impossibilidade. Alugueres devidos. Pagamento integral do imposto predial e proporcional do consumo de água. Previsão contratual. Abatimento nestes autos. Impossibilidade. Recurso improvido.

Nesta apelação distribuída no Tribunal de Justiça de São Paulo, o

réu-apelante alega estar desempregado não por vontade própria, considerando o desemprego força maior, e assegura que por isso não se configuraria a mora. Na tentativa de reformular a decisão de primeiro grau, ainda afirmou ser a moradia consagrada direito social fundamental do indivíduo, por isso, prevaleceria sobre o interesse econômico.

Eis que pronuncia o relator:

“a sua situação de desempregado e de incapacidade financeira não configura, como quer fazer crer, força maior, e não o exime dos pagamentos dos alugueis. Nesse sentido já pronunciou esta Câmara: a propalada temporária incapacidade financeira do apelante não afasta o direito do autor-apelado, pois a 'situação de desemprego do locatário que não configura hipótese de força maior de molde a elidir a incidência da multa moratória (32ª Câmara, Ap. nº 844.165-0/1, Rel. Des. Ruy Coppola), porquanto não se trata de fato imprevisível, nos moldes do artigo 393, § único do CC, frisando-se, ademais, que o apelante sequer comprovou que detinha emprego na época da conclusão do contrato e tampouco que a perda proveio de fato alheio à sua conduta' (Apelação sem Revisão nº 992.07.027791-4, rel. Des. Walter César Incontri Exner)”.

O relator nega provimento ao recurso e mantém a decisão de primeiro grau em cumprimento ao despejo conforme arbitra a Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/91):

“**Art. 63.** Julgada procedente a ação de despejo, o juiz determinará a expedição de mandado de despejo, que conterà o prazo de 30 (trinta) dias para a desocupação voluntária ressalvado o disposto nos parágrafos seguintes. (Redação dada pela Lei 12112, de 2009)”.

ANÁLISE DO CASO 2

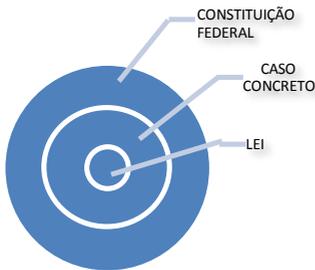
No segundo caso concreto, - a primeira vista - aparenta ser um caso fácil: já existe a norma específica que regulamenta os contratos de locação de imóveis urbanos, vez que não foi afastada a mora, abre-se espaço à lógica da mera subsunção da Lei do Inquilinato ao caso concreto. Neste caso, já transitado em julgado, em nenhum momento foi suscitada uma interpretação na ótica do Direito Fraternal que de fato trouxesse à dialética jurídica um argumento capaz de garantir a

inafastabilidade do direito fundamental à moradia. Basta rever o teor da simples decisão. O segundo caso é um grande exemplo do que na maioria dominante da praxe forense: mera subsunção legal - a dialética jurídica e a decisão judicial apenas contemplam o enunciado normativo, olvidando da eficácia das normas constitucionais.

O operador é o artífice da interpretação, não pura da lei ou do legalismo exacerbado; mas da interpretação contextualizada, pois o caso é um fato da vida e a dinâmica da vida é um tanto quanto complexa. Como consequência imediata, a exigência do intérprete-operador do direito aumenta na mesma proporção que a dinamicidade de cada caso, exige-se, portanto, uma interpretação mais dinâmica e completa. Nesse toar, ensina Luís Roberto Barroso¹¹⁴, sobre os novos papéis reservados a norma, ao problema e ao intérprete e a influência de dois fatores (grifou-se):

- (i) “**a melhor compreensão de fenômenos que sempre existiram, mas não eram adequadamente elaborados**”;
- (ii) “**a maior complexidade da vida moderna, assinalada pela pluralidade de projetos existenciais e de visões de mundo, que comprometem as sistematizações abrangentes e as soluções unívocas dos problemas.**”

GRAU DE COMPLEXIDADE



vigente. É a Constituição pluralista o cristal a partir do qual se lança o olhar interpretativo sobre casos jurídicos concretos. Afinal, a tríade Fato-

A hermenêutica que de forma mais **completa** capta a dinâmica e a complexidade da vida é a **Fraternidade Constitucional**. Não à toa se diz que, na Constituição, há de um tudo; é rica e bastante vasta; trata dos mais variados temas e ainda estabelece princípios basilares e fundantes de todo o ordenamento jurídico

¹¹⁴ Luís Roberto Barroso. Advogado. Doutor e Livre-docente pela UERJ. Mestre pela Yale Law School. Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ desde 1982. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 3. ed.

Valor-Norma sempre exige a hermenêutica que toque de forma mais abrangente as nuances e as complexidades de cada casuística.

O grau de complexidade aqui defendido exige dos operadores do direito uma nova postura perante as complexidades do fato judicializado e uma nova técnica hermenêutica que melhor contemple as normas constitucionais. Exige-se, portanto, uma maior participação dos operadores do direito na tarefa de extrair do enunciado normativo, do caso concreto e da Constituição Federal a norma jurídica mais completa ao caso concreto. Sobre a relação entre enunciado normativo e norma jurídica, esclarece o eminente professor Barroso¹¹⁵:

“Na interpretação constitucional contemporânea, a *norma jurídica* já não é percebida como antes. Em primeiro lugar porque, em múltiplas situações, ela fornece apenas um início de solução, não contendo, no seu relato abstrato, todos os elementos para determinação do seu sentido. (...) Em segundo lugar, porque vem conquistando crescente adesão na ciência jurídica a tese de que a norma não se confunde com o enunciado normativo, sendo na verdade **produto de interação texto/realidade**. Nessa visão, não existe norma em abstrato, mas somente norma concretizada. Nesse cenário, o *problema* deixa de ser apenas o conjunto de fatos sobre o qual irá incidir a norma, para se transformar no fornecedor de parte dos elementos que irão produzir o Direito. (...)

Por fim, a dogmática contemporânea já não aceita o modelo importado do positivismo científico de separação absoluta entre sujeito da interpretação e objeto a ser interpretado. ... Em várias situações, **o intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do constituinte ou do legislador**, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis” (sem grifo no original).

O conteúdo jurídico do Direito Fraternal que será exposto em breve neste trabalho percebe essa nova função do intérprete e conduz a Constituição como o fator jurídico que complementa o enunciado normativo e que consegue mais intensamente abranger o caso concreto - normalmente interpretado como fácil através da subsunção legal. Assim, o fato da vida será interpretado da forma mais **completa** que qualquer

¹¹⁵ *Apud*.

legislação específica possa prever. É dizer, a mera subsunção agora passa a ser complementada com a interpretação do mais alto nível do ordenamento jurídico: pela ótica da Fraternidade Constitucional ou ainda pela **pluralidade principiológica constitucional**.

Se o caso apresentado na segunda análise tivesse passado pelo crivo da hermenêutica constitucional à luz do Direito Fraternal, o direito fundamental à moradia seria imprescindível na decisão. Explica-se. Na ação de apelação do mandado de despejo a dialética jurídica poderia encaminhar para a seguinte dialética: tanto o direito de propriedade e consequente fruição (com recebimento dos aluguéis) quanto o direito fundamental à moradia (programa de fomento à moradia) foram abarcados pela Constituição Federal. De um lado, o direito fundamental ao asilo inviolável e protetor de um lar, o abrigo no qual todos se refugiam para preservar sua intimidade, sua honra subjetiva, seus afetos enfim sua dignidade; do outro o também fundamental direito a propriedade e respectivo direito de fruição numa ordem econômica pautada pela livre iniciativa.

Uma vez suscitada essa discussão, qualquer das partes - durante as oportunidades processuais ativas - poderá chegar a seguinte conclusão (se partir da interpretação mais completa, sob a ótica da fraternidade constitucional): já que a ação de despejo foi pedida na inicial, conceder-se-ia o respectivo pedido em homenagem ao direito fundamental de propriedade; entretanto, em prestígio ao também fundamental direito à moradia, seria exigido do Estado a inserção da família do réu-desempregado no programa social de distribuição de moradia à pessoas carentes em prazo igual ao oferecido para o despejo. Não se pode descartar também a figura do juiz, que pode julgar pela procedência do pedido e ademais determinar o cumprimento dessa decisão *de ofício* por ser tais direitos fundamentais e possuir **eficácia plena e imediata**, prevista no art. 5º § 1º da Constituição Cidadã.

Sobre as modalidades de eficácia das normas constitucionais, preleciona Luís Roberto Barroso¹¹⁶ (grifou-se):

“Eficácia Direta: o princípio incide sobre a realidade à semelhança de uma regra, ou ainda, ‘o princípio opera no sentido de **regrar** a

¹¹⁶ *Apud.*

situação da vida sobre a qual incide, servindo como fundamento para a tutela do bem jurídico abrangido em seu relato'.
Eficácia Interpretativa: o sentido e o alcance das normas jurídicas em geral devem ser fixados tendo em conta os valores e fins abrangidos nos princípios constitucionais. Funcionam eles, assim, como vetores da atividade do intérprete, sobretudo na aplicação de normas jurídicas que comportam mais de uma possibilidade interpretativa. (...) Em suma, a **eficácia dos princípios constitucionais consiste em orientar a interpretação das regras em geral (constitucionais e infraconstitucionais), para que o intérprete faça a opção, dentre as possíveis exegeses para o caso, por aquela que realiza melhor o efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente**".

Quando a eficácia das normas constitucionais se reflete na realidade social, o eminente professor diz mais:

"Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza, portanto, **realidade social**. O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: **entre as interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional**, evitando, no limite possível, soluções que se refugiem no argumento da não auto aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador"¹¹⁷.

A partir das análises apresentadas fica evidente que a solução jurídica para os casos fáceis recebe uma dialética menos qualificada (apenas considera o enunciado normativo) e que no Pós-Positivismo impera uma lacuna na hermenêutica constitucional. Vive-se, então, o elo perdido: aquilo que está entre o legalismo puro do passado e o novo paradigma que teima em não chegar; enquanto isso, no presente, em nome de uma segurança jurídica repete-se os erros já vividos não por opção, mas por falta da opção mais completa que ainda teima em não chegar.

Para que o Direito Fraternal se consolide como paradigma constitucional é preciso fazer mais que defini-lo; é preciso dar o próximo passo; é preciso ir além e definir seu conteúdo jurídico: **uma sequência lógico-jurídica capaz de assegurar dentro do devido processo legal**

¹¹⁷ *Apud.*

a pluralidade de interpretações e concepções que operadores razoáveis possam abstrair lançando olhar sobre o fato da vida judicializado e ao ordenamento jurídico vigente sob o prisma da Constituição Federal, obtendo a solução jurídica mais completa possível. O principal pilar dessa estrutura é o caráter da não-exclusão. Logo, diante de uma Constituição abrangente, tudo vale a pena ser discutido desde que parta da lógica jurídica do vértice do ordenamento, numa clara tentativa de complementar a mera subsunção nos casos “fáceis” e permitir maior eficácia às normas constitucionais no caso concreto. Esta é a evolução que aqui se pretende chegar.

Fica claro a importância da Fraternidade Constitucional como paradigma hermenêutico do ordenamento jurídico vigente para de fato irradiar os efeitos das normas constitucionais aos casos aparentemente fáceis e conferir a cada um deles uma argumentação jurídica do mais alto nível do ordenamento através do conteúdo jurídico do Direito Fraternal. Está lançada, portanto a segunda fase da linha metodológica do presente estudo.

4. CONCEITO JURÍDICO DO DIREITO FRATERNAL CONSTITUCIONAL

4.1 Traços Iniciais Rumo à Teoria da Complementariedade

O Direito Fraternal permite observar a Constituição Federal do ponto de vista plural, amplo e integral, permite, portanto, a interpretação sistêmica em busca do amparo constitucional que recepcione a situação da vida judicializado da forma mais completa possível dentro do ordenamento jurídico vigente.

O amparo constitucional deve ser sempre buscado pelas partes processuais e pelo próprio juiz. Esta forma de interpretar sobe às mais altas cortes do judiciário brasileiro. Ora, o caso concreto “difícil” na instância superior é o caso concreto “fácil” que surge na instância primária; o caso é o mesmo, mas desta vez visto como difícil a partir do momento que passa a ser observado em sua complexidade fática à luz do maior diploma legal - a Constituição.

O caso fácil pode ser um caso difícil ainda não interpretado em sua completude. O caso difícil foi um caso fácil que recebeu uma interpretação mais ampla, completa, aos olhos da Constituição. Daí a se

falar em complementariedade.

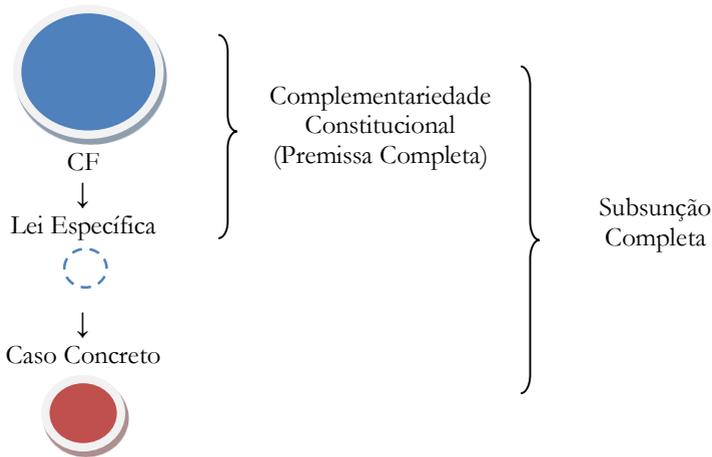
Assim, o presente trabalho chega ao seu apogeu, entende a inovação política- social-jurídica inaugurada pelos eminentes autores já colacionados ousa ir além, dá um passo à frente e lança os primeiros traços da **Teoria da Complementariedade**: resultado da interpretação que menos perde ou mais princípios e normas constitucionais compatibiliza ao caso concreto, para **complementar** a previsão normativa da legislação específica. O resultado é a garantia da máxima eficácia da Constituição Cidadã - aquela cuja vitória reside no caráter congregador e de inclusão por via de um texto vivo, comprometido com a defesa da coletividade, dos interesses coletivos e com a construção de uma sociedade mais livre, mais justa e, por fim, fraterna.

O pensamento aqui proposto, na busca pela interpretação mais completa, pode ser percebido quando o intérprete da lei usa o “Diálogo das Fontes” para respaldar sua interpretação na clara tentativa de alcançar a maior completude normativa que fundamente a decisão mais completa a ser prolatada pelo estado-juiz. Vislumbra-se, portanto, que o “Diálogo das Fontes” é o fenômeno de complementação entre normas de mesmo patamar hierárquico e temas específicos afins que permite maior completude interpretativa permitida pelo ordenamento jurídico, vale lembrar que as referidas normas gravitam em torno do mesmo referencial - a Constituição.

Ocorre no Diálogo das Fontes o encontro provocado, pelo intérprete, entre normas específicas entrelaçadas como a união de forças de mesma intensidade constitucional aplicadas no mesmo sentido. Enfim, as normas se complementam, trazendo a um mesmo objeto a interação entre normas legais em busca do resultado mais completo e da máxima eficácia das normas constitucionais.

Porém, enquanto o movimento de interpretação no “Diálogo das Fontes” permanece no plano horizontal - pois as legislações específicas estão niveladas em um mesmo patamar hierárquico -; na **Teoria da Complementariedade**, o movimento de interpretação proposto ocorre de forma vertical (Diálogo Constitucional Necessário), pois, de fato, a Constituição irradia sua eficácia às normas infraconstitucionais quando completa o conteúdo jurídico destas, produzindo a interpretação mais completa ao caso *sub judice*.

TEORIA DA COMPLEMENTARIEDADE



** Tamanho proporcional ao grau de complexidade.*

Teoricamente não muito distante do que se pretende aqui, a jurisdição já é capaz de afastar a incidência da norma legal interpretada como inconstitucional para determinado caso quando do controle difuso de constitucionalidade. Oportunidade em que os sujeitos processuais são capazes de suscitar incidentalmente o controle de constitucionalidade, para afastar a aplicação de uma norma específica a um caso concreto. Ora, se se admite que o operador e intérprete do direito garanta a eficácia das normas constitucionais em detrimento de uma lei inconstitucional; nada impedirá que o mesmo intérprete aplique diretamente a Constituição Federal, para complementar a previsão parcial de um enunciado normativo cuja constitucionalidade não se discute. Ou seja, nada impede que o intérprete - coparticipe da produção da norma jurídica - complemente com conteúdo constitucional um enunciado normativo que, apesar de ser constitucional, não é capaz de comportar as complexidades trazidas pelo caso concreto “fácil”. Pois a lei específica é rarefeita comparada a todo o compromisso jurídico-político-social assinado pela Carta Magna cujas normas fundamentais nascem predispostas a eficácia plena e imediata.

É função do intérprete e operador do direito aplicar a Teoria da Complementariedade, para garantir que os casos “fáceis” recebam a dialética jurídica balizada pelo vértice do ordenamento jurídico. E através da subsunção completa, garantir a máxima eficácia das normas constitucionais, ou ainda, efetividade social.

A ideia proposta especificamente neste tópico tenta evitar a praxe na prática forense: valorização exaltada da eficácia da legislação específica em detrimento das normas constitucionais. O fato de já existir uma solução pré-moldada num enunciado normativo não basta para que o ofício do intérprete esteja completo. Vale ressaltar: como decorrência do presente trabalho, inova-se aqui um brocardo jurídico para nova expressão - “*in claris NON cessat interpretativo*”.

Pois, aplicar exclusivamente um enunciado normativo específico é o mesmo que retirar apenas uma frase do conteúdo de um livro, ou ainda, resumir todo um texto a uma mera passagem. A conclusão não poderia ser outra - a compreensão insuficiente, incompleta e desarticulada de toda a complexidade potencial do tema. É claro que o contexto de um livro é complexo, formado por uma sucessão lógica de capítulos e parágrafos que revelam o seu verdadeiro e completo conteúdo.

Bem assim, é o que ocorre com o fato da vida judicializado. Sua complexidade extrapola a previsão da legislação específica e se refugia sob os auspícios da ótica mais completa que o ordenamento jurídico pode oferecer: a Constituição.

Dessa forma, como o caso concreto origina-se da complexidade de um fato da vida judicializado, a origem para sua solução mais completa deve partir do parâmetro mais complexo do ordenamento jurídico - a Constituição. Passando pelo crivo da ótica constitucional, a interpretação legal é complementada e se deixa conduzir pelo conteúdo típico de uma compreensão sistêmica do fato que passa a se valorado da forma mais completa possível.

Ressaltando ainda a ideia da complexidade, torna-se oportuno lembrar da importância do Tridimensionalismo Jurídico desenvolvido pelo grande *jus* filósofo Miguel Reale, porém ainda sem maior aprofundamento sobre o tema¹¹⁸:

¹¹⁸ Aulas e apostilas disponibilizadas no curso de IED I, ministrado por Andrea Depieri.

“Um dos principais nomes da atual filosofia do direito brasileira é o do jurista Miguel Reale, para o qual o direito não é exclusivamente a norma, como afirmam os positivistas, ou o valor, como afirmam os filósofos, ou ainda o fato, como sustentam os sociólogos. Mas é sim a interação entre esses três elementos.

Segundo Reale, esses aspectos (fato, valor e norma) não existem separados uns dos outros, mas **coexistem numa unidade complexa**. Ele entende o direito como síntese histórica de dois elementos pertinentes a realidades diferentes: o fato (econômico, geográfico ... entre outros) e o valor concretizado dialeticamente em norma jurídica.

... Em sua teoria tridimensional do direito, ele **estuda o direito na sua totalidade**, não admitindo qualquer pesquisa ao direito que não implique a consideração concomitante desses três elementos como integrantes. Seguindo o pensamento, a ciência do direito é na realidade uma ciência histórico-cultural que tem por objeto a experiência social na medida em que a normatividade se desenvolve em função dos fatos e dos valores para a realização ordenada da convivência humana.

O tridimensionalismo consegue, então, conciliar disputas de correntes filosóficas de jus naturalistas (valor), históricas, sociológicas (fato) e normativistas (norma) mudando a visão monística e unilateral do direito para o estudo dele mesmo na sua totalidade”.

Por isso, a Constituição é o maior paradigma para o caso concreto, cada caso possui sua complexidade que o identifica e diferencia dos demais. É a Constituição Federal o paradigma jurídico de maior complexidade, portanto é o instrumento de interpretação que toca melhor o caso concreto que qualquer outro paradigma. Por isso, nada mais oportuno que contrapor a já falida subsunção legal à Subsunção Completa. Pois, através da complementariedade constitucional, a Constituição passa a ter potencializada sua eficácia jurídica e social.

A Teoria da Complementariedade põe-se em prática com a técnica do Diálogo Constitucional Necessário: *Primeiro*, a complexidade do fato da vida judicializado deve ser analisada com cautela e de forma ampla, posto que sem passar bem por essa etapa todas as demais estarão comprometidas. *Segundo*, o intérprete deve buscar os ângulos constitucionais aos quais o caso concreto possa fazer referência, pois, apesar de existir norma infraconstitucional, esta norma também deve ser

interpretada conforme a Constituição da República. *Terceiro*, deve-se buscar na legislação infraconstitucional a norma específica ao caso, lançando mão da ótica da Fraternidade Constitucional, para complementar o enunciado normativo com conteúdo constitucional. A partir disso, passe-se a *quarta* etapa: Subsunção Completa e produção da norma jurídica mais completa possível ao caso concreto analisado.

O Diálogo Constitucional Necessário, técnica desenvolvida pela complementariedade, pode ser verificada a partir de outra análise: a necessidade do uso de enunciados (jornadas de Direito Civil), decisões superiores e súmulas evidencia que os enunciados normativos não bastam a si mesmos para interpretar de forma mais completa o caso concreto. Com a mesma sorte que as legislações específicas, as súmulas e os enunciados também não bastam a si apenas, sendo, pois imprescindível a todas elas a busca pelo amparo constitucional que, de forma mais completa, perceba a complexidade do caso concreto, comumente pré-julgado como fácil ou de mera subsunção – apenas por já existir uma solução parcial e pré-pronta que valoriza uma previsão insuficiente do enunciado normativo em detrimento das normas constitucionais.

A **Teoria da Complementariedade** já foi sutilmente apresentada como proposta de interpretação na análise de caso 2 sob a ótica da Fraternidade Constitucional. A casuística decidida pela mera subsunção legal previu apenas como consequência jurídica do inadimplemento no contrato de locação o despejo de quem deu azo a não prestação dos aluguéis. Isso prevê a lei do inquilinato. Mas, hierarquicamente superior ao enunciado normativo, a Constituição Federal classifica a moradia como direito social fundamental, portanto não se admite, na ótica da Fraternidade Constitucional, que um direito de eficácia plena e imediata seja preterido pela legislação infraconstitucional.

Esse entendimento interage perfeitamente com o Direito Fraternal, justamente porque, nessa fase do Neoconstitucionalismo, percebe-se o direito numa faceta coletiva e de inclusão: garantir o direito a um cidadão não necessariamente significa desassistir o outro de qualquer direito, principalmente se esse direito é revestido com caráter fundamental - propriedade e moradia na análise de caso 2.

Foi sugerida naquela oportunidade a aplicação da complementariedade constitucional, ou seja, num mesmo caso se

aplicaria a norma legal - Lei do Inquilinato - em harmonia com a norma constitucional - Direito Fundamental à moradia. Essa irradiação da Constituição no conteúdo da lei busca a solução jurídica mais completa e vai além da clássica subsunção: premissa maior - lei - incide sobre os fatos - premissa menor. Como consequência, percebe-se o objetivo final deste trabalho: conferir máxima eficácia a *Lex Legum*.

A ótica da Fraternidade Constitucional e seu conteúdo aqui proposto vêm superar a divisão clássica de aplicação das normas jurídicas, no intuito de ocupar seu espaço na técnica hermenêutica. Para tanto, submete a análise do caso concreto não só ao ponto de vista puramente legal de mera subsunção, mas a um novo ponto de interpretação constitucional que complemente as deficiências da norma específica, ou seja, a uma Subsunção Completa (Vide gráfico expositivo da Teoria da Complementariedade).

Registra-se, por sua vez, a seguinte observação: confia-se a Teoria da Complementariedade não na produção do melhor resultado, mas, no estabelecimento de um conteúdo jurídico para o Direito Fraternal e na complementação constitucional da norma específica como a forma de se alcançar a solução jurídica mais completa (mais constitucional) para o caso concreto. Pois, uma vez manuseada a complementariedade, a valoração do que será a melhor de todas as soluções caberá à dialética jurídica. Percorre-se aqui a produção da norma jurídica mais completa, “mais constitucional” para o fato da vida judicializado.

4.2 Argumentação Jurídica

O intérprete que lança mão da Fraternidade Constitucional não se satisfaz com a solução deficiente prevista pela legislação específica, por isso - para fundamentar a **Teoria da Complementariedade** - o operador do direito (artífice da interpretação) deve convencer argumentativamente que a Subsunção Completa é a melhor solução jurídica para o caso concreto.

A argumentação jurídica é essencial a este trabalho por ser plenamente favorável a descoberta da complexidade de cada casuística, sem qual não se desenvolve a técnica do Diálogo Constitucional Necessário. Pois são as partes os sujeitos processuais que melhor compreendem a profundidade da realidade fática através de seus

respectivos pontos de vista. Afinal, por trás de cada ponto de vista há uma fundamentação fático-jurídica que dá abrigo a cada pretensão conflitante. Quando um alega, em seu favor, uma base legal (lei do inquilinato) de seu direito, assim o faz porque esta referência legal não fere o ordenamento jurídico e tem sua validade garantida por ser constitucional (o “caso fácil” referido em todo o trabalho não abrange o controle de constitucionalidade difuso nem concentrado). Porém a parte *ex adversa* contrapõe com uma determinação direta da Constituição (direito fundamental à moradia). Observa-se, portanto, que ambas as fundamentações estão sobre a égide da atual Carta Republicana, contudo uma teve seu conteúdo especificado e reduzido o número de possíveis de soluções jurídicas (despejo) legalmente previstas.

Ora, é trágica a manutenção da previsão legal apenas como a única solução cabível ao caso concreto, é o mesmo que tolher a eficácia de uma norma constitucional fundamental, ou ainda, rasgar a Constituição que surgiu com promessa de cidadania e de inclusão. Logo, afasta-se esse tipo de resolução incompleta dos conflitos – trazida pela mera subsunção legal -, como também se afasta a possibilidade de aplicar a ponderação de normas constitucionais, pois o que se discute não é o conflito aparente de normas hierarquicamente constitucionais, mas, sim a escolha entre dar eficácia a uma norma constitucional ou a uma norma legal.

Fora sugerido neste trabalho, como solução jurídica mais completa, aquela balizada pela Teoria da Complementariedade, que por sua vez reconhece a deficiência normativa em acompanhar a evolução da complexidade fática das casuísticas e devolve a Constituição Federal a eficácia preconizada por suas normas, através da escolha pela **Subsunção Completa**: a Magna Carta complementa o caminho traçado por um enunciado normativo insuficiente e carecedor do reforço constitucional, para alcançar a solução jurídica mais completa, “mais constitucional”. Uma vez que a norma legal é inferior a Constituição e será complementada por conteúdo constitucional de primeira grandeza.

Mas nem tudo são flores. A previsão constitucional é ampla e geral, enquanto o enunciado normativo oferece um rastro para a solução, a Carta Política oferece vários caminhos. Entretanto, cabe aos operadores-intérpretes do direito seguir a técnica da Teoria da Complementariedade e moldar a complementação à previsão do dispositivo legal (superficial),

produzindo o melhor caminho para perseguir a solução jurídica mais completa possível ao fato da vida judicializado.

O intérprete - a partir da ótica da Teoria da Complementariedade - vislumbra a insuficiência do enunciado normativo e pretende complementá-lo com conteúdo constitucional mais adequado ao caso concreto. Nesta ocasião, o operador-intérprete é quem assume o papel de coparticipe na criação do Direito e abre um caminho de interpretação complementar alicerçado por argumentos racionais conduzidos por um alto poder de convencimento.

A argumentação jurídica, dentro do conteúdo aqui proposto pelo Direito Fraternal, é peça fundamental a fim de que a dialética atinja o nível constitucional e permita ao Estado-juiz a produção de uma síntese qualificada e completa. Haja vista que, entre todos os sujeitos processuais, o juiz é quem contempla o ponto de vista mais amplo possível: *a priori* não possui juízo de valor vinculado à tese nem à antítese, todavia possui o dever de não só observar, mas também fazer cumprir os preceitos constitucionais e garantir-lhes efetividade. Qualquer das partes pode facultar pela hermenêutica da Subsunção Completa, porém a proposta recém-lançada cabe perfeitamente à competência funcional investida no Estado-juiz para harmonizar conflitos e preservar a paz social. A todo o momento do seu mister, o juiz mede o juízo de valor de cada fato, de cada prova, inova e contextualiza. Usa a livre persuasão motivada para argumentar, defender seus entendimentos e também convencer as partes que a norma jurídica específica para o caso é a mais completa possível. Afinal, nenhum órgão jurisdicional se regozija ante a irrisignação e reforma da solução proferida pela composição processual *ad quo*.

Corroborando com a valorização da argumentação jurídica, o constitucionalista Luís Roberto Barroso:

“A **interpretação evolutiva** é, possivelmente, a forma mais aceita de atuação criativa do Judiciário, e consiste em compreender a Constituição como um **‘documento vivo’**, devendo suas normas e precedentes ser adaptados ao longo do tempo às mudanças ocorridas na realidade social”.

Assim, a argumentação jurídica assume outra grande importância: com ela o ordenamento se torna instrumento vivo, passível de modificação e recepção de novas definições e doutrinas antes não

admitidas pela jurisprudência. Impede, portando, o engessamento do direito e o descompasso com a realidade e as demandas sociais por justiça. Lê-se, a título de exemplo, a seguinte passagem, em relação ao reconhecimento da união estável pelo STF:

“Houve na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal uma **evolução dialética**. Inicialmente, os tribunais negavam qualquer direito à concubina. Em seguida, considerou-se que o concubinato, por si só, justificava o direito da companheira à meação com base na teoria do enriquecimento sem causa. Com a súmula 380, temos a síntese na qual se distinguem as relações pessoais e patrimoniais, considerando que somente a prova da efetiva contribuição da concubina na formação do patrimônio comum justificaria o seu direito à meação ou à outra fração do patrimônio comum.” (Grifo)

*WALD, Arnaldo. A união estável - evolução jurisprudencial. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). Direitos de Família e do Menor - inovações e tendências. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 109.

Complementando a citação, a união estável possui patamar constitucional e foi posta lado a lado as demais entidades de família, inclusive para efeitos patrimoniais e sucessórios. Mais recente ainda, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu até mesmo a constitucionalidade da união estável homo afetiva (ADI 4277 e ADPF 132). Uma clara demonstração de como a argumentação jurídica é imprescindível para a renovação do direito.

Como conclusão lógica, a Constituição é o maior garante da segurança jurídica. Pois o vigor de uma Constituição se sustenta na amplitude concedida aos operadores-intérpretes do direito na árdua tarefa de evitar o engessamento do ordenamento jurídico, com vistas a uma segurança jurídica não mais alocada na legislação específica e incompleta, mas residente na órbita constitucional. Ora, a segurança do ordenamento jurídico não emana de si mesmo; mas do quanto da vontade constitucional se faz presente nos seus dispositivos legais. Pois, embora o legislador não seja obrigado a legislar, o magistrado tem o dever de julgar, buscando na fonte mais cristalina de todas (a Carta da República) o fundamento que sustente a solução jurídica mais constitucional. Afinal, a segurança jurídica se mede pelo grau de fiabilidade conferida ao parâmetro hermenêutico das soluções jurídicas

mais completas. Em outras palavras, a segurança jurídica máxima nasce sob a égide do ápice do ordenamento, a Constituição.

Por isso a Teoria da Complementariedade, proposta pela Fraternidade Constitucional, traz duplo efeito à análise dos casos “fáceis”: primeiro, a elevação da dialética jurídica ao patamar do Diálogo Constitucional Necessário. Segundo, o reconhecimento de uma segurança jurídica qualificada por uma vinculação ao parâmetro hermenêutico mais completo possível - a Magna Carta.

Afinal nenhuma norma consegue, de forma fechada e exclusivamente *per si*, abarcar a complexidade fática e jurídica daquilo que enuncia e tutela. A bem da verdade, essa sempre foi uma tarefa destinada à doutrina, à jurisprudência - que sempre partem do ponto de vista iluminado pela *Lex Legum* - e, de tempos em tempos, dão guinadas em seus entendimentos outrora defendidos para consolidar novos conceitos jurídicos sobre determinado tema. Se bem pensado, a existência de uma segurança jurídica vinculada apenas à insuficiência do enunciado normativo significaria a petrificação do Direito, enquanto a sociedade se dinamiza e evolui. Num relato histórico, o Imperador Napoleão Bonaparte tentou codificar a vida e justamente por isso o seu código foi que engessou, nas palavras do próprio Imperador - “*mon Dieu, mon code est perdu!*” - “Meus Deus, o código está perdido”:

“Interpreted literally, art. 12 thus reveals all the ingenuousness of a legislator fearful of the betrayals of the interpreters. On the other hand this is not new. Napoleon never liked commentary on the rules of his code. In fact, it is told that when they brought him the first work of interpretation and comment he is said to have murmured, “mon Dieu, mon code est perdu!”

(Interpretado literalmente, art. 12 revela, portanto, toda a ingenuidade de um legislador temeroso pelas traições dos intérpretes. Por outro lado isto não é novo. Napoleão nunca gostou de comentários sobre as regras de seu código. Na verdade, é dito que quando trouxeram-lhe o primeiro trabalho de interpretação e comentário, ele murmurou, “mon Dieu, mon código est perdu!”)

*General Principles of Law, VI. The Italian Model: preliminary dispositions to the civil code of 1942. Alpa, Guido (1994), Annual Survey of International & Comparative Law: Vol. 1: Iss. 1, Article 2. Available at:

<http://digitalcommons.law.ggu.edu/annlsurvey/vol1/iss1/2>
(Golden Gate University School of Law)

E desde as análises de casos reais, foi percebido que a complexidade característica da Carta da República de 1988 possibilita o desenvolvimento de teses contrárias dentro da análise de um mesmo objeto fático judicial. Nada que venha mostrar surpresa, pois já foi dito acima que o caso concreto difícil na instância superior é o caso concreto fácil na instância primária, é dizer: antes mesmo de se qualificar um caso como fácil ou difícil, primeiro deve haver interpretação.

Sobre a relevância atualmente conferida à interpretação e à argumentação jurídica, introduz Luís Roberto Barroso¹¹⁹:

“Desnecessário dizer que **se vive um tempo de perda na objetividade e na previsibilidade da interpretação** em geral, com **redução da segurança jurídica** (ou da antiga percepção de segurança jurídica, que talvez fosse superestimada) ... procuram elas lidar racionalmente com as incertezas e angústias da pós-modernidade - marcada pelo pluralismo de concepções e pela velocidade das transformações - e de uma sociedade de massas, de riscos e de medos.

(...) frequentemente não será possível falar em resposta correta para os problemas jurídicos postos, mas sim em **soluções argumentativamente racionais e plausíveis**. A legitimação da decisão virá de sua **capacidade de convencimento**, da demonstração lógica de que ela é a que **mais adequadamente realiza a vontade constitucional *in concreto***.

Dessa forma, no mundo pós-positivista não mais se sustenta submeter a segurança jurídica à nível rarefeito de um mero enunciado normativo, haja vista que quanto mais complexo é o caso concreto submetido à análise dos operadores do direito, mais indispensável se torna a necessidade de se lançar mão ao texto constitucional para alcançar a interpretação jurídica mais completa possível a ser produzida.

Diante de extremos **complexos**, de um lado a Constituição, do outro o fato da vida judicializado, não existe um enunciado normativo - sem complementação constitucional - capaz de trazer segurança jurídica, pois o fato da vida pertence a um contexto social denso e dinâmico e só amplamente compreendido por um contexto constitucional também complexo. Nas palavras do constitucionalista mais atuante no Supremo Tribunal Federal: “De fato, a Constituição

¹¹⁹ *Apud.*

é um documento dialético, fruto do debate e composição política. Como consequência, abriga em seu corpo valores e interesses contrapostos”¹²⁰.

Assim, dentro do devido processo legal, a cada sujeito processual surge uma posição ativa, garantidora da defesa técnica capaz de erguer o nível da dialética jurídica. Basta, apenas, alinhar os argumentos ao ponto de vista fraternal. Daí afirmar que a argumentação jurídica é uma técnica justa e democrática, já que convida as partes processuais ao debate em busca da ideia mais completa, “mais constitucional”.

A quem é dado uma oportunidade processual ativa sempre surgirá a oportunidade de desenvolver estrategicamente soluções argumentativamente racionais e plausíveis sob a ótica da Fraternidade Constitucional, através da técnica da argumentação jurídica. Ou seja, o sujeito ativo processual convence por argumentos racionais que o seu ponto de vista leva a Subsunção Completa e que esta é a solução jurídica mais completa para o caso concreto *sub judice*. Sendo assim, torna-se insustentável a permanência da interpretação clássica da mera subsunção como referência absoluta na hermenêutica constitucional.

“Teorias sobre argumentação jurídica são teorias sobre o emprego dos argumentos e o valor de cada um deles nos discursos de justificação de uma decisão jurídica, visando a um incremento de racionalidade na fundamentação e **aplicação prática do Direito, na máxima medida possível**”¹²¹. A aplicação efetiva das normas constitucionais condiz intrinsecamente com o objetivo desse trabalho, por isso ser a argumentação jurídica o meio eleito como canal viabilizador do desenvolvimento da argumentação jurídica mais segura e completa para o caso concreto - Teoria da Complementariedade - e, por consequência, da Fraternidade Constitucional.

5. CONCLUSÕES

No sistema jurídico do *Civil Law*, cada caso judicial traz uma especificidade contextual que conduz à interpretações diferenciadas.

¹²⁰ *Apud.*

¹²¹ *Apud.*

Alguns casos denominados difíceis são resultado da percepção de um contexto casuístico rico: as normas-princípio do ordenamento se colidem e somente a análise minudente de cada caso concreto poderá revelar qual norma-princípio se revela mais imprescindível que a outra. Este é um caso difícil e a argumentação jurídica volta-se ao a maior de todas as leis: a Constituição.

De outro lado, há os casos denominados fáceis, em que a solução aparentemente está pré-produzida no ordenamento jurídico pátrio, bastando a subsunção pura e simples da lei específica ao caso concreto sem qualquer respaldo ou referência a força constitucional dos direitos fundamentais previstos na Carta da República. Porém, o grande artifício do direito é a interpretação, o fato de um caso ter sido previsto por uma norma específica não esgota a possibilidade interpretativa da casuística frente ao ordenamento jurídico. Sobretudo, diante de uma Constituição rica em detalhes, plural, de inclusão e que carece de eficácia social e jurídica.

Uma vez que o caso concreto é um fato da vida, isso em si já basta para se revelar bastante complexo. Sempre respaldando no grande jus filósofo brasileiro Miguel Reale e sua Teoria Tridimensional do Direito: a produção da norma jurídica deve observar a interação da tríade fato-valor-norma. Através da interpretação da Fraternidade Constitucional, a Constituição Federal consegue revelar seu verdadeiro escopo de inclusão, da ponderação das desigualdades e do reconhecimento de todos os cidadãos como destinatários dos compromissos prometidos pela Magna Carta. Oportuno então propor o conteúdo jurídico dessa nova fase da hermenêutica jurídica. A Teoria da Complementariedade nasce com a reinterpretção do caso “fácil”, agora visto sob a eficácia das normas constitucionais. Ou seja, a Subsunção Completa busca a solução mais completa, “mais constitucional”, para harmonizar o enunciado normativo legal a previsão constitucional na solução jurídica de cada caso concreto aparentemente fácil.

Dessa forma, a casuística “fácil” receberá a melhor interpretação possível: a interpretação segundo o vértice da Fraternidade Constitucional. Nesse encontro, entre o caso concreto e a Constituição, maiores serão as possibilidades de que os direitos fundamentais se irradiem sobre o caso de forma mais abrangente que o enunciado normativo da legislação específica, numa complementação a falida

subsunção legal - que prevê uma solução parcial e incompleta ao fato da vida judicializado - e em plena garantia da efetividade das normas constitucionais. Ou ainda, a efetividade das normas constitucionais na realidade jurídica e social (casos “fáceis”) é a boa nova trazida com a aplicação da Teoria da Complementariedade e da Subsunção Completa.

Uma vez introduzido ao campo jurídico e aqui proposto o seu conteúdo, o Direito Fraternal ganha em forma e em substância. Ressalte-se: esta jornada está apenas começando. Como sempre, é preciso ir além e defender a proposta da complementariedade no próximo passo rumo à consagração da Fraternidade como o novo paradigma da Hermenêutica Constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAGGIO, Antônio Maria. **O Princípio Esquecido 1**. São Paulo. Cidade Nova. 2008.

_____. **O Princípio Esquecido 2 - Exigências, recursos e definições da fraternidade na política**. São Paulo. Cidade Nova. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 3. ed. São Paulo. Saraiva. 2011.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de Direito do Consumidor - À luz da jurisprudência do STJ**. 6. ed. Bahia. 2011.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. 2. ed. São Paulo. IMFE. 2008.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. São Paulo. Saraiva 2010.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução Democrática da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.