

23

O Jardim e a Praça ou a Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Tributário e Financeiro

Fernando Facury Scaff

*Em homenagem a Nelson Saldanha.
Dedicado a Denise.*

Quando fui convidado por Heleno Tôrres para escrever um artigo em homenagem a Nelson Saldanha, de pronto surgiu em minha mente o presente trabalho, calcado em um de seus vários livros excelentes: um texto publicado inicialmente no n. 11 da *Revista da Ciência e Trópico*, editada pela Fundação Joaquim Nabuco, em janeiro-junho de 1983, posteriormente ampliado e publicado como um opúsculo pela Sergio Antonio Fabris Editor, de Porto Alegre, em maio de 1986, intitulado *O jardim e a praça – ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica*. Soube pelo próprio autor que posteriormente esse trabalho foi ampliado e reeditado pela Edusp, em 1993. Mas é nesse pequeno texto, ímpar na literatura jurídica nacional, que desejo ancorar minhas breves reflexões em homenagem a esse excepcional jusfilósofo brasileiro, professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco e uma das mais lúminas inteligências jurídicas contemporâneas.

No trabalho mencionado, Nelson Saldanha disserta, com sua proverbial acuidade, sobre diversos aspectos históricos e filosóficos, envolvendo, como

tema central, a dualidade entre o lado privado da vida social, que ele poeticamente denominou *o jardim*, e o lado público, denominado *a praça*. Com esse dualismo, Nelson demonstra a reserva existente nos jardins, o espaço privado, que é feito *intramuros*, a ética presente na família, no lar, e, por que não dizer, em parte predominante do direito privado, que é distinta daquela preponderante no direito público, nas praças, na ágora, no que diz respeito à sociedade entendida como uma coletividade. O conhecido adágio popular de que *costume de casa não vai à praça* demonstra bem a diferença entre esses espaços.

É o próprio autor quem nos dá a pista a seguir: “numa dimensão a sala, o banho, o punhal, os tapetes, os cosméticos, o leito de morte; noutra o mercado, o fórum, a espada, os códigos, as estradas, o templo”.¹ Os amores reservados, no jardim; os públicos, nas praças. A praça seria um lugar no qual se passa a história, um livro aberto, um espaço convexo; no jardim, teríamos a biografia, a vida íntima, um espaço côncavo.

É claro que todos conhecemos *jardins públicos*, como o das *Tuilleries* ou o bíblico *das Oliveiras*, mas não podemos ser traídos pelas palavras. Nesses casos, estaremos presentes a uma esfera pública, muito mais próxima das *praças* (parques ou logradouros públicos), em decorrência de sua inserção na cidade, do que em um local reservado, existente nos lares para usufruto da família.

O filósofo nos lembra ainda que, muitas vezes, pensamos que o indivíduo está *dentro* do social, e o social, *fora* do indivíduo. Entretanto, ao fazermos disso um correlato entre o que é *público* e o que é *privado* deveremos responder à seguinte pergunta: o privado e o público correspondem a um *dentro* e a um *fora* de quê? A vida pública, nesse caso, se revestiria de uma exterioridade em relação à casa, ao jardim, ao viver básico, dentro do qual se situa a existência privada, gerando, a partir daí, dois sistemas de valores:² um com referência *ao lar* (que não é propriamente uma identificação individualista) e outro com relação à *cidade*.

¹ Nelson Saldanha, *O jardim e a praça – ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica*, p.15.

² Nelson Saldanha, *O jardim e a praça – ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica*, p.23, passim.

Todavia, o autor prossegue, deve haver entre essas duas esferas um sentido de equilíbrio e de complementaridade, de tal modo que permita sua convivência harmônica. Não se está falando de equilíbrio estático, mas dinâmico, pois entre as diversas fases da história da humanidade, verificamos a ampliação de um ou de outro momento desses espaços. Eles se constituem em uma antítese, em que o crescimento de um lado implica necessariamente a mudança do outro. Por exemplo, nas teorias socialistas, o espaço privado, do jardim, é cada vez menor, com uma supremacia da esfera pública, do interesse coletivo. Já nas teorias anarquistas, o espaço público é praticamente inexistente, sendo dominado pelo individualismo exacerbado. Portanto, a relação de equilíbrio é dinâmica, como dinâmica é a vida em sociedade, com as vicissitudes que constroem a História do homem.

No Brasil, o autor continua, lembrando seu conterrâneo Gilberto Freyre, o que se tem é um verdadeiro desdém pela praça pública desde o período colonial, “inclusive no sentido de higiene, atirando-se lixo à rua sem a menor cerimônia e sem o menor sentido de respeito ao que fosse comunal ou de todos”.³

O sentido do *privado* no Brasil foi mais configurado com um predomínio do *personalismo*, também pela presença em larga escala das estruturas feudais em nosso passado recente.

Personalismo nas alianças políticas e nas adesões partidárias; personalismo também na secular tendência a confundir instituições com pessoas. Problema, este, afim ao mal-entendido muito freqüente de julgar credos e regimes pelo que refletem ou parecem refletir na ordem privada (por exemplo, descrer no comunismo de Fulano, pelo fato de vestir bem, ou desacreditar no regime representativo porque o deputado Beltrano é incompetente). Este pendor se revela na imagem geral dos sistemas, vigente entre certos estratos ou setores: muita gente parece pensar que a democracia significa a igualitarização no plano privado, quando no plano público é que a igualdade democrática se situa basicamente (alguns parecem chegar a crer que a igualdade ‘democrática’ significa todo mundo de calça jeans e sandálias de borracha, e de preferência os homens com barba para ninguém parecer diferente). O clássico ideal iluminista da conversão do súdito no cidadão, através

³ Nelson Saldanha, *O jardim e a praça – ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica*, p.27.

da qual se tem em cada indivíduo uma dimensão pública (ideal, sem dúvida, nuclearmente urbano), esbarrou no Brasil com o tradicional privatismo, mais com o personalismo e com concepções feudais arraigadas.⁴

Nelson Saldanha conclui que falta ao privatismo brasileiro, fortemente arraigado na idéia de personalismo, ser publicista.

As razões históricas desse fato, investiga o autor, podem estar na tardia criação de universidades e da imprensa em nosso país, no qual tivemos um predomínio clerical demasiado e muito cedo a implantação de um

privatismo feudal, com um clero sem monarcas por perto e com uma ‘nobreza’ à qual faltavam origens verdadeiras e que se transformou em uma casta de senhores rurais ignorantes e truculentos, que tinham, em relação aos nobres medievais, semelhanças quanto ao tipo de poder, mas não quanto ao significado histórico-cultural.⁵

O privatismo brasileiro é um *privatismo sem jardins*, “pela pobreza em certos casos, em outros pela falta de influências neste sentido”, sendo decorrente de uma época colonial em que contava pouco o sentido de comunidade, e, no qual,

o espírito burguês do espaço público demorou a chegar, e onde a precariedade da dinâmica cultural ajudou a consagrar com demasia certos arquétipos tradicionais. Ainda hoje perdura o personalismo em nossa política, onde as imagens pessoais preponderam sobre os princípios e os programas.⁶

Tomamos de empréstimo essa bela metáfora construída por Nelson Saldanha para dar um salto em direção às relações de tensão existentes entre o Direito Financeiro e o Direito Tributário em nosso país.

⁴ *O jardim e a praça – ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica*, p.28.

⁵ *O jardim e a praça – ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica*, p.45.

⁶ *O jardim e a praça – ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica*, p.45.

Na opinião comum dos juristas pátrios, o Direito Tributário representa o bolso do cidadão, possuidor de bens, valores e patrimônio, que o Estado arbitrário, atrabiliário e mau gestor do patrimônio público lhe quer arrancar sob o peso de leis abusivas, que sempre violam a Constituição e, em última *ratio*, sua inviolável capacidade contributiva.

O Estado, nessa ótica, é sempre um agente do mal, e o fisco é uma entidade ignominiosa, que serve a propósitos escusos de seus componentes. O Direito Tributário é, portanto, uma espécie de espada através da qual o contribuinte individual luta contra o arbítrio do Estado, que tem a seu lado a possibilidade de editar leis para proveito próprio. O contribuinte, por sua vez, como o *outro* (jamais como um componente desse Estado), possui a Constituição, com um capítulo denominado *Limitações ao Poder de Tributar*, que serve como um código de limite para frear as desmedidas ambições fiscais arrecadatórias sobre seu bolso. Faz parte desse corpo constitucional princípios tangíveis como o da legalidade, da anterioridade, da irretroatividade, e outros tantos que podem ser mensuráveis e facilmente identificáveis, pois trata-se de limitações formais à imposição tributária.

O estudo do Direito Tributário contemporâneo ainda se encontra nessa fase tipicamente iluminista, na crença de que o Estado é mau e o indivíduo é bom. É um entendimento fundamentalmente liberal, no qual se crê que tudo deve ser dado ao indivíduo, e que cada centavo retirado do bolso do cidadão será mal aplicado pelo Estado. Fazemos uma aposta: leia dez trabalhos de tributaristas contemporâneos e em pelo menos sete deles será encontrada a expressão *devemos conter a sanha arrecadatória do Estado* ou sua equivalente.

Já o Direito Financeiro é aquela área do Direito em que se discutem coisas intangíveis, como *interesse público*, *necessidades públicas* ou a *teoria da escassez dos recursos*. É aquela área em que se busca a aplicação dos recursos públicos em prol do bem comum, por meio do manejo dos *princípios da legitimidade e economicidade*, ou seja, de coisas intangíveis, dificilmente mensuráveis, com baixo nível de formalidade e alto grau de subjetividade.

O Direito Tributário limita a arrecadação; o Direito Financeiro busca a melhor utilização dos recursos arrecadados em prol do bem comum. Um é vinculado a uma idéia individual, de retirada de dinheiro do bolso privado; o outro é vinculado a uma idéia de bem público, de satisfação das necessidades públicas. Um busca limitar a arrecadação, e só se arrecada de quem tem

bens; o outro visa à utilização desses bens arrecadados de quem tem em prol de quem não tem ou de quem tem menos recursos.

Um possui uma ótica liberal, pois diz respeito ao uso do dinheiro auferido de conformidade com seus próprios desígnios, individualmente; o outro tem relação com o atendimento das necessidades públicas pelo Estado, enfim, uma visão mais social. Em um, o dinheiro é utilizado sob uma ótica privatística (poderíamos usar a expressão de Nelson Saldanha, *personalística*); o outro tem por escopo uma ótica publicística. É claro que pode haver deturpações, como a aplicação dos recursos arrecadados de todos em prol dos interesses da classe mais abastada, ou mesmo a desoneração dos mais ricos, porém são deturpações, e não o escopo do sistema.

Em suma, o *Direito Tributário* representa o *jardim*, o que se esconde no recôndito da casa, no bolso das pessoas, nas contas correntes, na contabilidade das empresas; e o *Direito Financeiro* corresponde à *praça*, onde se debatem as questões públicas, onde o orçamento público é discutido e votado, onde a Lei de Responsabilidade Fiscal limita os gastos a serem efetuados em itens orçamentários que muitas vezes necessitam de maior investimento público. As questões financeiras são de Estado, colocadas a público; as tributárias dizem respeito aos financiadores desses gastos. Não há aqui uma separação entre direito privado de um lado e público do outro, como ela também não existe na metáfora do jardim e da praça; a diferença ocorre na ótica que se aplica ao fenômeno, e não nele próprio.

Deve haver uma relação de equilíbrio, de complementaridade entre esses dois direitos, tal como existe entre o jardim e a praça, entre a esfera pública e a privada. Essa relação há de ser de equilíbrio dinâmico, histórico, com maior intensidade para um ou para outro ao longo do tempo. Não pode haver jardim onde não existe praça, e vice-versa. Um não existe sem o outro.

Em certo momento histórico é necessário, para a redução das desigualdades econômicas, que o grupo possuidor de maior quantidade de bens, valores e patrimônio contribua de forma mais intensa para a emancipação econômica daqueles que possuem menos. Quem poderá suprir as necessidades de saúde, educação e saneamento básico daqueles que ganham pouco, senão o Estado? E o dinheiro deste advém do bolso daqueles que ganham ou possuem mais.

É utópico afirmar que essa relação tensiva entre *arrecadação* e *aplicação das verbas públicas* possa equilibrar-se de forma estática entre todos os habi-

tantes de um país, cada qual contribuindo *proporcionalmente* com a mesma quantidade de dinheiro em prol dos gastos públicos. Enquanto houver desequilíbrio econômico entre as pessoas, somente uma tributação *progressiva* poderá reduzir essas desigualdades.

Na prática, essa relação tensiva existe invadindo as diferenças entre os próprios grupos econômicos que se encontram em uma posição dominante na sociedade, acarretando que uns paguem (*contribuam*) mais do que outros. Pode ocorrer que os *contribuintes* do setor industrial sejam mais onerados em certo momento histórico do que os *contribuintes* do setor financeiro, ou do setor agrícola. É possível até mesmo que grande parte do ônus recaia sobre a classe dos rentistas em face dos consumidores ou dos exportadores; isso será decorrente de uma relação de forças na sociedade, bem como será um dos componentes mais importantes da política econômica que for implementada.

Contudo, a pior injustiça ocorrerá quando o ônus tributário maior recair sobre os que possuem menos, seja pela imposição de maior carga tributária sobre eles, seja pela desoneração dos mais ricos, ou mesmo – suprema ironia –, pela concessão de benefícios ou subsídios a esses, o que se dá por meio de mecanismos financeiros, e não rigorosamente tributários.

Tudo isso acarreta uma relação de tensão infundável, que vincula este *jardim tributário* a esta *praça financeira*, para todo o sempre, carregando o fiel da balança ora mais para um lado, ora mais para outro.

Casalta Nabais, em brilhante e corajoso estudo acerca do *Dever fundamental de pagar impostos*, utiliza uma frase que sintetiza bem essas idéias: “É o estado fiscal que paga a conta do estado social”⁷. Dessa forma, ao serem estabelecidas maiores e mais amplas metas de ação do Estado para a redução das desigualdades sociais, a conta desse custo será apresentada a quem tem recursos, visando a satisfazer essas necessidades coletivas, inscritas nas normas legais ou constitucionais estabelecidas pela sociedade.

Disso decorre a tensão: a sociedade busca o atendimento das necessidades sociais – e aqueles que possuem maior patrimônio e renda buscam afastar-se da responsabilidade social no cumprimento desses deveres. Aqueles se servem do Direito Financeiro; estes, do Direito Tributário. Imagina-se uma forte separação entre esses dois âmbitos, mas ela não existe, pois se trata das

⁷ José Casalta Nabais, *Dever fundamental de pagar impostos*, p.674.

duas faces da mesma moeda. Sem um não existe o outro. São antitéticos e complementares, devendo resultar em um equilíbrio que permita a convivência em sociedade. Que tipo de sociedade queremos é o ponto fundamental para esse equilíbrio. Vejamos alguns exemplos.

Um sistema de saúde pode ser custeado integralmente por particulares, que pagariam seu custo por meio de planos de saúde ou pelo uso efetivo dos serviços que viessem a utilizar.

Podem ocorrer ainda que existam sociedades que desejem ter um sistema público de saúde, aberto a todos e custeado integralmente por impostos, tal como ocorre no Brasil atual, conforme determina o art. 198, § 1º, da Constituição Federal de 1988, que estabelece um sistema único de saúde, custeado integralmente por verbas públicas.⁸

Também pode haver um sistema de saúde público, tal como preconizado por Grossekketter e fortemente criticado por Juan Manoel Barquero Estevan,⁹ em que o custeio se daria por taxas, e não por impostos. Dessa forma, por serem tributos causais e contraprestacionais, as taxas seriam cobradas apenas daqueles que efetivamente utilizassem aquele serviço, e não de toda a sociedade. O serviço continuaria público, na visão do autor, porém não mais seria custeado por todos, mas apenas pelos usuários efetivos. Parece óbvio que nessa situação o que teríamos seria a privatização do público, e não a publicização do privado. O jardim estaria ampliando suas fronteiras para além do espaço do lar, abarcando bens e coisas públicas, auferíveis apenas por quem tem recursos para usá-las, e não por todos.

No Brasil, a construção de um Estado Democrático destinou-se a

assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia

⁸ Art. 198, § 1º, CF/88: “O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.”

⁹ Juan Manoel Barquero Estevan, *La función del tributo en el estado social e democrático de derecho*, p.89 ss.

social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.¹⁰

Esse é o motivo pelo qual se promulgou, por meio de uma Assembléia Nacional Constituinte, a Constituição de 1988. A partir daí é que a divisão do espaço privado e do espaço público foi normatizada em nosso país. E a saúde, como visto, deve ser custeada pelos cofres públicos por um sistema de impostos e contribuições.

A metáfora do *jardim* e da *praça* exaltada por Nelson Saldanha e as considerações sobre a cisão e a oposição complementar entre Direito Financeiro e Direito Tributário fazem lembrar outro autor fundamental para a compreensão desse dualismo, que é o italiano Domenico Corradine Broussardi. Em um texto de excepcional beleza,¹¹ que tomamos conhecimento pelas mãos de Jacinto de Miranda Coutinho, Broussardi trata do primeiro dever fundamental que a todos nós incumbe, sejamos bacharéis em Direito, capitães de cavalaria ou catadores de papel nas ruas de uma cidade. Contudo, para nós, operadores do Direito, ele se aplica com ênfase maior.

O Direito decorre de uma vivência em sociedade. Porém, pode-se dizer essa mesma frase de outra forma. É possível dizer, sem medo de errar, que o Direito existe porque existem seres humanos, porque existem indivíduos.

O sentido etimológico da palavra *indivíduo* quer dizer *não dividido*. Ou seja, é aquele que integra – não o que soma, mas se aglutina. Não se trata da união de partes antes cindidas, mas sim a composição de diversas cisões/divisões que se pretendem íntegras, e que nada nos fala sobre a homogeneidade, mas nos remete à lida com as diversas e diferentes formas humanas de pensar, de sentir, de trabalhar e de constituir-se no limite entre o que é do *sujeito* (do *indivíduo*) e o que é dos homens (da *sociedade humana* globalmente considerada).

É um indivíduo, portanto, quem não está dividido, quem se sabe existindo em função do *outro*. E relaciona-se com o *outro* por meio dos mesmos valores que estiverem sendo usados por parte dele para consigo. É aí que se

¹⁰ Preâmbulo da Constituição de 1988.

¹¹ Nelson Saldanha, Os direitos fundamentais e o primeiro dever fundamental, *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, n.30, p.11-23.

encontra a gênese da humanidade, da civilização, nas relações entre os indivíduos, sejam de ordem econômica, sejam afetiva ou cultural.

Somente estará fazendo Direito que mereça este nome quem agir com absoluta paridade entre o *eu* e o *outro*, implementando a idéia de relações entre indivíduos, entre seres não cindidos.

Dizemos *paridade* porque estamos convencidos da imprecisão das idéias de igualdade e de identidade. As pessoas não são idênticas: apenas as máquinas o são e, talvez, os seres fruto da clonagem.

E a igualdade deve ocorrer perante a lei, o que implica dizer que por trás da lei as pessoas são absolutamente desiguais. Deve-se tratar desigualmente aos desiguais, porém mesmo essa idéia demonstra a desigualdade existente, subjacente a todo o processo social e econômico presente em qualquer agrupamento humano.

Por isso, preferimos usar, com Domenico Corradine, a idéia de *paridade*, fruto do *eu* não cindido, da idéia civilizatória, das relações culturais e econômicas de uma sociedade, do *eu* que deve tratar o *outro* de forma paritária, como se fosse a si próprio, que se traduzisse em um *indivíduo*, em uma pessoa integral. A idéia de tratamento paritário deve estar presente em pelo menos dois momentos: na origem – pois cada um de nós existe, e, por esse simples fato deve ser respeitado; e nos valores – pois cada um de nós tem valor, independentemente de seu grau de conhecimento, riqueza ou influência social. Ou seja, devemos respeitar e nos fazer respeitados por sermos *indivíduos*, por sermos *humanos*.

E daí podemos afirmar que o Direito só é Direito quando nele estiverem contidos valores. A palavra *valor*, como a palavra *validade*, tem a mesma origem etimológica latina no verbo *valere*.

Contudo, apesar da origem comum, cada qual passou a exercer uma função distinta: *validade* passou a ter importância extremada para o Direito, traduzindo-se na implementação de formas: será *válida* a norma que obedecer a certos rituais de votação e publicação; *valor* passou a ter mais importância nos estudos éticos, caracterizados pela doutrina jurídica tradicional como metajurídicos, sem maior importância para o Direito, que deve preocupar-se de maneira preponderante com o conceito de *validade*, com a *forma*.

Ocorre que esta cisão no Direito – *valor* para um lado e *validade* para outro –, acarreta grandes males para a humanidade. Para ficar apenas no

século que acabou de passar, temos o direito na Alemanha nazista, o direito no Chile de Pinochet e o direito brasileiro da Revolução de 1964. Inegavelmente essas normas possuíam *validade*, mas será que tinham *valor*, no sentido ético, para além das botas dos soldados? Parece-nos que não.

No entanto, não se deve olhar para o Direito apenas como *validade* – aquele trâmite legislativo que obedece a rituais e passa uma idéia de ordem e segurança do Direito positivado. Deve-se olhar também para o Direito enquanto *valor*, enquanto conteúdo ético, que permita alcançar finalidades libertadoras e emancipadoras do homem, possibilitando-o a chegar à plenitude de sua existência social. Deve-se atuar em prol de *valores*, e não apenas em obediência a cânones de *validade*.

Enfim, o primeiro dever fundamental do homem é o de dizer *não* e o de reagir, quando a ordem jurídica posta for uma ordem injusta, que se preocupe apenas com a *validade*, com a *forma* do Direito, e descure dos *valores* da sociedade, o maior dos quais é o da dignidade da pessoa humana. Esse é o primeiro dever fundamental de cada um de nós, e que deve nos guiar.

No Brasil, a partir do advento da Carta de 1988, a dignidade da pessoa humana foi alçada à categoria de *fundamento* do Estado Democrático de Direito, conforme o art. 1º, III.¹² Logo, deve abranger as relações entre as pessoas privadas, em suas relações no *jardim*, bem como as relações públicas, que ocorrem na *praça*.

É por tal fato que devemos ter em vista essa relação de *complementaridade na oposição*, que coloca o Direito Financeiro e o Direito Tributário em campos aparentemente opostos e em disputa, sendo que de seu equilíbrio é que poderemos construir uma sociedade livre, justa e solidária, conforme preceitua o art. 3º, I, de nossa Constituição. A dignidade da pessoa humana é um valor central ao Direito, a qualquer direito, o Direito Tributário e o Financeiro, inclusive.

Poderíamos tratar desse preceito sob várias lentes diferentes e tentar vislumbrá-lo em diversos momentos de nosso cotidiano – as relações trabalhistas seriam um campo de observação excelente –, mas iremos observá-lo apenas

¹² Extremamente interessante a análise desenvolvida por Ingo Wolfgang Sarlet sobre ser a dignidade da pessoa humana um princípio fundamental. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*.

sob a ótica do direito à saúde, para ficar no exemplo já comentado anteriormente e que é um ótimo campo de intersecção entre o *jardim* e a *praça*.

Um paciente com HIV/Aids, sem recursos financeiros, apelou ao Judiciário para ver garantido seu direito ao recebimento gratuito dos medicamentos necessários para seu tratamento, o que estava sendo negado pela Prefeitura Municipal de Porto Alegre.

Foi confirmado pelo Supremo Tribunal Federal¹³ que nossa Constituição garante a todos o *direito à saúde* como consequência constitucional indissociável do direito à vida.¹⁴ O ministro Celso de Mello disse que:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

Nesse caso, o STF entendeu que o direito à saúde faz parte do direito à vida, e que incumbe ao Poder Público assegurar a todos acesso a tratamento farmacêutico e médico-hospitalar digno. O problema da saúde é de tal importância para que o Poder Público ignore-o e deixe de tratar desigualmente os desiguais (diria melhor, com *paridade*), o que é um mandamento constitucional. Mais uma vez avulta a dignidade da pessoa humana como central para o deslinde da questão e a implementação dos direitos humanos.

¹³ Relator ministro Celso de Mello, Município de Porto Alegre v. Diná Rosa Vieira, AGRRE-271286/RS Reg. em Recurso Extraordinário, DJ 24/11/2000 pp-00101 ement. vol-02013-07 PP-01409, 12/9/2000 – Segunda Turma.

¹⁴ Art. 5º, *caput*, e art. 196.

Ainda nesse caso, foi asseverado que não se pode dar interpretação à norma constitucional de tal maneira que a torne inoperante, transformando-a em uma “promessa constitucional incoseqüente”. Consta do acórdão que:

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

Além disso, o STF retornou ao tema dos limites mínimos da dignidade da pessoa humana, ao mencionar que a distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes

dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.

Ou seja, as pessoas têm direitos inalienáveis e devem ser tratadas com dignidade, mesmo que possuam somente a consciência de sua própria humanidade e de sua dignidade, e nada mais. Portanto, existem direitos inerentes à pessoa humana, entre eles, o direito à vida e, nele inserido, o direito à saúde. Além disso, não se pode implementar a Constituição de modo a torná-la uma folha de papel sem nenhum valor, frustrando expectativas de toda a sociedade.

É certo que foi feita justiça no caso concreto, decidido em favor de uma única pessoa, mas o Direito Financeiro não deve servir apenas a quem possui instrumentos jurídicos para movimentar o Poder Judiciário a seu favor – o que, de certa forma, apenas mantém o privilégio existente, privatizando o espaço público por meio de soluções individuais; é o alargamento do *jardim*. É imprescindível que se consiga obter soluções para todos, e não apenas para

alguns, no âmbito financeiro – a *praça* deve se erguer acima de soluções individuais. A obtenção de remédios e tratamento apenas para quem for ao Judiciário mantém a injustiça, quando sabemos que uma enorme gama de pessoas não têm condições de a ele se socorrer, e está cada vez mais arraigado o discurso de que o Poder Judiciário não deve se imiscuir em políticas públicas.¹⁵

Como o Direito Financeiro suportará a pressão do Estado Social e de todas suas promessas, se o Direito Tributário não der as respostas adequadas para sua implementação? Todos voltaremos a cuidar de nossos *jardins*, internos a nossos lares, deixando a *praça*, o espaço público, abandonado?

Se o descaso com o público, o coletivo, tornar-se usual, uma consequência possível será o homem voltar-se integralmente para seu *jardim*, cindindo-se cada vez mais e isolando-se na vida privada. Com isso, se tornará impossível protestar em favor de nossa vida privada, uma vez que destruído (ou amplamente reduzido) o âmbito público, se perderá o que vem sendo historicamente construído e transmitido de homem para homem, pois uma das mais importantes funções da *praça* é promover a transmissão da cultura e do pluralismo necessários para se viver em sociedade. Com isso, o Direito perderá também, parte integrante dessa *cultura* de humanização transmitida ao longo dos séculos.

É imprescindível que seja realizado o equilíbrio necessário entre o espaço do *jardim* e da *praça*, do *âmbito privado* e do *público*, do *Direito Financeiro* e do *Direito Tributário*, de forma dinâmica, permitindo que o Estado Social cumpra suas promessas de construção de uma sociedade livre, justa e solidária – palavras que não podem constituir-se em um Cavalito de Tróia para a manutenção infanda do *status quo*, postergando a plenitude da dignidade da pessoa humana.

¹⁵ Para uma análise desse tema, é imprescindível a leitura de um artigo de Fábio Konder Comparato denominado Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, in: Celso Antonio Bandeira de Mello (org.), *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. Deve-se também ler o livro de Maria Paula Dallari Bucci, *Direito administrativo e políticas públicas*.

Referências bibliográficas

- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo, Saraiva, 2002.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: MELLO, Celso Antonio Bandeira de (org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo, Malheiros, 1997, v.2.
- ESTEVAM, Juan Manoel Barquero. *La función del tributo en el estado social e democrático de derecho*. Madri, Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002.
- NABAIS, José Casalta. *Dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra, Almedina, 1998.
- SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça – ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica*. Porto Alegre, Fabris, 1986.
- _____. Os direitos fundamentais e o primeiro dever fundamental. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba, n.30, p.11-23, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

Copyright © 2005 Editora Manole Ltda., por meio de contrato com o autor.

Editoração eletrônica: Know-How Editorial Ltda.

Projeto gráfico: Acqua Estúdio Gráfico

Capa: Eduardo Bertolini

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO
(CÂMARA BRASILEIRA DO LIVRO, SP, BRASIL)

Direito e poder : nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos /
Helena Taveira Tôres, (coordenador). – Barueri, SP : Manole, 2005.

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN 85-204-2373-6

1. Direito – Filosofia. 2. Direito e política. 3. O Estado. 4. Poder (Ciências sociais).
5. Saldanha, Nelson, 1933–. 6. Sociologia jurídica. I. Tôres, Helena Taveira.

05-1532

CDU-340.12

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito : Filosofia 340.12

Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida,
por qualquer processo, sem a permissão expressa dos editores.
É proibida a reprodução por xerox.

1ª edição – 2005

Direitos adquiridos pela:

Editora Manole Ltda.

Avenida Ceci, 672 – Tamboré

06460-120 – Barueri – SP – Brasil

Tel.: (11) 4196-6000 – Fax: (11) 4196-6021

www.manole.com.br

info@manole.com.br

Impresso no Brasil

Printed in Brazil