

O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NOS ESTADOS ABERTOS¹

Mariele Pena de Couto²

Resumo: O presente trabalho se ocupa de uma breve análise sobre o conceito de transmutação do lugar normativo da Constituição. A Constituição se posiciona no centro normativo de todo o Ordenamento Jurídico, o qual deve orbitar ao seu redor, por ser considerada centro de dever-poder gravitacional, o que propicia os constitucionalismos global e regional.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Lógica Constitucional. Transmutação do Lugar Normativo da Constituição. Constitucionalismo Global e Regional.

Abstract: This essay concerns about a brief analysis about the concept of transmutation of the normative place on the Constitution. The Constitution places itself on the normative center of the Juridical Ordainment, which shall orbit around it, for being considerate center of gravitational power-duty, what propitiate the global and regional constitutionalism.

Keywords: Constitutional Law. Constitutional Logic. Transmutation of the Constitutional Normative Place. Global and Regional Constitutionalism.

1. Introdução

O presente artigo se origina de duas constatações: a) o processo de abertura orgânica dos Estados Nacionais reflete na Esfera da Jurisdição Constitucional que tem seus contornos redefinidos face à democracia, principalmente no que concerne aos Direitos Fundamentais; b) decorrência lógica é a transmutação do lugar normativo da Constituição que ocupa o centro irradiante de todo o sistema normativo interno.

A doutrina kelseniana, pautada na pirâmide normativa, com a Constituição em seu vértice, torna-se relativizada, principalmente em face do alcance do direito subjetivo Constitucional, cujo indivíduo tem a liberdade de atuar sempre assegurado pelo que apregoa a Constituição, o que enseja numa melhor adequação ao cenário global e regional com vistas na efetividade da pacificação social.

Trata-se, portanto, de uma transição de modelo Constitucional em que a jurisdição constitucional apresenta-se como fator dinâmico da história ao identificar o indivíduo enquanto seu potencial transformador, ao buscar seu direito subjetivo constitucional.

¹ O texto que se apresenta compõe o Terceiro Capítulo da Monografia denominada *Estados Abertos e Jurisdição Constitucional*, produzida para obtenção do grau de bacharelado em Direito junto à Unibrasil.

² Bacharel em Direito pela Unibrasil (2007). Advogada, aprovada no 3º Exame da OAB/PR-2006 (OAB/PR n.º 42.671). Especializanda pela FEMPAR – Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (2007).

2. A transmutação do lugar normativo da Constituição

A transmutação do lugar normativo da Constituição é uma nova visão quanto ao lugar normativo que a Constituição ocupa. Atualmente há uma perspectiva sócio-constitucional, conseqüência do conceito republicano de interpretação aberta, enquanto uma interpretação pluralista da realidade da democracia discursiva.

Desponta-se a interpretação constitucional, por decorrência lógica, como uma atividade que potencialmente diz respeito a todos, com base na realidade a que se aplicam as normas nela inseridas. Isso fortalece a formação material da interpretação constitucional, conforme se traduz nas palavras de HÄBERLE:

Fator essencial e muito ativo é a própria Ciência do Direito Constitucional. A jurisdição constitucional é um catalizador essencial, ainda que não o único, da Ciência do Direito Constitucional como interpretação constitucional. A sua efetiva influência interpretativa suscita indagações sobre a sua legitimação, questão que também se aplica para as outras forças participantes do processo de interpretação...³

A Constituição tem por escopo a produção de uma unidade política que afirma e reitera o postulado da unidade da Constituição, sendo “um espelho da publicidade e da realidade (*Spiegel der Öffentlichkeit und Wirklichkeit*). Ela não é, porém, apenas o espelho. Ela é, se se permite uma metáfora, a própria fonte de luz (*Sie ist auch die Lichtquerelle*). Ela tem, portanto, uma função diretiva eminente”⁴

Neste diapasão torna-se relevante apresentar o posicionamento de Clèmerson Merlin CLÈVE exposto no artigo denominado *Direito Constitucional, Novos Paradigmas, Constituição Global e Processos de Integração* onde propõe recuperar, sucintamente, a dogmática constitucional emancipatória, também conhecida como dogmática constitucional da efetividade, o que gera a discussão sobre a possibilidade do constitucionalismo global e do constitucionalismo regional no processo de integração.⁵

³ 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. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002. p. 28.

⁴ Ibid., p. 34.

⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito Constitucional, novos paradigmas, Constituição Global e Processos de Integração. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, n 5. set., 2004. p. 221-237.

O autor relata o surgimento da “*ordinarização da constituição*”⁶ [destaque pelo autor] ante os diversos vieses sob os quais a mesma pode ser observada, com mira em suas mudanças, seja para mutilá-la ou instrumentalizá-la. E, segue o raciocínio:

... Insiste-se nas deficiências do texto constitucional ou, pura e simplesmente, sabota-se a Constituição, especialmente aqueles capítulos exigentes de uma atuação estatal voltada para a satisfação dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil ou para a realização dos direitos fundamentais. Neste último caso, afeta-se mais os direitos sociais de natureza prestacional, exigentes de uma atuação positiva do poder público.⁷

Assim, demonstra-se apenas a dogmática comprometida com a Constituição, qual seja a *dogmática constitucional da efetividade*⁸ que trazia em seu bojo o discurso acerca da vinculatividade, da validade e da incidência Constitucional enquanto modelo dirigente integrante do novo ordenamento jurídico despontado com a Constituição de 1988 que, por ser eminentemente principiológica, deveria ser irradiada e relida em todo o direito mediante o processo de “*filtragem constitucional*” [destaque pelo autor]⁹.

Este também é o entendimento de STRECK, ao afirmar que a Constituição é social, dirigente, compromissária e tem seu conteúdo “voltado/dirigido para o resgate das promessas da modernidade (...) (*igualdade, justiça social, respeito aos direitos fundamentais, etc.*)”¹⁰ [destaque pelo autor].

Trata-se, portanto, de doutrina constitucional amorosa, que concede ao Supremo Tribunal Federal o papel de guardião constitucional e de efetivador das promessas nela dispostas. Este fato concedeu abertura à Constituição face ao direito comparado, principalmente aos direitos alemão, americano, português e espanhol, todos voltados para uma produção discursiva, de onde se extrai a seguinte máxima: “são as qualidades do texto que determinam a extensão da vinculação dos poderes à normativa constitucional”¹¹.

⁶ Ibid., p. 223.

⁷ Ibid., p. 223-224.

⁸ O autor ainda denomina tal dogmática como: “*dogmática constitucional emancipatória* ou *dogmática constitucional transformadora*”. (destaque pelo autor). Ibid., p. 224.

⁹ Ibid., p. 224.

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 15.

¹¹ Ibid., p. 225.

Entretanto, houve dificuldade para superar as antigas teorias classificatórias de aplicabilidade das normas, cujo cunho pedagógico foi o papel mais importante desta dogmática constitucional da efetividade, decorrente da “comunicação de uma nova forma de relação do jurista cidadão com a Constituição”¹², que renovou o pensamento constitucional brasileiro e abriu caminho para novas premissas constitucionais conceituadas como “transmutação do lugar normativo da Constituição”¹³.

Preceitua CLÈVE que a metáfora kelseniana, demonstrada pela pirâmide normativa, em que a Constituição, dotada de hierarquia superior, posiciona-se no vértice da pirâmide jurídica, não se sustenta, haja vista o lugar normativo da Constituição não ser mais o mesmo:

...Antes de vértice de uma pirâmide, no âmbito nacional apresenta-se mais como centro, um centro exercente de atração de ordem gravitacional sobre o vasto universo normativo contaminado pela fragmentação. O universo jurídico é o caos que se faz sistema pelo trabalho árduo do operador jurídico ao lançar mão da linguagem constitucional em busca da unidade de sentido. (...) No campo jurídico tudo haverá de orbitar em torno da constituição. Neste caso ela é o sol, a estrela ímã que confere integridade ao universo-caos fragmentado e descodificado dos micro-sistemas normativos que precisam ser reconstruídos enquanto sistema total (...). A constituição é fundamento, mas é também o centro, estrela-mãe a atrair para a sua órbita os fragmentos que compõem o universo normativo contraditório da sociedade complexa. É igualmente filtro que retém e repele o que não pode integrar a ordem jurídica recomposta.¹⁴

Portanto, qualquer atividade jurisdicional deve estar voltada para o ponto de vista formal e material oriundo da Constituição para ter condão legitimador, pois “... a Constituição tem lugar no começo e no fim do trabalho hermenêutico.”¹⁵. Em verdade, a Constituição não é, tão somente, fundamento e filtro, é também idioma compartilhado, de forma comum, por todos os juristas. Como se nota, “não há possibilidade de aplicar o direito (qualquer ramo do direito) sem, ao mesmo tempo, transitar pelo direito constitucional.”¹⁶.

Isso vem ao encontro das disposições habermasiana quanto ao sentido construído e reconstruído da Constituição “num processo democrático permanente de disputabilidade intersubjetiva levado a efeito pela sociedade aberta dos interpretes [constitucionais]...”¹⁷

¹² Ibid., p. 225.

¹³ Id.

¹⁴ Ibid., p. 225-226.

¹⁵ Ibid., p. 226.

¹⁶ Id.

¹⁷ Id.

Por tais razões, a transmutação do lugar normativo da Constituição exige o reconhecimento da existência de condições não só para aplicabilidade das características normativas, mas também em função das pretensões de seu desempenho frente à “sociedade complexa, plural e fragmentada da atualidade”¹⁸.

Neste laço, DALLARI sustenta que:

...superada a necessidade de se preservar a supremacia da Constituição, como padrão jurídico fundamental e que não pode ser contrariado por qualquer norma integrante do mesmo sistema jurídico. As normas constitucionais, em qualquer sistema regular, são as que têm o máximo de eficácia ou que lhes sejam superiores. Atuando como padrão jurídico fundamental, que se impõe ao Estado, aos governantes, aos governados, as normas constitucionais condicionam todo o sistema jurídico, daí resultando a exigência absoluta de que lhes sejam conformes todos os atos que pretendam produzir efeitos jurídicos dentro do sistema.¹⁹

Assevera, de igual forma, FERREIRA FILHO ao pontuar que “a efetividade de uma Constituição depende, por um lado, de sua adequação às condições políticas e socioeconômicas da comunidade a que se destina.”²⁰

A Constituição, além de se destinar a estruturar o Estado e limitar o exercício do poder, também é principiológica e garantidora dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana enquanto fonte de materialidade do direito, o que lhe confere condensaçoão compromissória.

Nas palavras de CLÈVE, “... em síntese, a Constituição deixa de ser um documento do Estado e para o Estado para afirmar-se como documento também da sociedade e, por isso mesmo, do ser humano dotado de dignidade. O Estado é instrumento a serviço do homem, e não o contrário.”²¹.

FERREIRA FILHO dispõe que à Constituição é conferida, ao menos, dez funções diferentes, quais sejam: “a *função de garantia*, a *função organizativa* ou *estruturante*, a *função limitativa*, a *função procedimental*, a *função instrumental*, a *função conformadora* da

¹⁸ Ibid., p. 227.

¹⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 24. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.p. 203.

²⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003p. 53.

²¹ CLÈVE, op. cit., p. 227.

ordem sociopolítica, a *função legitimadora* (às vezes, legitimante), a *função legalizadora*, a *função simbólica* e, enfim, a *função prospectiva*.”²² [destaque pelo autor].

STRECK escreve que “a Constituição constitui; a Constituição vincula; a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal (...) [Afinal] a Constituição é a forma suprema de todo ordenamento jurídico.”²³

Destarte, a Constituição é um conjunto de princípios e regras que lhe confere a abertura e a garantia da sociedade pluralista, democrática, justa e livre, o que justifica, ante as tensões oriundas da modernidade, pós-modernidade e transmodernidade a “superação do paradigma da *filosofia da consciência*, para, dentro do *paradigma da linguagem*”²⁴ [destaque pelo autor]. Ademais, o sujeito, formado não só pelo Estado, mas pela sociedade complexa, plural e democrática, nesta perspectiva argumentativa participa da construção do objeto e confere maior legitimidade às soluções, principalmente nos casos difíceis²⁵.

STRECK, apoiado em Castanheira NEVES, assenta que

...com a viragem/reviravolta lingüística (...) *o homem* [passa] *a orientar-se no mundo e nele agir mediante e pela linguagem*, como no dizer de Quine, “o que há no mundo não depende em geral do nosso uso da linguagem, mas já depende deste uso o que podemos dizer que há”; Heidegger, para quem “*a linguagem é a casa do ser*”; Gadamer, para quem “*ser que pode ser compreendido é linguagem*”, e Seiffert, que diz não ser exagero “*se designarmos a época da linguagem como a terceira era da filosofia, depois da época do ser (antiguidade e idade média) e da época da consciência (idade moderna até a análise da linguagem)*”. Passa-se, enfim, da essência para a significação, onde o importante e decisivo não está em *se saber o que dizemos quando falamos delas*, o que queremos dizer com, ou que significado têm as expressões lingüísticas (a linguagem) com que manifestamos e comunicamos esse dizer das coisas.²⁶ [destaque pelo autor].

Por seu turno, ainda citando Castanheira NEVES, arremata “...” *o Direito é linguagem e terá de ser considerado em tudo e por tudo como uma linguagem. O que quer que seja e como quer que seja, o que quer que ele se proponha e como quer que nos toque, o Direito é – o numa linguagem e como linguagem – propõe-se sê-lo numa linguagem* (nas

²² FERREIRA FILHO, op. cit., p. 64.

²³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 4. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 310.

²⁴ CLÈVE, op. cit., p. 228.

²⁵ Id.

²⁶ STRECK. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. p.60.

significações lingüísticas em que se constitui e exprime) e *atinge-nos através desta linguagem, que é.*²⁷ [destaque pelo autor].

Como conseqüência da guinada lingüística, da evolução dos meios de comunicação social, da globalização, entre outros, há a superação das fronteiras por meio da abertura dos estudos constitucionais ante o direito internacional que atualmente encontra-se sedimentado numa lógica unilateral e mercantilista com a superposição dos Estados desenvolvidos sobre os Estados subdesenvolvidos.²⁸

Isso torna o direito internacional frágil frente uma de suas funções, senão a principal função vista como meio e fim da sociedade globalizada que seria a capacidade de garantir a paz, sede de formação da comunidade internacional, diverso do entendimento firmado pela Organização Mundial do Comércio pautado pelo livre comércio, cujas economias centrais, como a norte-americana, ditam as regras.²⁹

Neste tocante, há que se fazer uma aproximação do direito Internacional ao direito Constitucional brasileiro em vistas aos direitos fundamentais democráticos oriundos desses dois sistemas, o que enfatiza o processo de transformação paradigmática do discurso constitucional, momento em que surge o direito constitucional global e o direito constitucional regional, que adiante será apresentado.³⁰

Convém concluir que a Constituição é feita para o homem e tem o condão de constituir uma sociedade justa, livre e solidária, pois está pautada em princípios universais, o que a insere num novo contexto e lhe confere eficácia e validade enquanto Constituição real e centro irradiante do ordenamento jurídico do Estado.³¹

3. O alcance do direito subjetivo constitucional

Está demonstrado que o Estado tem o indivíduo enquanto finalidade de seu momento efetivo, cuja liberdade subjetiva moderna encontra o liame lógico e a harmonia necessária

²⁷ Ibid., p. 62.

²⁸ CLÈVE, op. cit., p. 229.

²⁹ Ibid., p. 230.

³⁰ Ibid., p. 231.

³¹ Ibid., p. 237.

para fundamentar a transmutação do lugar normativo da Constituição. A liberdade é vista enquanto atributo do sujeito moderno.³²

O PRINCÍPIO DA *LIBERDADE SUBJETIVA (SUBJEKTIVE FREIHEIT)* É A MARCA essencial da modernidade e surge como elemento histórico distintivo em relação aos tempos antigos: “o direito da *particularidade* do sujeito de encontrar sua satisfação ou, o que é o mesmo, o direito da *liberdade subjetiva* constitui o ponto central e de transição na direção entre o tempo *moderno* e a antiguidade”. (...) [esse princípio] significa atribuir-lhes [para o indivíduo dos novos tempos] o estatuto ético e político da autonomia da vontade pelo qual tudo que o indivíduo faz deve estar mediado pelo seu querer livre. O critério da ação individual está necessariamente vinculado ao arbítrio subjetivo, o elemento da particularidade que determina o interesse de cada um, a felicidade pessoal e o direito individual. Se a liberdade subjetiva consiste na autonomia da vontade, e se exerce pelo assentimento do indivíduo em reconhecer como tendo valor apenas aquilo que a vontade julga como bom para si, a marca da modernidade repousa na convicção que cada indivíduo possui de aderir somente àquilo que foi justificado pelo seu pensamento de vontade livre. O princípio do mundo moderno permite ao sujeito orientar a sua consciência e consagrar sua ação por razões e crenças independentes, e dar o seu consentimento apenas para o que foi legitimado por sua própria convicção.³³

A noção que se faz da subjetividade para o Estado, portanto, tem relevância quanto ao tempo em que se aplica, pois, num primeiro momento, isto é, na Antiguidade, “... o fim subjetivo era simplesmente um querer do Estado; na época moderna, ao contrário, reclamamos uma opinião, um querer e uma consciência próprios.”³⁴. Arremata o autor que, para os antigos, o Estado exercia a vontade suprema, enquanto “na modernidade, o indivíduo deve ser considerado e respeitado por si só, pela sua simples particularidade”.³⁵

Portanto, “a liberdade subjetiva é base para declaração dos direitos individuais, para a garantia do direito de propriedade e para a manifestação dos interesses da pessoa.”³⁶ Todavia, essa liberdade subjetiva é relativizada ante a prevalência do Estado, principalmente no que concerne às relações no cenário mundial.

Isso é visível no Estado oriental, quando nas relações exteriores, que se torna despota ante os indivíduos que não ostentam personalidade própria ou autonomia. “O Estado oriental se assemelha a uma família. Nela, a obediência e a subordinação dos filhos aos pais é regra.

³² Aqui, pretende-se traçar um paralelo entre a transmutação normativa da Constituição, teoria disseminada por CLÈVE à liberdade subjetiva e o Estado na filosofia política de Hegel, para confluir no *Alcance do direito subjetivo constitucional*.

³³ RAMOS, Cesar Augusto. **Liberdade subjetiva e Estado na filosofia política de Hegel**. Curitiba: UFPR, 2000. p. 23-24.

³⁴ *Ibid.*, p. 25.

³⁵ *Id.*

³⁶ *Ibid.*, p. 26.

(...) A relação heterônoma impõe a obediência pela obediência e exclui qualquer decisão livre de uma vontade autônoma.”³⁷

Ressalte-se, porém, que o “direito dissolvido na substancialidade ética está calcado na confiança e na participação imediata de todos nos assuntos públicos.”³⁸. Cesar Augusto RAMOS ainda destaca:

... os conceitos de liberdade e de subjetividade são os princípios que a modernidade revela, os quais devem regê-la. Do ponto de vista político, as formas sociais que desconhecem a liberdade subjetiva e que se exprime na autonomia do indivíduo, no agir livre na vida moral, nos direitos individuais, na independência pessoal no trabalho, no direito de propriedade, nas aspirações e nos desejos de cada indivíduo, estão ultrapassadas pela evidência histórica dos tempos modernos que erige como verdade o princípio “da livre e consciente vontade do indivíduo”. Essas conquistas já estão presentes na filosofia de Rousseau, Kant e Fichte: na afirmação da liberdade subjetiva, pela qual o indivíduo não age movido pelo respeito ou pelo temor a uma autoridade ou vontade alheia, mas segundo sua própria convicção e adesão voluntária da verdade.³⁹

No momento em que o indivíduo se apercebe da sua capacidade de convicção e sua transmissão por intermédio da argumentação, há o que HABERMAS denomina de sociedade civil, aquela sedimentada num núcleo institucional formado por “associações e organizações livres, (...) que ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo e da vida.”⁴⁰

E, na seqüência, HABERMAS conceitua: “a sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política.”⁴¹

Trata-se, portanto, da capacidade que os indivíduos, enquanto entes livres e dotados de capacidade subjetiva na esfera da sociedade civil, têm de “institucionalizar os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro da esfera pública. Esses *desings* discursivos refletem a sua forma de organização, abertas e

³⁷ Id.

³⁸ Ibid., p. 28.

³⁹ Ibid., p. 34.

⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. . Rio de Janeiro: Tempos Brasileiros, 1997. Vol. II, p. 99.

⁴¹ Id.

igualitárias, certas características que compõem o tipo de comunicação em torno da qual se cristalizam, conferindo-lhe continuidade e duração.”⁴²

Esse traço discursivo concedido ao indivíduo encontra fundamento no paradigma da linguagem como condição de conhecimento e compreensão da realidade, pois a língua é o conjunto de regras coletivamente adquiridos que serve de parâmetro para os atos da comunicação que deve ter pertinência conforme o signo apresentado.

Em linhas gerais, a partir de SAUSSURE, Roman JACOBS estabelece que o ato comunicativo concreto, para atingir o destinatário, tem como elementos o remetente, que deve estabelecer contato com o destinatário, para transmitir-lhe um contexto ou uma mensagem, através de um código comum.

VIEHWEG reabilita a tópica para a Teoria da Argumentação. Todavia, com PERELMAN, a Teoria da Argumentação toma corpo ao estabelecer o âmbito da argumentação⁴³, definindo categorias: auditório, contato dos espíritos, o acordo, a postura do orador e tipos de auditório, entre outros, o que configura a virada argumentativa.

Fábio Ulhôa COELHO, em prefácio à edição brasileira da obra de PERELMAN, afirma que este parte da retórica. Ademais, funda sua premissa de que não existem “interpretações jurídicas verdadeiras. As premissas da argumentação (...) resultam de um acordo entre quem argumenta e seu auditório...”⁴⁴.

Em outros termos, “não se ocupa o conhecimento jurídico de qual seria a decisão judicial ou administrativa verdadeiramente derivada de uma norma geral, com exclusão de todas as outras, as falsamente derivadas; ocupa-se, isto sim, dos meios de sustentar determinada decisão como sendo mais justa, equitativa, razoável, oportuna ou conforme o direito do que outras tantas decisões igualmente cabíveis.”⁴⁵

⁴² Id.

⁴³ Primeira parte: O âmbito da argumentação: §1. Demonstração e argumentação; § 2. O contato dos espíritos; § 3. O orador e seu auditório; § 4. O auditório como construção do orador; § 5. Adaptação do orador ao auditório; § 6. Persuadir e convencer; § 7. O auditório universal; § 8. A argumentação perante um único ouvinte; § 9. A deliberação consigo mesmo; § 10. Os efeitos da argumentação, § 11. O gênero epidíctico, § 12. Educação e propaganda; § 13. Argumentação e violência; § 14. Argumentação e envolvimento. PERELMAN, Chain. **Tratado da Argumentação: a nova retórica**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo, Martins Fontes: 2005.

⁴⁴ Ibid., p. XVI, prefácio à edição brasileira, por Fábio Ulhôa COELHO.

⁴⁵ Id.

Embora PERELMAN faça uma distinção entre retórica e dialética, convencimento e persuasão, ambas não se fazem distintas absolutamente, ou seja, o homem não tem a faculdade de dizer que está agindo de forma totalmente racional (lógica) ou totalmente emocional. Sempre há a imbricação de um argumento com o outro, em que pese, o objetivo básico da argumentação seja conquistar a adesão do auditório.

É o argumentador que determina para qual auditório se pretende falar. Não necessariamente o auditório que se está vendo é o auditório que o orador construiu.

Então, é possível trabalhar com a argumentação voltada para o desejo e a vontade (emocional), própria da persuasão, próximo da ação eficaz e imediata; ou a argumentação voltada para o entendimento, para o convencimento, com efeito a longo prazo (lógico/racional).⁴⁶

Em verdade, os argumentos não são considerados na forma pura. Não há como se falar em um argumento estritamente lógico ou um argumento estritamente emocional persuasivo, porque o sujeito não se encontra de forma pura no mundo; toda argumentação é uma mescla. A diferença é que há variações de intensidade, que são argumentações propensas à objetividade, à lógica e à racionalidade, enquanto existem argumentações com grande grau de intensidade para subjetividade, emotividade e afetividade.

Quando se faz a distinção entre argumentação para o convencimento e argumentação voltada para a persuasão e a vontade, sempre deve se pensar em subjetivo e objetivo. A argumentação convincente é aquela válida *erga omnes*, pois será apreciada por qualquer homem dotado de razão, onde se desloca a subjetividade individual de cada um para a objetividade ganhar espaço para que haja a presunção de auditório universal.

Importante se faz apresentar a distinção entre função deliberativa, que tem viés político, com discurso fundado num auditório heterogêneo; função judiciária que possui como respaldo a técnica judiciária que servirá como argumento, como a questão de atuar ou não em conformidade com a lei que prescreve condutas, conforme PERELMAN aborda:

O objetivo de toda argumentação (...) é provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que se apresentam a seu assentimento: uma argumentação eficaz é aquela que consegue aumentar essa intensidade de adesão, de forma que se desencadeie nos ouvintes a ação pretendida (ação positiva ou abstenção) ou, pelo menos, crie neles uma disposição para a ação, que se manifestará no momento oportuno. A eloquência prática, que comportava os gêneros judiciário e deliberativo, era o campo predileto onde se enfrentavam litigantes e políticos que defendiam, argumentando, teses opostas e às vezes até contraditórias. Nessa justa oratória, os adversários procuravam conquistar a adesão de seu

⁴⁶ Ibid, p. 29-34.

auditório acerca do assunto controverso, em que os prós e os contras encontravam amiúde defensores igualmente hábeis e, aparentemente, igualmente honrados.⁴⁷

Nestes termos, o acordo é objetivo máximo de toda teoria da argumentação, porque se consegue convencer ou persuadir determinando auditório desde que se estabeleça um juízo, um acordo, do que se pretende entre as partes. Aqui há a transferência de tal ensinamento para a perspectiva habermasiana, da razão prática para a razão comunicativa. A primeira está preocupada com o sujeito individual e a segunda trabalha com a perspectiva de que o indivíduo, enquanto sujeito racional, deve agir de modo tal que todas suas ações sejam tidas como boas e universais pelas outras pessoas que têm vontade autônoma.

O cânone da autonomia da vontade, na perspectiva da faculdade subjetiva, do poder agir do sujeito, gera a possibilidade do direito subjetivo. Cada um age individualmente de acordo com sua razão. Como consequência, todos os homens são livres para agir de maneira individual e racional.

Se todos agirem com vistas ao melhor, isso será bom. Isso pode ser considerado uma síntese do pensamento encontrado na Modernidade, conforme trabalham os autores já citados, como HABERMAS e PERELMAN.

Não se pensa na idéia de bem comum como algo superior a cada pessoa individualmente, pois o objetivo do Estado se realiza através do resultado das ações individuais racionais, o que causa uma diferença entre conjunto e sistema, porque se trabalha com a sociedade como conjunto de indivíduos livres e autônomos que usa sua liberdade individual para pautar sua conduta.

Nesse diapasão, exemplificativamente, pode-se afirmar que o Brasil não é apenas a mera soma dos Estados federados, mas para além disso, é a soma dos Estados federados mediante determinadas regras que formam uma terceira pessoa jurídica de direito público que é a União Federal, formada por Estados e Municípios. Então, se se reunir todos os Estados há um conjunto. E, se se reunirem todos os Estados para formar o Brasil representado pelo Presidente da República, haverá um sistema.

Essa questão dá ensejo à tensão entre a facticidade e a validade, cujo direito estaria desvinculado do mundo dicotômico entre o mundo das normas jurídicas, com os imperativos de ação, versadas abstratamente a partir da racionalidade do sujeito e o mundo real, do ser.

⁴⁷ Ibid., p. 49.

HABERMAS trabalha com a tentativa de construir normatividade na perspectiva do princípio democrático, ou seja, todos devem participar da elaboração das normas de agir para que elas sejam próximas da realidade e não sejam normas impostas, unilateralmente, pelo Estado.

A razão prática cria a perspectiva de uma regra jurídica tida como racional, imposta pelo Estado, mas isso gera uma tensão determinada pela distância entre o que é vivido e o que é normativo (tensão entre facticidade e realidade).

Assim, HABERMAS está preocupado em construir uma Teoria dos Direitos Humanos, dos Direitos Fundamentais Básicos, como apresentado no segundo capítulo, voltado para um ideal emancipatório da modernidade com vistas a superar as tensões mediante a comunicação como nova fonte de criação das normas, massificada pela atuação direta de todos os interessados.

E, para além das proposições de HABERMAS, embora se saiba que sua teoria foi desenvolvida para o âmbito europeu, aplica-se neste ponto seu entendimento, segundo RAMOS, de que “o que caracteriza a época moderna é antes de tudo a liberdade subjetiva”. Hegel não é o primeiro filósofo da modernidade, mas “o primeiro para o qual ela se tornou um problema (...)”. O moderno caracteriza-se pela racionalidade intrínseca da dialética da liberdade que se compreende pela estrutura lógica (subjetiva) da idealidade.”⁴⁸

A liberdade subjetiva, pautada pela Teoria Comunicativa, está refletida no direito abstrato, enquanto figura jurídica, cujo sujeito é considerado uma auto-referência para o direito. “A obediência às leis afigura-se para o querer individual como válida apenas pelo assentimento da subjetividade.”⁴⁹

A par disso, se sustenta o alcance do direito constitucional subjetivo. Em linhas gerais, o indivíduo livre se vê refletido na Constituição, que tem o condão de dispor sobre as garantias e os direitos fundamentais, o que lhe conota a subjetividade, principalmente quando

⁴⁸ RAMOS, op. cit., p. 36. E, continua o autor na nota de rodapé n. 19: “Segundo Habermas, o termo subjetividade comporta, na teoria hegeliana, quatro conotações:”a) o *individualismo* no mundo moderno, é a singularidade infinitamente particular que tem o direito de fazer valer suas pretensões; b) o *direito à crítica*: o princípio do mundo moderno exige que cada um deve aceitar apresentar-se como algo justificado; c) a *autonomia da ação*: pertence aos tempos modernos, o querer responder por aquilo que nós fazemos; d) enfim, a própria *filosofia idealista*: para Hegel, ela é a obra dos tempos modernos, porquanto a filosofia apreende a Idéia que tem consciência dela própria.” (...) É esse último sentido que estamos utilizando para interpretar a noção hegeliana de subjetividade, mas cujo significado é bem mais amplo, e compreende não só a noção lógica de subjetividade, como também de liberdade e de modernidade, todas elas expressões da processualidade lógica daquilo que Hegel chama de idealidade.” Ibid., p. 36-37.

⁴⁹ Ibid., p. 88.

permite o tratamento diferenciado entre os desiguais, como ocorre com o que atualmente se denomina de discriminação positiva.

Todas essas questões encontram-se pautadas na existência da democracia, do pluralismo, dos direitos fundamentais e da justiça, que encontram sustentabilidade no âmbito do território brasileiro, onde se apregoa o entendimento de que a Constituição possui concreitude, não sendo mais possível alegar sua aplicabilidade apenas dentro de um espaço, com indivíduos pré-determinados.

Frise-se, por fim, que a regra é a delimitação pela formação social brasileira, todavia, há exceção oriunda do contexto supranacional em que esta Carta de Interesses é aplicada. Segundo CLÈVE, a Constituição é principiológica, há que se adotar o posicionamento do direito comparado alemão, onde o Tribunal Constitucional, no que enfrenta alguma resistência, “entende a Lei Fundamental como ordem de valores (...) [em que o procedimento deve] ordenar a manifestação da sociedade aberta e plural dos intérpretes da Constituição (...), cuja dimensão material igualmente vincula e conforma a experiência jurídica como um todo.”⁵⁰

4. Constitucionalismo global e constitucionalismo regional

Depois de apresentada a noção do alcance subjetivo da Constituição resta demonstrar a dimensão da aplicabilidade constitucional no âmbito global e regional. Parte-se do pressuposto que deve ser realizada uma aproximação amigável entre o direito internacional e o direito constitucional brasileiro.

O direito constitucional global, nas palavras de CLÈVE, constitui

... um conjunto de princípios compartilhados, verdadeiro patrimônio jurídico da humanidade, construído progressivamente a despeito da relatividade dos valores. Um plexo, diga-se de passagem, que desafia a emergência de uma comunicação mais estreita com os direitos constitucionais nacionais, com as constituições nacionais, ou seja com as ordens jurídicas presididas por verdadeiras constituições e não simplesmente por eventuais cartas constitucionais.⁵¹

E, segue o autor, ao afirmar que “neste passo, a abertura do direito constitucional nacional para o constitucionalismo global significaria o reconhecimento da existência (e

⁵⁰ CLÈVE, op. cit., p. 227.

⁵¹ Ibid., p. 231.

pertinência) de uma Constituição material global formada por um *jus cogens* internacional integrado por valores comuns, ainda que poucos.”⁵²

Flávia PIOVESAN assevera que quanto “ao caráter especial dos tratados de proteção dos direitos humanos, poder-se-ia ainda acrescentar o argumento, sustentado por parte da doutrina publicista, de que os tratados de direitos humanos apresentam superioridade hierárquica relativamente aos demais atos internacionais de caráter mais técnico, formando um universo de princípios que apresentam especial força obrigatória, denominado *jus cogens*.”⁵³

Para CLÈVE, os valores considerados para o constitucionalismo global são aqueles oriundos da sociedade democrática, das decisões prolatadas pelas cortes internacionais, principalmente de Direitos Humanos e aqueles provenientes de declarações e tratados internacionais.⁵⁴

“... Portanto, a idéia de que direito constitucional global emerge e evolui com a formação de comunidades de nações que comungam determinados valores, principalmente aqueles ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana”⁵⁵. Para o autor, os princípios dos direitos humanos, desenham a teia da Constituição global, os quais deveriam ser respeitados por todos os entes do cenário mundial, indistintamente, a democracia e a paz.⁵⁶

“O direito constitucional global integra mero meio de legitimação material das constituições nacionais”⁵⁷. Mas, como há um *jus cogens* internacional, este deve ser fortalecido, através das instituições multilaterais capazes de protegê-lo, como a diplomacia brasileira.

“Neste particular, o direito internacional transparece como normatividade necessária para, através das instituições multilaterais, promover a revisão da dinâmica que, ultimamente,

⁵² Ibid., p. 231-232.

⁵³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 88-89.

⁵⁴ CLÈVE, op. cit., p. 232.

⁵⁵ Id.

⁵⁶ Id.

⁵⁷ Id.

em virtude de ações unilaterais despidas de sustentação jurídica, tem contaminado as relações entre os povos.”⁵⁸

Este viés constitucional deve manter relações com o direito da integração, momento em que “... o Estado se vê compelido a deixar suas fronteiras para a defesa de seus interesses e de sua soberania.”⁵⁹. Isso, nos pactos regionais, têm por função a construção de uma estrutura supranacional, como a visualizada no continente comunitário europeu, representado pela Comunidade Européia.

Nas palavras de MALISKA, “o texto constitucional brasileiro possui, na sua essência, todos os elementos necessários para enfrentar os desafios da abertura, da cooperação e da integração tanto no plano global como regional”.⁶⁰ Assegura o autor que “A legitimação democrática de tal abertura é firmada tanto no preâmbulo da Constituição como junto aos art. 4º e 5º § 2º.”⁶¹. Corroborando o entendimento de que os Princípios Fundamentais dispostos constitucionalmente formam a matriz das demais normas existentes no ordenamento jurídico.⁶²

PIOVESAN, no que tange à hierarquia dos tratados internacionais de Direitos Humanos recepcionados pela Constituição da República Federativa do Brasil, defende que

...conferir grau hierárquico constitucional aos tratados de direitos humanos, com a observância do princípio da prevalência da norma mais favorável, é interpretação que se situa em absoluta consonância com a ordem constitucional de 1988, bem como com sua racionalidade e principiologia. Trata-se de interpretação que está em harmonia com os valores prestigiados pelo sistema jurídico de 1988, em especial com o valor da dignidade humana – que é valor fundamental do sistema constitucional. Insiste-se, todavia, que a teoria da paridade entre o tratado internacional e a legislação federal não se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista que a Constituição de 1988 assegura a estes a garantia de privilégio hierárquico, atribuindo-lhes natureza de norma constitucional. Este tratamento jurídico diferenciado, conferido pelo art. 5º, parágrafo 3º, da Carta de 1988, justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre Estados partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes. Os tratados de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados.⁶³

⁵⁸ Id.

⁵⁹ Ibid., p. 234.

⁶⁰ MALISKA, Marcos Augusto. **Estado e século XXI: A integração supranacional sob a ótica do direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 183.

⁶¹ Id.

⁶² Ibid., p. 184.

⁶³ PIOVESAN, op. cit., p. 87-88.

Portanto, essa questão de abertura constitucional para o âmbito global e regional encontra-se pautada no reconhecimento de valores comuns dos quais podem ser determinados poderes a serviço de seu cumprimento mediante a autonomia desse poder mediante a delegação de atribuições.

Todavia, ante a liberdade individual frente ao alcance subjetivo conferido à Constituição, bem como ante a existência de direitos considerados comuns no âmbito global têm-se que o território nacional se encontra enfraquecido diante das necessidades sociais.

Esse entendimento é vislumbrado na disposição do artigo 60, § 4º, IV, da Constituição, denominado cláusula pétrea, o qual determina que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, tanto que reiteradamente, com base neste artigo, bem como no artigo 196 que confere ao Estado o dever de garantir a todos, mediante políticas sociais e econômicas, o direito a saúde, com acesso universal e igualitário. O artigo 5º, parágrafo 1º, assegura que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”.

Trata-se, por exemplo, das Ações de Mandado de Segurança impetradas em face dos órgãos atinentes à Sistema Único de Saúde no Brasil, por estrangeiros que não os têm em seu país de origem. Tais indivíduos pleiteiam junto ao Poder Judiciário do Brasil a possibilidade, de forma isonômica, sob a égide dos direitos e garantias fundamentais constitucionais, de inscrever-se no Cadastro Único de Registro Nacional de Receptores de Medula Óssea – REREME, mantido pelo Ministério da Saúde a fim de, uma vez cadastrados, pertencerem ao grupo da lista de espera para transplante.

Ao abordar a leitura universal do dispositivo constitucional de direito à saúde, isso faz com que a República do Brasil preste tratamento também aos estrangeiros, bastando que a pessoa se encontre em território nacional para que esteja albergada por essa garantia.

No que tange à reposição dos custos, que o SUS despender em favor do estrangeiro, é matéria não afeta ao direito subjetivo dos impetrantes, pois tal incógnita trata-se de questão a ser dirimida entre as nações, o que não pode inviabilizar o atendimento à saúde em sede constitucional nacional.

As ações impetradas neste tocante estão obtendo decisões favoráveis em caráter liminar, haja vista o tratamento conferido aos direitos e garantias considerados fundamentais

no âmbito da Constituição, os quais são considerados princípios universais, nos termos ensinados por HABERMAS⁶⁴.

Em remate, torna-se evidente que o sistema nacional, com espaço territorial delimitado e soberania interna, calcada num Estado fechado é ineficiente ante o modelo global vigente. Contudo, não é possível desconsiderar a permanência do Estado enquanto ente superior, dotado de autonomia frente às relações internacionais bem como de capacidade de dizer o direito por intermédio do Poder Judiciário que tem na Constituição o centro irradiante, e não o ápice piramidal kelseniano, de normas e garantias fundamentais para todo o Ordenamento Jurídico.

5. Considerações finais

É intrincado tecer conclusões acerca do artigo apresentado, haja vista o tema ainda ser objeto de pesquisa e, por isso, estar sujeito a transformações. Entretanto, como forma de dar respaldo ao entendimento do leitor, quanto às proposições apresentadas, afirma-se que a humanidade está a caminho da pacificação de seus conflitos por meio da argumentação, uma vez que os meios de comunicação propiciam essa premissa.

Outro fator, que se apresenta de salutar importância, é a transformação visível na estrutura da sociedade, que antes prevalecia enquanto ente vertical, em forma de pirâmide, tal como o feudalismo, as monarquias e as ditaduras e na Modernidade converte-se, por motivo da democracia e dos direitos subjetivos constitucionais, causando o achatamento desta hipotética pirâmide.

Isto significa que todos, indistintamente, querem participar das decisões que os afetam, mesmo porque a hierarquia rígida está cedendo espaço a organizações horizontalizadas, o que gera, como consequência, a flexibilidade dos processos decisórios nos diversos vieses, como no âmbito da jurisdição constitucional.

Ainda, como efeito colateral, causa no ordenamento jurídico a efetividade das decisões, a abertura do Estado Nacional ao plano global, a homogeneização no âmbito

⁶⁴ Confira sobre o tema: MS autos: 2005.70.00.016868-3-PR. Impetrante: Santiago Nicolás Canete Benitez; Impetrados: Diretor-Geral do Hospital das Clínicas da Universidade Federal do Paraná; Secretário de Atenção à Saúde (SAS) do Ministério da Saúde da República Federativa do Brasil; Superintendente da Central Estadual de Transplante do Paraná; Diretor-Geral do Instituto Nacional do Câncer – INCA; Secretário Municipal da Saúde do Município de Curitiba-PR.

regional e a identificação do indivíduo frente ao direito subjetivo que lhe é conferido enquanto norma cogente inserida num plano supranacional.

Em última análise, se espera que o constitucionalismo moderno, considerado uma carta de interesses nacional e transnacional, sedimentado pela proteção jurisdicional dos direitos fundamentais calcado na existência de um plano supranacional encaminhe a sociedade para “um mundo melhor, um mundo no qual indivíduos, grupos e pessoas possam viver em paz e em compreensão mútua, sem guerra, exploração, [embora isso] só o futuro poderá dizê-lo.”⁶⁵

6. Referências bibliográficas

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito Constitucional, novos paradigmas, Constituição Global e Processos de Integração. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, n. 5, set., 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed., reimpresso 1999. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 24. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

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. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

MALISKA, Marcos Augusto. **Estado e século XXI: A integração supranacional sob a ótica do direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERELMAN, Chain. **Tratado da Argumentação: a nova retórica**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo, Martins Fontes: 2005.

⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed., reimpresso 1999. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 21.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

RAMOS, Cesar Augusto. **Liberdade subjetiva e Estado na filosofia política de Hegel**. Curitiba: UFPR, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 4. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.