UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

CHARLES SILVA BARBOSA

DIMENSÕES DO MÍNIMO EXISTENCIAL: ATUAÇÃO JURISDICIONAL E PROTEÇÃO DA ESSÊNCIA DA REPÚBLICA

Salvador-BA

2011

CHARLES SILVA BARBOSA

DIMENSÕES DO MÍNIMO EXISTENCIAL: ATUAÇÃO JURISDICIONAL E PROTEÇÃO DA ESSÊNCIA DA REPÚBLICA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Federal da Bahia, em nível de Mestrado, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Manoel Jorge e Silva Neto.

Salvador - BA

2011

TERMO DE APROVAÇÃO

CHARLES SILVA BARBOSA

DIMENSÕES DO MÍNIMO EXISTENCIAL: ATUAÇÃO JURISDICIONAL E PROTEÇÃO DA ESSÊNCIA DA REPÚBLICA

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Público, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Professor Doutor Manoel Jorge e Silva Neto (Orientador)
Universidade Federal da Bahia

Professor Doutor Saulo José Casali Bahia
Universidade Federal da Bahia

Professor Doutor Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo Santos
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Salvador-BA, ___ de _____ de 2011

A todos aqueles que aguardam o seu ingresso no campo da dignidade e sofrem pelas violações aos valores republicanos.

Seit meinen ersten Semester bin ich immer Philosoph genug gewesen, um auch bei der Verarbeitung theoriegeschichtlicher, soziologischer, entwicklungspsychologischer, politologischer und rechtstheoretischer Fachdiskussionen den Bezug zu normativen Fragen der Selbstverständigung nicht zu vergessen.

(Desde meu primeiro semestre tenho sempre sido filósofo o suficiente, para, mesmo no âmbito das discussões técnicas, relacionadas às questões normativas da teoria histórica, sociológica, do desenvolvimento filosófico, da política e da teorização do direito, não esquecer a autocompreensão).

Jürgen Habermas

AGRADECIMENTOS

Quando se sonha com um mundo melhor e acorda-se com pessoas sofrendo à volta, conforma-se, por que sonhos são assim: exibem cenário de beleza e, depois, podem surpreender ou frustrar na vida real.

Quando se pensa racionalmente que o mundo pode ser melhor e percebe-se que pessoas seguem em sofrimento fora dos domínios da dignidade, a conformação não chega tão fácil e a decepção espreita. É assim a pesquisa acadêmica que pretende tratar do sofrimento alheio, principalmente quando tal sofrimento, um dia, em alguma medida, já fez parte da vida do pesquisador: as linhas não vazam impunemente. Escreve-se tanto e nada acontece. Pesquisa-se tanto e as pessoas seguem sofrendo. Para que?

Talvez seja aquela gota no copo vazio que parece nenhuma diferença fazer, mas talvez seja essa mesma gota sem a qual o copo não transbordará.

São essas as razões que, malgrado o peso do contato com o sofrimento alheio, fez-me pesquisar e escrever sobre tema tão caro e delicado ao convívio humano: o mínimo existencial.

Não devo delimitar meus agradecimentos ao espaço temporal do mestrado, mormente porque sou daqueles com boa memória e, também, na senda da sabedoria popular, procuro "escrever na areia o que de mal me impõem e esculpir em pedra o que de bom me fazem".

À minha amada família, especialmente minha esposa Kátia e meus filhos Caio, Beatriz e Bárbara, que souberam compreender-me nos constantes momentos de introspecção, abnegação e ausência. Aos meus pais Alfredo e Zeza e irmãos Ulisses e Bethânia, pela força, dedicação e carinho. Aos meus amigos Osvaldo Abreu, Dalton Andrade, Antônio Sérgio e tio Nininho, pela sua inestimável amizade e apoio.

Ao meu estimado orientador, Professor Manoel Jorge e Silva Neto, que me honrou com o magistério na graduação, cujas inesquecíveis lições jamais olvidarei. Cumpri, Professor, a promessa que então lhe fiz: serei seu aluno novamente. E agora, volto a prometer-lhe: serei seu aluno por mais uma vez. Foram suas lições e palavras, severas e recheadas de amizade, que me fizeram persistir e que me ajudaram a forjar a minha formação pessoal e profissional. Os signos linguísticos não logram transmitir a gratidão.

Ao Professor Doutor Sidney Madruga, por todo apoio e amizade. É com honra saliente que integro a sua assessoria no Ministério Público Federal, em que o contato diuturno me faz evoluir: todos os dias, chego com algo a me faltar e vou-me embora com algo a me completar. Não bastasse, é com grande emoção que lhe agradeço pelo esforço, no curto espaço de tempo e com a sua falta de tempo, na revisão final deste modesto trabalho. Também aqui, as palavras não logram seu desiderato.

Ao Doutor Cláudio Gusmão, meu eterno professor e de quem também fui, com sobressalente honra, assessor. O primeiro a dar-me o voto de confiança na vida profissional. Ao lado daquelas proferidas pelo Prof. Manoel Jorge, foram suas as palavras mais duras que ouvi durante a minha graduação e que, com segurança, ainda hoje, contribuem para a superação das minhas dificuldades. Poucas e frágeis palavras, para tanta gratidão.

Ao Doutor Gilberto Amorim, também meu eterno professor, pela sua inestimável contribuição e apoio no desenvolvimento dos primeiros passos da pesquisa acadêmica, bem como pela ajuda em momentos difíceis.

À Professora Doutora Mônica Aguiar, pelo incentivo e confiança depositados, especialmente na indicação de trabalho da minha lavra, produção intermediária na construção do presente estudo, para representar o Programa de Pós Graduação da UFBA no XIX CONPEDI, realizado na Universidade Federal do Ceará (UFC).

Aos meus professores do Mestrado da Universidade Federal da Bahia, Doutores. Saulo José Casali Bahia, Dirley da Cunha Junior, Rodolfo Pamplona Filho, Nelson Cerqueira e Ricardo Maurício Freire Soares, que foram de contribuição significativa para esta pesquisa e cujo exemplo acadêmico devo perseguir. E aos demais integrantes do corpo docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, pelo empenho no desenvolvimento no curso e na manutenção de sua excelência.

A todos os meus colegas do mestrado, em especial, Clara, Alexandre, Rosângela, Fábio Periandro e Guilherme Ludwig, dentre outros, pelas preciosas discussões acadêmicas e pelas inestimáveis contribuições.

Aos integrantes dos grupos de trabalho dos Congressos do CONPEDI, em que foram apresentados os três trabalhos que consubstanciaram idéias lançadas na presente pesquisa, pela atenção nas exposições e profícuas contribuições na construção dos argumentos.

Aos meus professores do Curso de Especialização em Direito Constitucional da UNISUL e do IDP, em especial Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Blanco, pela relevante contribuição para a minha formação acadêmica e pelo exemplo de dedicação no fortalecimento da comunidade jurídica.

Ao estimado Professor Cláudio Carvalho, pelo constante apoio, e aos meus prezados alunos e, em especial, orientandos, do Curso de Direito da Faculdade de Tecnologia e Ciências, pela constante provocação que, ao me exigir renovação diuturna do conhecimento, contribui para a minha formação acadêmica e profissional.

Por fim, a todos aqueles que, por falha minha, deixei de mencionar, mas que confiaram e apoiaram a realização deste estudo.

A todos, o meu sincero e emocionado, muito obrigado!

RESUMO

O presente estudo, orientado precipuamente pelo método fenomenológico, pretende enfrentar o problema das dimensões do mínimo existencial e sua relação com a essência do republicanismo. Examina-se a atuação jurisdicional na prevenção de condutas que subtraem dos indivíduos a acesso ao campo da dignidade. Busca-se dissociar o mínimo existencial do âmbito dos diretos sociais, para situá-lo em todas as possíveis relações dos indivíduos com o Estado. Sustenta-se a necessidade de proteção dos valores republicanos, especialmente a eletividade, a representatividade e a responsabilidade, para que seja obstada a ascensão ou retorno ao poder daqueles que já demonstraram o seu descaso com a coisa pública. Examinam-se as relações entre mínimo existencial, mínimo vital, reserva do possível e núcleo essencial. Defende-se a atuação responsável do Judiciário no preenchimento das lacunas decorrentes da omissão ou negligência do Legislativo e do Executivo, providência que deve ser levada a efeito por meio de decisões racionais e fundadas na técnica da ponderação. Ressalta-se a necessidade de deslocamento das decisões que envolvem o mínimo existencial do campo das lides individuais para o campo coletivo, seja por meio judicial ou extrajudicial, com o fim de impulsionar ações da Administração no sentido de construir soluções no campo orçamentário.

Palavras-Chave: Mínimo existencial. Republicanismo. Jurisdição. Separação de poderes. Dignidade humana.

ABSTRACT

This study was developed according to the phenomenological method and aims to discuss the problem of the existential minimum's multiple dimensions and its relationship to the essence of republicanism. It pretends to exam the jurisdictional role in the prevention of conducts that block the access of individuals to the field of dignity. The existential minimum must be analyzed in the scope of all relationship established between State and citizen and not only concerning the social rights. There is a need for protection of republican values, especially the electivity, representativeness and accountability, in order to prevent the rise or return to power of those who have demonstrated their indifference to public affairs. It is also examined the relationship between existential minimum, vital minimum, essential core and reserve of the possible. The principle of the separation of powers must be taken in its new dimension to allow the responsible actions of the Judicial Branch in order to fulfil the gaps left by the negligence or omission of the Legislative and Executive branch, especially in matters involving the existential minimum. The Judicial branch actions must be technically carried out through rational decisions based on the technique and weighting. The discussions involving existential minimum must be shifted from individual lawsuits to the class action field, whether by judicial or extrajudicial, in order to force the Administration to build solutions in the field of budget and insure the needed public policies.

Key-words: existential minimum. Republicanism. Jurisdiction. Separation of powers. Human dignity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 12

1.1 Problema: delimitação e justificativa social da pesquisa. 12

1.2 Pesquisa: marco teórico, objetivos e hipóteses 15

1.3 Método. Plano de dissertação. Opções metodológicas de facilitação 19

1.3.1 Sobre o método e o plano de dissertação 19

1.3.2 Opções metodológicas de facilitação 24

2 A FENOMENOLOGIA E OS PROBLEMAS DO MUNDO DA VIDA 28

2.1 Existencialismo e Essencialismo: distinção necessária 28

2.2 Da universalidade de fatos à universalidade de essências 31

3 O MÍNIMO EXISTENCIAL E A ESSÊNCIA DO REPUBLICANISMO 39

3.1 A importância dos valores republicanos na preservação da dignidade humana 39

3.2 A vontade de Estado 40

3.3 A ótica republicana e o pensamento de Maquiavel 50

3.4 Republicanismo e liberdade 52

3.4.1 O sentimento republicano e a liberdade como não dominação 52

3.4.2 Eletividade, periodicidade e responsabilidade 54

3.5 A essência da separação das funções estatais no Estado republicano 62

3.5.1 Origem remota da tripartição das funções estatais 62

3.5.2 Do príncipe soberano à limitação do poder estatal 66

3.5.3 A mutação do papel do Poder Judiciário sob a ótica da liberdade como não dominação 75

3.6 Ativismo Judicial – colisão entre o "argumento da competência" e o "paradoxo da democracia" 82

3.7 Cidadania, República e o direito ao mínimo existencial 90

3.7.1 Cidadania dos antigos e cidadania dos modernos – um breve olhar histórico. 91

3.7.2 Cidadania e inclusão 95

3.7.3 Cidadania, seleção natural e oportunidades 99

4 MÍNIMO EXISTENCIAL. TEORIA DOS PRINCÍPIOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 105

4.1 Mínimo existencial e mínimo vital – distinção necessária 105

4.2 A importância da Teoria dos Princípios na compreensão do mínimo existencial 106

4.3 Direitos Fundamentais, dignidade humana e mínimo existencial 113

4.3.1 Refletindo sobre os Direitos Fundamentais 114

4.3.2 A teoria republicana dos direitos fundamentais 123

4.3.3 O aporte de Alexy à teoria dos status de Jellinek 126

4.3.4 O mínimo existencial na teoria dos status 131

4.3.5 Direitos sociais e o mínimo existencial – distinções e os custos dos direitos 138

4.3.6 Conteúdo essencial dos direitos fundamentais e o direito ao mínimo existencial 144

4.4 Mínimo existencial e neoconstitucionalismo 149

4.5 O direito ao mínimo existencial e a oposição da reserva do possível 157

5 RACIONALIDADE DISCURSIVA E MÍNIMO EXISTENCIAL 163

5.1 Por uma argumentação jurídica racional 163

5.1.1 A Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy 163

5.1.2 A Teoria da Argumentação de Chäim Perelman 171

5.1.3 A natureza academicista das múltiplas e mútuas objeções 175

6 DIMENSÕES DO MÍNIMO EXISTENCIAL E A ATUAÇÃO JURISDICIONAL NA PRESERVAÇÃO DA ESSÊNCIA DA REPÚBLICA 179

6.1 Atuação jurisdicional na formação da representação republicana 180

6.2 Dos conflitos atomizados à tutela coletiva do mínimo existencial 202

6.3 A postura do Juiz e as violações ao mínimo existencial 215

6.4 Casuísticas adicionais que auxiliam a percepção da complexidade que envolve as dimensões do mínimo existencial 222

6.4.1 A demanda do protetor solar. Estado de São Paulo 222

6.4.2 O caso Viagra. Rio Grande do Sul 225

6.4.3 O caso do sistema prisional em Goiás – excesso do Judiciário? 227

6.5 Exame de prestação jurisdicional no campo do mínimo existencial à luz da argumentação jurídica 229

7 CONCLUSÃO 237

REFERÊNCIAS 247

APENDICE A – Individuo, Comunidade, Sociedade e Estado I

APENDICE B – O pensamento de Maquiavel – Breves incursões I

1 INTRODUÇÃO

1.1 Problema: delimitação e justificativa social da pesquisa.

As relações entre os seres humanos têm padecido, dia após dia, de compreensão. A indefinição do papel dos sujeitos, aliado ao individualismo que projeta o espírito cada vez ao interior de si mesmo, encarcerando-o em suas próprias angustias, limita a visão e dificulta a percepção do *outro*[1].

Se a interação entre as partes se torna mais complexa, essa complexidade é ainda mais incisiva na relação das partes com o todo, sobretudo porque, a um só tempo, "o todo é mais do que a soma das partes"[2], "o todo é menos do que a soma das partes"[3] e o "todo é mais do que o todo"[4].

Na sociedade em que o risco se mostra cada vez mais intenso e oponente ao controle, em que o sistema jurídico não capta os fatos e onde as regras cotidianas da vida parecem não mais se adequar às ações humanas[5], não é possível imaginar a completude do

---

[1] Para Habermas: "a 'solidariedade' fundada na condição de membro faz recordar o vínculo social que une a todos: um por todos. O igualitarismo implacável da 'justiça' demanda sensibilidade em face da diferença, que distingue um indivíduo do outro: cada um exige do outro o respeito a sua alteridade". No original: "Die auf Mitgliedsschaft begründete >>Solidarität<< erinnert an das soziale Band, das alle vereinigt: einer für den anderen ein. Der unerbittliche Egalitarismus der >>Gerechtigkeit<< fodert hingegen Sensibilität für die Unterschiede, die das eine Individuum Von anderen trennen: jeder verlangt vom anderem, in seiner Andersheit geachtet zu werden". (HABERMAS, Jürgen. *Die Einbeziehung des Anderen.* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, p. 19).

[2] "princípio bem explícito e, aliás, intuitivamente reconhecido em todos os níveis macroscópicos, visto que em seu nível surgem não só uma macrounidade, mas também emergências, que são qualidades/propriedades novas". (MORIN, Edgard. *Ciência com Consciência.* Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010, p. 261).

[3] "porque elas sob o efeito das coações resultantes da organização do todo, perdem ou vêem inibirem-se algumas das suas qualidades ou propriedades" (Ibidem).

[4] "porque o todo enquanto todo retroage sobre as partes, que, por sua vez, retroage sobre o todo (por outras palavras, o todo é mais do que uma realidade global, é um dinamismo organizacional". (Ibidem).

[5] "Contra las amenazas de la naturaleza exterior hemos aprendido a construir cabañas y a acumular conocimientos. Por el contrario, estamos entregados casi sin protección a las amenazas industriales de la segunda naturaleza incluída en el sistema industrial. [...] El reverso de la naturaleza socializada es la socialización de las destrucciones de la naturaleza, su transformación en amenazas sociales, económicas y políticas del sistema de la sociedad mundial superindustrializada. En la globalidad de la contaminación y de las cadenas mundiales de alimentos y productos, las amenazas de la vida en la cultura industrial recorren *metamorfosis sociales del peligro*; reglas cotidianas de la vida son puestas del revés. Los mercados se hunden. Domina la carencia en la superabundância. Se desencadean riadas de pretensiones. Los sistemas jurídicos no captan los hechos. Las preguntas más evidentes cosechan encogimientos de hombros. Los tratamientos médicos fracasan. Los edifícios científicos de racionalidad se viene abajo. Los gobiernos tiemblan. Los votantes indecisos huyen. Y todo esto sin que las consecuencias que suefren los seres humanos tuvieran algo que ver com sus acciones, sus daños com sus

conhecimento; tampouco se pode desenvolver pensamento simplificante e mutilante para conceber, de forma isolada e hermética, as diversas dimensões alcançadas pelo espírito humano.[6] "Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma".[7]

Nesse cenário, as provocações se multiplicam, pelo que surge uma miríade de questões a reclamar respostas, as quais, por sua vez, quando acabadas, já não mais se prestam a solucionar os problemas.

Se é verdade, como sustenta Hesse, que "o significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto e no seu condicionamento recíproco"[8], de que maneira conciliar os riscos, o pensamento mutilante, a incompletude do conhecimento e a fragilidade das normas com a necessidade cada vez mais crescentes de solução dos problemas da humanidade?

Dado o distanciamento das partes e do todo – induzido em grande medida pela compostura individualista da sociedade contemporânea, agravada pelas condutas desviantes que insistem em privilegiar, de forma ilegítima, e até ilícita, grupos de poder –, como deslocar o centro da atenção para o *outro*[9]?

O que significa para aqueles que ainda não alcançaram os domínios da dignidade – aos quais é negada a realização do direito ao mínimo existencial –, a evolução da teoria dos

---

obras, y mientras para nuestros sentidos la realidade no *cambia* en absoluto". *(*BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo.* Barcelona: Paidós, 1998, p. 13-14.). (grifos no original).

[6] "Acontece que o problema da complexidade não é o da completude, mas o da incompletude do conhecimento. Num sentido, o pensamento complexo tenta dar conta daquilo que os tipos de pensamento mutilante se desfaz, excluindo o que eu chamo de simplificadores e por isso ele luta, não contra a incompletude, mas contra a mutilação. Por exemplo, se tentarmos pensar no fato de que somos seres ao mesmo tempo físicos, biológicos, sociais, culturais, psíquicos e espirituais, é evidente que a complexidade é aquilo que tenta conceber a articulação, a identidade e a diferença de todos esses aspectos, enquanto que o pensamento simplificante separa esses diferentes aspectos, ou unifica-os por uma redução mutilante.". (MORIN, Edgard. *Ciência com Consciência.* Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010, p. 176).

[7] BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Constituição e Crise Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

[8] HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição.* Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAF, 1991, p. 13.

[9] Ortega y Gasset leciona que: "Mas para que haja convivência é mister sair daquele simples estar aberto ao outro, ao *alter,* e que chamávamos de altruísmo básico do homem. Estar aberto ao outro é algo passive: é preciso que, sobre a base de uma abertura, eu atue sobre ele e ele me responda ou me reciproque". (ORTEGA y GASSET, José. *O homem e a gente.* 2. ed Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, 1973).

direitos fundamentais, a virada hermenêutica, lingüística e pragmática, o programa constitucional e o neoconstitucionalismo?

Com que intensidade a "carência na superabundância", referida por Beck – leia-se, superabundância (como desperdício) de uns poucos a custas da carência de muitos –, autoriza a releitura das relações entre os poderes estatais, bem assim do papel do Estado, da sociedade e dos indivíduos na solução dos graves problemas de ordem distributiva?

Nessa perspectiva, qual seria o limite a ser observado para a correção dos desvios? Em palavras outras, em que medida o Poder Judiciário pode interferir nas decisões do Executivo e do Legislativo[10], quando em jogo o direito ao mínimo existencial?

Conquanto não existam respostas satisfatórias a tais indagações – em especial porque o dinamismo que opera na mutação dos fatos impede qualquer tentativa de solução adequada –, vislumbra-se a possibilidade de atuação tendente a minimizar problemas e a promover, de alguma maneira, a humanização das relações aviltadas pela indignidade.

Dessa sorte, a relevância social de qualquer pesquisa que pretenda destacar a importância de cumprimento pelo Estado do programa constitucional de proteção ao mínimo existencial se explica semanticamente: sem o atendimento das necessidades básicas dos indivíduos não há falar em dignidade; ausência que faz ruir as muralhas do Estado e da sociedade, que a tem por base e fundamento.

Problematiza-se, portanto: Como evitar o constante crescimento do número de demandas judiciais que objetivam garantir o acesso ao mínimo existencial e aparelhar o Estado para que se antecipe e previna o sofrimento dos indivíduos? Como antecipar medidas que reduzam essa exagerada atomização dos conflitos, que, muitas vezes, projeta o Judiciário ao campo das críticas fundadas no denominado ativismo?

A busca por possíveis soluções para esse problema exige que se estabeleçam sólidas balizas epistemológicas.

Malgrado se defenda a legitimidade, inclusive democrática, da atuação do Estado juiz no controle das ações do Executivo e do Legislativo, mormente em relação à destinação de recursos públicos, a pesquisa não comporta, em atenção ao seu corte epistemológico, aprofundamentos sobre a intervenção do Judiciário no orçamento e nas políticas públicas.

Pretende-se, na verdade, examinar hipóteses que tratem da redução desse crescente papel do Judiciário, que se orienta a viabilizar o projeto constitucional por meio do

---

[10] Como adverte Manoel Jorge e Silva Neto: "A sociedade pós-moderna, plena em conflitos, contradições e desigualdades de toda ordem, busca incessantemente a conferência de legitimação ao Estado, sem o que o modelo escolhido não subsiste". (SILVA NETO, Manoel Jorge da. *O Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional*. São Paulo: LTr, 1999, p. 70.).

preenchimento de lacunas deixadas pelo Executivo e Legislativo. Busca-se, pois, refletir sobre providências que possam reduzir a intervenção no exercício de funções típicas alheias, porquanto esta circunstância – decerto que mal necessário, notadamente em países periféricos – revela certo colapso da maquina estatal.

Nada obstante, não se descuida de referir que, enquanto os representantes do povo não se dignarem a preservar e a proteger o direito ao mínimo existencial, tal circunstância sempre importará em autorização constitucional para atuação judicial responsável, no sentido de viabilizar o ingresso dos indivíduos no campo da dignidade.

Em suma, o problema – que traz em si a justificação –, para além de versar sobre o combate às violações à dignidade decorrentes da inacessibilidade ao mínimo existencial, envolve, principalmente, a preparação do Estado na prevenção de tais lesões.

1.2 Pesquisa: marco teórico, objetivos e hipóteses

As reflexões em torno da problematização determinam que se compreenda o mínimo existencial como direito multidimensional a habitar diversos campos da atuação estatal e a demandar ações e abstenções por parte do Estado, da sociedade e dos indivíduos, tudo em vista a permitir o ingresso do ser humano no campo da dignidade.

Com essa orientação, fixa-se o seguinte marco teórico: o Estado como um espaço para práticas republicanas, em que se desenvolve e protege-se a "liberdade como não dominação"; vale dizer, a absoluta proibição de ações arbitrárias, de um lado, e a incisiva exigência de interferências legítimas, tendente a garantir a liberdade dos indivíduos, de outro.[11]

[11] O conceito republicano de "liberdade como não dominação" é desenvolvido por Philip Pettit: "Essa concepção é positiva, na medida em que exige a ausência de dominação por outros, não necessariamente a presença de autodomínio, seja lá o que ele possa envolver. A concepção é positiva, na medida em que, pelo menos em um aspecto, faz-se necessário algo mais do que a abstenção de interferência; é dizer, requer-se segurança contra interferências, em particular contra a interferência arbitrária. Creio que esta concepção republicana de liberdade, essa concepção da liberdade como não dominação, é de grande interesse na teoria política, pelo que revela-se importante colocá-la sobre a mesa nas discussões atuais". No original: "This conception is positive to the extend that it requires the absence of domination by others, not necessarily the presence of self-mastery, whatever that is thought to involve. The conception is positive to the extend that, at least in one respect, it needs something more than the absence of interference; it requires security against interference, in particular against interference on an arbitrary basis. I believe that this republican conception of freedom, this conception of freedom as non-domination, is of the greatest interest in political theory, and that it is important to put it back on the table in current discussions". (PETTIT, Philip. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government.* New York: Oxford University Press, 1997, p. 51).

Sobre essa perspectiva teórica são construídas as hipóteses de trabalho, que adiante se expõem:

- No panorama de violações presente no Estado brasileiro, a construção do discurso judicial em defesa da liberdade sob a ótica da não dominação apresenta-se como meio apto a viabilizar as ações do Ente político e a corrigir condutas que insistem em negar concretude ao programa constitucional;
- Por meio da atuação do Ministério Público, da Advocacia e da Defensoria Pública, no campo extrajudicial e judicial, viabilizam-se respostas que, em um primeiro momento, podem até ser compreendidas como agressivas à autonomia do Executivo e do Legislativo, mas que se revelam absolutamente necessárias à solução – em alguns casos, decerto que imediata e transitória – dos graves problemas que deslocam o Estado do cumprimento da sua principal função: garantir possibilidades, ainda que mínimas, de subsistência dos indivíduos, de modo a viabilizar o ingresso no campo da dignidade;
- Revela-se indispensável a pressão judicial no realinhamento do Executivo e Legislativo ao programa constitucional, missão a ser desenvolvida no âmbito das situações que obstaculizam o bom desenvolvimento do Estado;
- A falência da representação é a primeira falha estrutural que atinge a finalidade do Estado republicano, especialmente no que se refere à proteção das condições mínimas de subsistência dos indivíduos;
- Quanto mais efetiva a atuação judicial na formação dos demais poderes (órgãos eletivos), mais reduzida será a necessidade de posterior ação tendente a corrigir os desvios de conduta;
- O lócus de debate sobre o mínimo existencial é o orçamento e não as lides judiciais, que, nada obstante, colocam-se como meios aptos a minorar sofrimentos e a viabilizar a recolocação do Estado nos trilhos do republicanismo e da liberdade como não dominação;
- É preciso perceber as diversas dimensões do mínimo existencial, para que se possa, de forma ampla, combater, nos diversos campos estatais, as práticas que tendam a ameaçar o alcance pelo indivíduo das condições mínimas de existência digna.

Com essa linha de hipóteses é que se constrói o objetivo geral da pesquisa, forjado sobre três compreensões, a saber:

Demonstrar: a) que a garantia do direito ao mínimo existencial não se contenta com batalha com *front* exclusivamente localizado na tutela jurisdicional de direitos mínimos, lesados pela omissão ou ação estatais; b) que diversas são as fatalidades que decorrem desta

providência tardia, considerado que, nos casos concretos, por muitas vezes, não há tempo hábil para elidir ou até mesmo reparar a lesão, o que enseja perdas irreparáveis; c) a necessidade de se intensificar ações preventivas, de ordem judicial e extrajudicial, tendentes a construir um Estado capaz de viabilizar a inclusão dos indivíduos no campo da dignidade, fato que, a toda evidência, reduziria a provocação da jurisdição no particular e tornaria extremamente restrito o debate sobre o denominado ativismo judicial.

Na persecução ao cumprimento desse objetivo maior, a pesquisa se lança às etapas intermediárias (objetivos específicos), que envolvem reflexões teóricas e práticas, destinadas a situar institutos, mas também a desvelar os percalços que obstaculizam a concretude do programa constitucional de preservação da dignidade humana.

São eles:

- Estudar as relações entre indivíduo, sociedade e Estado com vistas a perceber sua importância na compreensão do que se denominam condições mínimas para existência digna;
- Demonstrar que a proteção do direito ao mínimo existencial se inicia com a preservação dos pilares republicanos da eletividade, da representatividade e da responsabilidade, sem os quais a liberdade como não dominação resta significativamente abalada, circunstância que desnatura o republicanismo em sua própria essência;
- Ressaltar a importância da atuação preventiva do Ministério Público, da Advocacia e do Judiciário na formação da representação popular, direcionada a impedir a ascensão ao poder daqueles que já demonstraram seu absoluto descaso para com a coisa pública;
- Sustentar que a envergadura axiológica da coisa pública possui aptidão para afastar o direito político individual de representação popular, sempre que esse exercício oferecer risco de lesão aos interesses comunitários, especialmente no que toca ao mínimo existencial;
- Refletir sobre os aportes oferecidos por Robert Alexy à teoria do status de Georg Jellinek[12], com o objetivo de se sustentar que não há relação de exclusividade possível entre o direito ao mínimo existencial e qualquer espécie de direitos fundamentais, ainda que

[12] Alexy adverte que Jellinek situa a pretensão ao não impedimento em face das autoridades do Estado (*Anspruch an die Staatsbehörden auf Nichthindern*) no âmbito do *status* positivo dos indivíduos, como qualquer outra pretensão específica de ação do Estado, fato que se encontra de acordo com a concepção de *status* negativo, mas que, todavia, colide com a própria tese de Jellinek, segundo a qual o conteúdo dos direitos no *status* positivo é integrado por "uma ação positiva do Estado" (*ein positives Tun des Staates*). Propõe, portanto, à luz da teoria das posições jurídicas fundamentais, classificação do *status* negativo e positivo em *status* negativo e positivo, em sentido amplo e em sentido estrito.

se possa observar sua estreita conexão com os direitos sociais, sobretudo em sociedades marcadas pela desigualdade ilegítima;

- Compreender que a falência da representatividade contribui para a crescente necessidade de posterior ação judicial tendente a corrigir os desvios de conduta no campo da execução das funções do Estado, em especial pelo fato de que, como sustenta Clara Cardoso Machado, o "dirigismo irresponsável do Poder Judiciário pode destruir o equilíbrio sistêmico das dotações orçamentárias e inviabilizar o desenvolvimento do Estado"[13].

- Descortinar a fragilidade das críticas ao ativismo judicial, construídas precipuamente com fundamento no princípio da separação dos poderes;

- Discorrer sobre a importância da teoria dos princípios, dos direitos fundamentais e da argumentação jurídica na construção do discurso da liberdade como não dominação, notadamente para a proteção do direito ao mínimo existencial e ingresso dos indivíduos nos domínios da dignidade;

- Desvelar a natureza academicista das críticas que envolvem as diversas teorias que se debatem no campo dos princípios e da argumentação jurídica, com vistas a sustentar que a atuação jurisdicional responsável não prescinde do domínio das técnicas – e, portanto, exigem especialização adequada dos magistrados –, sob pena de se subverter o processo interpretativo, empreender-se ponderação em abstrato e dobrar-se aos domínios do subjetivismo.

Postos tais objetivos específicos, cumpre salientar que o referido "dirigismo irresponsável" reflete a condição humana mesma, já que decorre das falhas no ato de julgar, da inobservância dos postulados e princípios que devem conduzir a ação jurisdicional, em tempos de severa complexidade das relações. O subjetivismo, as pré-compreensões ilegítimas, a ausência de cultura política, a proporcionalidade em abstrato, dentre outros fatores, ensejam decisões que, se, de um lado, podem promover (ou não) a justiça entre as partes, de outro, representam séria violação à justiça distributiva.[14]

No Estado Democrático, a preservação da vontade do povo passa por debate amplo, que envolve a responsabilização de toda a sociedade. Todavia, para que o debate produza os efeitos devidos, faz-se necessário viabilizar a inclusão daqueles que, desprovidos

---

[13] MACHADO, Clara Cardoso. *Direitos Fundamentais Sociais, Políticas Públicas e Controle Jurisdicional do Orçamento*. Dissertação de Mestrado – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2010.

[14] Há que se por em relevo a lição de Miguel Reale, para quem "a justiça distributiva esclarece-nos sobre aquilo que o todo deve às partes, mas há a necessidade de se esclarecer e de se discriminar também aquilo que as partes devem ao todo". (REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 641).

de condições mínimas de subsistência, servem de verdadeira massa de manobra para indivíduos cuja sobrevivência política depende das reiteradas, e jamais cumpridas, promessas de realização dos direitos básicos de subsistência.

Repise-se que o debate sobre o acesso ao mínimo existencial é muito mais adequadamente localizado na seara do orçamento do que no gabinete dos Juízes, em que a microjustiça poderá ser agressiva à macrojustiça. Entretanto, ao que parece, a atuação do Poder Judiciário, ainda que de forma considerada agressiva, constitui etapa fundamental, caminho inarredável para a construção de cultura constitucional no âmbito do Legislativo e do Executivo, especialmente no desenvolvimento responsável das políticas públicas necessárias ao cumprimento do programa estabelecido na Constituição.

A prolação de decisões fundadas em argumentos racionais, distanciadas do subjetivismo irresponsável, lastradas no sopesamento técnico do "argumento da competência" e do "paradoxo da democracia"[15] deverá ser uma das alternativas para a redução do inexorável sofrimento pelo qual passa a sociedade brasileira – notadamente os excluídos sociais – no caminho para a consolidação da democracia e dos valores republicanos.

É preciso, enfim, trazer o Estado aos trilhos do republicanismo.

1.3 Método. Plano de dissertação. Opções metodológicas de facilitação

1.3.1 Sobre o método e o plano de dissertação

Questão movediça que se coloca ao pesquisador refere-se à escolha do(s) método(s) a ser(em) observados no desenvolvimento da pesquisa.

[15] Saulo Casali Bahia afirma que o interprete deve recorrer à ponderação entre o "argumento da competência" e o "paradoxo da democracia" para decidir se o Judiciário deve – e em que medida – ou não, diante de determinado caso concreto, ingressar na órbita das funções legislativa ou executiva, para determinar prestação tendente a proteger determinado bem jurídico. Sustenta, pois, que o eventual prejuízo à "separação dos poderes" deve ser devidamente justificado pela idoneidade, necessidade e importância da realização do direito fundamental presente na espécie. (BAHIA, Saulo José Casali. *O Poder Judiciário e a efetivação dos direitos fundamentais.* In: CUNHA JR., Dirley da; DANTAS, Miguel Calmon (coord.). *Desafios do Constitucionalismo Brasileiro*. Salvador: Edições *Jus*Podivm, 2009).

De Descartes a Fayerabend, as opções são diversas e os caminhos numerosos[16], circunstância que torna a opção deveras dificultada, uma vez que não há substância que resista às falhas metodológicas, já que a percepção do pesquisador é, em grande medida, influenciada pelos postulados que lhe são colocados pelo(s) método(s) escolhido(s).

O fato é que não há "o método" apto a, isoladamente, oferecer segurança necessária à investigação. Ainda que se pense estar a utilizar um único, o exame mais detido revelará traços das demais correntes metodológicas que, de forma inconsciente, são necessariamente tocadas, sob pena de subalternização da pesquisa pelos problemas cada vez mais complexos, colocados pela sociedade do risco.

Na verdade, há uma correção a se fazer: existe sim a possibilidade de adoção de método único, desde que não se pretenda com a investigação contribuir para o avanço da ciência na solução dos problemas da vida. A dissociação da realidade é, pois, amiga desse tipo de pesquisador e inimiga da sociedade.

Pensar a pesquisa em direito sem vocação para a solução dos graves problemas que afligem os indivíduos no mundo contemporâneo – especialmente no cenário de extrema desigualdade que se vivencia no Brasil – é chegar ao ponto de extremar o egoísmo e o individualismo, marca que hoje só se admite quando ausente a sensibilidade humana e a incapacidade de percepção do *outro*.

A absoluta necessidade deste pesquisador no aproveitamento da pesquisa para melhor refletir sobre graves problemas que atingem o humano conduziram à opção pelo método fenomenológico, fundado nas idéias de Edmund Husserl, o que exigiu severa incursão na universalidade das essências, considerada a marca da liberdade que prepondera nas idéias husserlianas.

Decerto que, depois de algum contato, a fenomenologia mostrou-se, não só sob o ponto de vista técnico, mais estilo de comportamento do que, propriamente, método de investigação. Todavia, é comportamento que conduz ao método, já que, para Husserl, pensar é identificar.[17]

---

[16] "A ciência é um empreendimento essencialmente anárquico: o anarquismo teórico é mais humanitário e mais apto a estimular o progresso do que suas alternativas que apregoam a lei e a ordem". (FEYERABEND, Paul. *Contra o Método*. Trad. Cesar Augusto Mortari. São Paulo: UNESP, 2007, p. 25.).

[17] A esse propósito, importa destacar a síntese desenvolvida por Daniel Augusto Moreira: "Dizer então que a consciência é intencional significa dizer que **toda consciência é consciência de algo.** A consciência não é uma substância, mas uma atividade constituída por atos (percepção, imaginação, volição, paixão, etc.) com os quais visa algo. A intencionalidade é de natureza lógico-transcendental, significando uma possibilidade que define o modo de ser da consciência como um transcender, como o dirigir-se a outra coisa que não é o próprio ato de consciência. Se a consciência é intencionalidade, só pode ser analisada em termos de sentido. A consciência não é coisa, mas aquilo que dá sentido às coisas. O sentido não se constata à maneira de uma coisa, mas se interpreta.

Diante do desafio, em estrada sem retorno, a primeira necessidade da pesquisa fora a construção de porção textual específica, em que, de forma extremamente sumária e concisa, verteram-se postulados do pensar fenomenológico, para, como um porto seguro, viabilizar a correção de rumos, sempre que o pesquisador fosse tentado pela superficialidade, que fragiliza e atrai a sedução pelos indesejáveis atalhos acadêmicos.

Nasceu, assim, o primeiro capítulo, sob o título: *A Fenomenologia e os Problemas do Mundo da Vida*, que, ao lado do orientador, consubstanciou guia para retorno à terra firme, bem assim para o restabelecimento do compromisso assumido. As leituras e releituras, além de trazer de volta a percepção, a capacidade de intuição consciente, não raro projetavam o pesquisador ao campo concentrado das incertezas e das dúvidas, do qual não se escapava sem o retorno às origens.

Muitas vezes, o sentido do texto se modificava para revelar que, em algum ponto, a compreensão estava perdida. Mais tarde, percebia-se que não era o sentido, mas o próprio signo lingüístico que descortinava a corrupção e a traição perpetrada pelo pesquisador, decerto que sem intenção, mas por suas fraquezas e dificuldades interpretativas.

Essa falência impôs, por diversas vezes, o retorno ao referido capítulo, não para dela se alimentar, mas para remove-lhe o câncer lingüístico ou oferecer-lhe tratamento para curar-lhe da enfermidade semântica, decorrente da incompreensão sobre o método fenomenológico.

Rescrito e renomeado por inúmeras vezes, no exato momento que se escreve esta última parte do trabalho, o pesquisador se apercebe das falhas remanescentes, que tão somente comprovam a imperfeição humana, com a qual deverá, de forma sempre crescente, conviver.

Não obstante as falhas, sem ele seria o caos.

A coleta de diversos materiais alusivos às demandas judiciais nas mais distintas searas – tomadas como fenômenos –, a sua colocação em suspensão, submetendo-as à redução fenomenológica e eidética, foi opção abraçada, sempre com vistas a identificar traços do direito ao mínimo existencial em sua essência.

Empreendeu-se exame casuístico e amplo, para o qual foi imprescindível o auxílio do método tópico-problemático, sem o qual a escolha dos fenômenos, bem como sua classificação, mostrar-se-ia deveras frágil e dificultada.

É a consciência que faz o mundo aparecer como fenômeno, como significação, pelo fato de ser um *cogitatum* intencionado pelo sujeito". (MOREIRA, Daniel Algusto. *O Método Fenomenológico da Pesquisa.* São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2004, p. 85). (grifos no original).

É que o mínimo existencial enseja diversas compreensões: muitas vezes tomado por absolutamente indeterminado, mas também confundido com direitos sociais, além de, não raro, ser considerado como passível de construção abstrata e, outras vezes, observado como vinculado de forma exclusiva a direitos individuais.

Na verdade, em sua essência, o mínimo existencial possui caracteres incompatíveis com todas essas visões, supondo-se que tomadas de maneira isolada e absoluta.

A investigação sobre os casos submetidos pelo Ministério Público e pela Advocacia ao crivo da Magistratura seguiu seu curso, com as dificuldades naturais da investida. A pesquisa se agigantava e as conclusões lançavam o pesquisador mais adentro do tortuoso universo da insegurança, até que em meio às diversas reduções remanesceu uma das primeiras essências reveladas pela pesquisa, justamente aquela que viria a ser o marco teórico capital.

Era preciso, pois, abandonar a percepção limitada de mínimo existencial, para visualizar em sua essência a razão maior da existência do Estado, qual seja, a de viabilizar aos indivíduos as condições para alcançar a felicidade. Esse desiderato não se atinge sem que seja garantida a absoluta ausência de dominação arbitrária.

Foi assim que, com lastro no pensamento de Philip Pettit, produziu-se a primeira grande parte do núcleo da pesquisa, materializada no capítulo: *O Mínimo Existencial e a Essência do Republicanismo*.

Com suporte no marco teórico da "liberdade como não dominação", tão bem delineado por referido autor, o material até então classificado parecia encontrar convergência racional e segura, fundado na idéia de que é inviável falar em "não dominação" se, em todos os espaços do Estado republicano – em acepção de prevalência do todo sobre a parte e não de oposição ao Estado monárquico – não se garante aos indivíduos a realização do direito às condições mínimas de subsistência digna.

A dominação cresce na direta razão em que se multiplicam as violações ao mínimo existencial, o que enseja o afastamento da liberdade e a instalação da arbitrariedade, que, quando não impedem o ingresso do indivíduo nos domínios da cidadania (ampla), retira-lhe a sua conquistada condição de cidadão da República, transformando-o em mero habitante do Estado.[18]

---

[18] Tal distinção entre cidadão e habitante se destaca dos conceitos de povo e população, no sentido de que, esta última é "conceito abrangente, se comparado com 'povo', preocupa-se com o aspecto econômico e demográfico", enquanto que o primeiro "pode ser designado como expressão da cidadania", conforme leciona Marcelo Figueiredo (SANTOS, Marcelo Fausto Figueiredo. *Teoria Geral do Estado.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 38.).

Sob a orientação de que o espaço republicano é marcado pela liberdade como não dominação, um lócus em que os indivíduos não são submetidos a regras arbitrárias, seja por ação ou omissão do Estado ou de outros indivíduos, construiu-se a argumentação necessária para defender o papel desempenhado pelo Judiciário no Estado democrático, bem assim a importância irremovível das funções essenciais à administração da Justiça, nomeadamente o Ministério Público, a Advocacia e a Defensoria Pública.

Buscou-se dissociar o mínimo existencial do campo dos direitos a algo, para intuir a sua essência de maneira a perceber a própria essência do republicanismo, o que justifica o esforço de desmistificar a utilização do simbolismo que emana do princípio da separação dos poderes, decorrente da ausência de atualização histórica, nas críticas ao ativismo judicial.[19]

A dissociação é aprofundada com lastro na teoria do *status*, considerados os aportes de Alexy em relação às "posições jurídicas fundamentais", providência de que se ocupa o capítulo: *Mínimo Existencial. Teoria dos Princípios e dos Direitos Fundamentais,* em que, ademais, realiza-se breve digressão histórica e busca-se discutir relações entre *mínimo existencial, mínimo vital, núcleo essencial, reserva do possível e neoconstitucionalismo.*

Os problemas de atuação judicial, decorrentes de interferência despropositada e atécnica, que, além de ofender o "argumento da competência", não se pautam pelo "paradigma da democracia", ensejam absoluta impossibilidade de realização do projeto constitucional.

Essa cena chega às raias do irracionalismo. A proporcionalidade simulada, a ponderação em abstrato, a ausência de técnicas de argumentação racional, transformam o ato de decidir no *habitat* do subjetivismo individualista, em que as pré-compreensões, em lugar de integrar o *iter interpretativo,* transformam-se no próprio resultado da interpretação.

Foram essas as razões que conduziram à construção de capítulo: *Racionalidade Discursiva e Mínimo Existencial,* em que se discorre sobre o discurso racional, a partir das teorias e posições que se debatem neste campo. Preocupou-se em descortinar os academicismos que marcam as críticas e em demonstrar a absoluta necessidade de atenção às regras do discurso, para que se possa evitar a tentação do subjetivismo judicial.

Percebeu-se que essa discussão, considerando-se a aplicação prática que se lhe pretendia oferecer, restaria melhor localizada em posição imediatamente anterior ao capítulo

---

[19] Andréas Krell refere que tal simbolismo enseja "efeito paralisante às reivindicações de cunho social", o que determina seja o princípio da separação dos poderes "submetido a uma nova leitura". (KRELL, Andreas J. *Direito Social e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (dês) caminhos de um direito constitucional comparado"*. Porto Alegre: SAF, 2002, p. 88.).

final, com o qual se objetiva adentrar mais intensamente questões de natureza prática, considerando-se que o emprego do discurso racional é providência inarredável.

Por fim, o último capítulo: *Dimensões do Mínimo Existencial. Atuação Jurisdicional na Preservação da Essência da República,* que, como já se antecipou, tem a missão de adentrar com maior força os problemas que assolam o Estado e que violam os postulados do republicanismo.

Malgrado os capítulos anteriores contenham referências ao mundo dos fatos – sem as quais perderiam parte do seu sentido –, a última porção do estudo pretende fortalecer o exame dos casos concretos, com vistas a analisar providências preventivas e corretivas, necessárias à correção dos rumos da República, especialmente na observância dos subprincípios da representatividade, da eletividade e da responsabilidade. Demonstra-se, também, a nítida afinidade do mínimo existencial com os direitos coletivos, o que determina o deslocamento da discussão das lides individuais para plano mais amplo a envolver toda a sociedade.

A mensagem que se deseja transmitir é que a realização do mínimo existencial, sob a ótica ampla e coletiva, não é alcançada nas trincheiras judiciais. Todavia, compreende-se que, a atuação jurisdicional, especialmente a preventiva, representa caminho inafastável para recolocação do Estado nos trilhos do republicanismo e da realização do projeto constitucional, âmbito em que a interferência do Poder Judiciário no exercício das funções típicas do Executivo e do Legislativo deve se tornar cada vez menos necessária.

1.3.2 Opções metodológicas de facilitação

Este item destina-se a esclarecer ao examinador acerca de algumas opções metodológicas, que foram abraçadas com o objetivo de facilitar o diálogo com o texto e permitir leitura mais fluida. Explica-se.

Considerado o significativo número de obras em idioma estrangeiro, para as quais – à exceção da obra *Sein und Zeit* (Martin Heidegger), que foi manejada no original e em sua tradução publicada pela editora Vozes –, desenvolveu-se tradução própria, optou-se por incluir no corpo do trabalho o texto traduzido e, para prevenir eventual falha de compreensão, reproduziram-se, em nota, os segmentos originais, em especial para que se permita ao

examinador, caso assim o deseje, dialogar com a fonte primária, em doação, ao menos, secundária.

Somente não se procedeu dessa maneira, para todos os casos, com relação às obras em idioma espanhol, já que, pela proximidade com o português, não chega a provocar interrupção significativa no desenvolvimento da leitura.

Privilegiou-se, de forma intensa, a rica e vasta produção dos autores pátrios, empreendendo-se, todavia, incursão na doutrina estrangeira sempre que se percebia a necessidade de ampliação do diálogo acerca de determinada questão. Por esta razão, observando-se a velha máxima italiana do tradutor-traidor (*traduttore*, *traditore*) buscou-se, dentro dos limites de tempo e espaço, as obras no original.

É que, por mais que o tradutor incorpore o nobre objetivo de ser fidedigno às palavras do autor, as pré-compreensões podem conduzir a vícios e imprecisões aptos a projetar a tradução, mais além do que o devido, para o campo da interpretação, o que retira do pesquisador a possibilidade de compreensão original.

Outro ponto a se explicar é que, durante muito tempo, o tecnicismo científico chegou ao extremo na área jurídica para entender que a referência em trabalho acadêmico a obras não científicas seria um desqualificativo a depor contra a higidez da produção. Oxalá que, em tempos de Estado democrático, onde se pauta a interpretação na compreensão de "Constituição enquanto processo público (*verfassung als öffentliche Prozess)*[20], tal concepção seja, com predomínio, considerada vetusta, já que não se pode dissociar o texto da constituição da realidade ampla, nem sempre plasmada de maneira científica.

Por isso mesmo, o presente estudo, com o fim de demonstrar teses abraçadas, traz notícias, obtidas em fontes fidedignas, que reproduzem fatos sociais e jurídicos, difundidos pela imprensa nacional, seguimento reconhecido como fundamental à sociedade democrática.[21]

---

[20] Expressão cunhada por Peter Häberle em sua formulação da Sociedade Aberta: "[...] todos estão inseridos no processo de interpretação constitucional, até mesmo aqueles que não são diretamente por ela afetados. Quanto mais ampla for, do ponto de vista objetivo e metodológico, a interpretação constitucional, mais amplo há de ser o círculo dos que delas devem participar. É que se cuida de Constituição enquanto processo público (*verfassungs als öffentliche Prozess*)". (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução Brasileira de Mendes, Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Sérgio António Fabris Editor, 1997, p. 32.).

[21] Nas palavras de Carlos Ayres Brito: "Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados. O § 5º do art. 220 apresenta-se como norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários.". In: BRASIL. STF. ADPF n. 130/DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em 03 ago. 2010.

A seu turno, os documentos obtidos na rede mundial de computadores possuem como fonte *sites* de comprovada idoneidade, a saber: a) Decisões judiciais: páginas dos Tribunais pátrios ou do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha; b) Normativos: páginas governamentais, do Brasil, Bolívia e Itália; c) Notícias: páginas seguras e reconhecidas, tais como Revista Época, Agência Senado, Ordem dos Advogados do Brasil, Tribuna Catarinense, dentre outros. Ademais, foram realizadas cópias de segurança de toda a documentação colhida e referenciada.

Além dos ajustes decorrentes das orientações prévias do orientador, Professor Manoel Jorge e Silva Neto, foram também incorporadas todas as suas observações, bem assim do Professor Saulo José Casali Bahia – nos limites de compreensão deste pesquisador –, aviadas durante o exame de qualificação, que permitiram melhor desenvolvimento da pesquisa jurisprudencial e da relação entre o republicanismo e o mínimo existencial.

De igual sorte, referidas contribuições levaram ao recorte dos estudos acerca das relações entre individuo, comunidade, sociedade e Estado, bem como dos aprofundamentos sobre o pensamento de Maquiavel, o que ensejou a construção de dois apêndices, com a identificação: a) Apêndice A – *Individuo, Comunidade, Sociedade e Estado*; b) Apêndice B – *O pensamento de Nicolau Maquiavel – Breves Incursões*.

É que a compreensão das bases do Estado republicano demandou exame de referidas relações, bem assim investigação mais profunda da obra do Secretário florentino[22], que, ao final, malgrado sua extremada importância na construção do texto principal, revelaram-se periféricos e que, portanto, importavam em excessiva digressão em relação ao norte discursivo da pesquisa.

Por fim, malgrado seja comum que as introduções dos trabalhos acadêmicos não contenham notas de rodapé – situação que, ao menos pelo conhecimento deste pesquisador, não advém de regra específica, mas de prática reiterada e transmitida –, optou-se por incluí-las, uma vez que existem expressões e termos, que, além de exigirem o crédito a suas fontes, encerram conteúdo valorativo que dependem de explicação adicional, sem a qual careceria de precisão a mensagem que se deseja transmitir.

Concluídas estas notas explicativas, que, em apertada síntese, objetivaram esclarecer acerca das diretrizes de construção do presente estudo, passa-se a tratar da importância da fenomenologia para a solução dos problemas do mundo da vida, para, em

[22] Como obtempera Marcelo Figueiredo: "[...] o legado do autor se faz presente em outras análises, como no comportamento do governante e dos governados, nas técnicas de poder etc., temas que não envelhecem por sua utilidade sempre presente.". (SANTOS, Marcelo Fausto Figueiredo. *Teoria Geral do Estado.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 56.).

seguida, ingressar nas discussões que pretendem despertar para o fato de que a proteção do direito ao mínimo existencial é missão que depende direta e precipuamente da preservação da essência da República.

2 A FENOMENOLOGIA E OS PROBLEMAS DO MUNDO DA VIDA

Jean-François Lyotard adverte que não é possível à experiência – que viabiliza tão somente o contingente e o singular – ter idoneidade para fornecer à ciência o princípio universal e necessário de uma afirmação semelhante. O empirismo não pode ser compreendido pelo empirismo.[23]

Tais reflexões descortinam a fragilidade das correntes empiristas – que visualizam na experiência a única fonte de conhecimento –, e apontam para o retorno à essência mesma das coisas como condição fundamental à compreensão do mundo.

O republicanismo e o mínimo existencial são mais facilmente compreendidos com a incursão no pensamento de Edmund Husserl, que, com sua a concepção da teoria das essências, retomou a perspectiva ontológica da metafísica, para além das investigações aristotélicas.

Eis, portanto, a missão do presente capítulo: orientar a compreensão do republicanismo e do mínimo existencial, consideradas as noções de universalidade de essências, para sustentar o avanço da pesquisa na demonstração das providências necessárias à preservação dos valores republicanos e, por conseguinte, das condições mínimas de subsistência digna dos indivíduos.

2.1 Existencialismo e Essencialismo: distinção necessária

A breve distinção se faz necessária para o estudo da universalidade de essências – condição fundamental para a implementação do método fenomenológico –, todavia não se pretende ingressar no debate acerca da natureza dessas duas correntes filosóficas, tidas como opostas, senão, tão somente, situar o pensamento de Edmund Husserl no contexto, mormente porque, como se demonstrará, malgrado o tratamento das "essências", não se pode propriamente vincular as idéias husserlianas à filosofia essencialista.

---

[23] LYOTARD, Jean-F. *La phénoménologie*. França: Presses Universsitaires de France, 1954, p. 13. No original: "Or expérience, ne fournissant jamais que du contingent et du singulier, ne peut offrir à la science lê príncipe universel et nécessaire d'une affirmation semblable".

Comumente se tem relacionado o vocábulo “essencialismo” ao campo das doutrinas filosóficas que sustentam o primado ou anterioridade da essência sobre a existência. O “essencialismo” contrapõe-se ao “existencialismo” [24]

Ferrater Mora, ainda que concorde em denominar a filosofia de Edmund Husserl, ou, ao menos, de parte dela, como “essencialista”, opõe ressalva ao afirmar que o “essencialismo” em Husserl possui signo distinto dos usuais, já que no pensamento do filósofo alemão a função da consciência intencional é a apreensão da essência como significações e, em última instância, “la aprehensión de la esencia de la conciencia. Dada la tendencia de Husserl al "idealismo" es justificado, empero, no insistir demasiado en su "esencialismo". En todo caso, semejante esencialismo tiene un signo distinto de los usuales;[...]”. Conclui, portanto, que melhor seria, em lugar de “essencialismo”, denominar de ″eidetismo".[25]

Antecipa-se abordagem futura para destacar que o próprio Husserl adverte acerca da alteração terminológica para designar “essência”, o que evidencia preocupação constante em reduzir a possibilidade de interpretações equivocadas, em homenagem à correção de seu discurso. Esclarece, neste sentido, que o vocábulo alemão “Wesen*”* traz consigo carga de equivocidade que enseja severo desgaste terminológico, o que o levou a optar pelo uso conjunto da palavra *eidos* [26].

---

[24] José Ferrater Mora assim delimita: “El vocablo 'esencialismo' se ha aplicado sobre todo a las doctrinas que han sostenido el citado primado de la esencia frente a las doctrinas que sostienen, o se supone que sostienen, el primado de la existencia sobre la esencia o la anterioridad de la existencia a la esencia. En otros términos, el vocablo 'esencialismo' se ha usado como contrapuesto al término 'existencialismo'” (FERRATER MORA, José. Diccionário de Filosofia. Bueno Aires: Montecasino, 1967, p. 558.). Por sua vez, Japiassú & Marcondes definem “essencialismo” como “Doutrina filosófica que confere, contrariamente ao existencialismo, o primado à essência sobre a existência, chegando mesmo, em suas reflexões, a fazer total abstração dos existentes concretos. Trata-se de uma filosofia do ser ideal, que prescinde dos seres reais. A filosofia de Hegel pode ser considerada essencialista”. (JAPIASSU Hilton; MARCONDES, Danilo. Dicionário Básico de Filosofia. 5. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 94.).

[25] FERRATER MORA, José. op. cit., p. 558.

[26] HUSSERL, Edmund. *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie.* Hambuirg: Felix Meiner Verlag GmbH: 2009, p. 8. No original: “Ich benutze daher als Fremdwort das terminologisch unvrbrauchte Eidos, als deutsches Wort das mit ungefährlichen, gelegentlich allerdings ärgerlichen Äquivokationen behafte ‘Wesen*’*”.

Eidos[27] é um vocábulo de origem grega já existente entre os pré-socráticos, porém, com Platão (que designava "idéia", portanto separável do indivíduo) e Aristóteles (que designava "forma", imanente e inseparável do indivíduo) se encontram interpretações clássicas. Já, para Husserl, o *eidos é* a essência representada pelo o que (*Was*) cada indivíduo é, cuja transformação na visão de essência, apreendida pela consciência intencional, permite identificar predicados que o caracterizam como integrante de determinada categoria, sem os quais a sua natureza primária restaria comprometida.

A fenomenologia de Husserl é, como afirma Lévinas, "uma filosofia da liberdade, de uma liberdade que se cumpre como consciência e se define por ela; de uma liberdade que não caracteriza apenas a actividade de um ser, mas que se localiza antes do ser em relação à qual o ser se constitui".[28]

Portanto, como antecipado, o pensamento de Husserl não é marcado pela contradição ao existencialismo. Se assim o fosse, Emmanuel Lévinas não o teria escolhido como um dos guias em sua viagem pela descoberta da existência.

Trata-se, em verdade, de ter no sentido a caracterização do fenômeno da identificação, já que em Husserl, pensar é identificar.

---

[27] FERRATER MORA, José. Diccionário de Filosofia. Bueno Aires: Montecasino, 1967, p. 504. Define o autor: "[...] en la raíz de múltiples significados de eidos se halla la noción de "aspecto" (species) que ofrece una realidad cuando se la vê en lo que la constituye como tal realidad. Desde este punto de vista el eidos es el tipo de realidad a que pertenece, o que es, una cosa dada. Como el tipo de realidad que algo es, es "visible", o se supone que es aprehensible, por medio de alguna operación intelectual, el eidos es entendido asimismo como la idea de la realidad. Así, pues, el eidos es un "aspecto esencial" que parece ofrecer a su vez dos aspectos esenciales: el de la realidad y el de la aprehensión inteligible, conceptual, etc. de la realidad. Cuando se funden estos dos aspectos en uno solo tenemos la idea del eidos como una esencia que es a la vez um concepto: el de eidos es entonces a la vez algo "real" y algo "conceptual" (objetivo o formal). El eidos puede ser interpretado de muy diversas maneras. Como ejemplos de interpretaciones clásicas mencionamos las de Platón y de Aristóteles. La diferencia capital entre estas dos interpretaciones es la de la separabilidad: para Platón el eidos es separable de los individuos que participan del eidos, en tanto que para Aristóteles el eidos está, por así decirlo, encarnado, o realizado, en los individuos. Pero junto a estas dos interpretaciones pueden mencionarse otras. Así, por ejemplo, el eidos puede ser tomado como momento específico (separable o no) de una realidad, o como momento constitutivo de una realidad. En el primer caso, y para seguir usando terminologia griega, el eidos es visto desde el logos; en el segundo caso, el eidos es visto desde la physis en cuanto realidad. Visto desde el logos, el eidos puede ser a su vez una aprehensión mental, o un concepto, o algo entre los dos (según la posición adoptada en la doctrina de los universales); puede ser también o una intención o el término de un acto intencional. Visto desde la physis en cuanto realidad, el eidos puede ser sujeto individual o realidad supuestamente fundamental y a la cual se "reduzcan" las demás realidades, etc.".

[28] LÉVINAS, Emmanuel. *Descobrindo a existência com Husserl e Heidegger.* 2. ed. Lisboa: Instituto Piaget, p. 63.

2.2 Da universalidade de fatos à universalidade de essências

Edmund Husserl concebeu o método fenomenológico, fundado na redução eidética, que defende a tomada dos objetos como essência fixada na realidade e independente do sujeito, todavia marcado pela possibilidade de cognição.

Ao discorrer sobre os mal entendidos naturalistas (*naturalistiche missdeutungen*), Husserl sustenta que o erro principiológico da argumentação empirista situa-se no fato de que se identifica ou confunde a exigência fundamental de retorno às coisas mesmas (*Sachen Selbst*) com a exigência de toda fundamentação do conhecimento pela experiência, aduzindo, ainda, que, malgrado o motivo que originalmente guia o pensamento empirista seja marcado pela boa intenção, repousa o sustentado sobre mal entendidos e preconceitos.[29]

Ao delinear as reflexões introdutórias e gerais para a fundação de uma fenomenologia pura, Husserl já inicia com a afirmação de que conhecimento natural tem seu início por meio da experiência e com ela permanece.[30]

Tem-se, pois, nesse campo, o mundo como o horizonte total de investigações possíveis, panorama de orientação originária em que despontam as ciências do mundo, as quais, enquanto predominarem com exclusividade, manterão em si os conceitos de "ser verdadeiro", "ser efetivo", vale dizer, "ser real", compreendido como o "ser no mundo", tendo em vista que todo real se alia à unidade do mundo.[31]

Os objetos do mundo natural, portanto, constituem ponto de partida para a experiência natural e suas investigações, traduzindo-se em fontes originárias das bases que sustentam os enunciados científicos.

---

[29] HUSSERL, Edmund. *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie.* Hambuirg: Felix Meiner Verlag GmbH: 2009, p. 41-42. No original: "Der prinzipielle Fehler der empiristischen Argumentation liegt darin, dass ie Grundforderung eines Rückganges auf die 'Sachen Selbst' mit der Forderung aller Erkenntnisbegründung durch Erfahrung indentifiziert bzw. Vewechselt wird".

[30] Ibidem. p. 10. No original: "Natürliche Erkenntnis hebt an mit der Erfahrung und verbleibt in der Erfahrung.".

[31] Ibidem. No original: "In der theoretishen Einstellung, die wir die 'natüriliche"nennen, isto also der Gessamthorizont möglischer Forschungen mitt einem Worte bezeichnet: es ist die Welt. Die Wissenschaften dieser ursprünglichen Einstellung sind demnar insgesamt Wissenschaften von der Welt, und solang sie die ausscheliesslich herrschende ist, decken sie die Begriffe 'wahrhaftes Sein', 'wirkliches Sein', d.i. reales Sein, und – da alles Reale sich zur Einheit de Welt zussamenschliesst – 'Sein in der Welt'.".

A percepção (*Wahrnehmung*) é, por sua vez, a experiência originariamente doadora. A percepção exterior (*äusseren Wahrnehmung*) viabiliza a experiência originária das coisas físicas, mas não na recordação ou na expectativa. E a percepção interior (*inneren oder Selbstwahrnehmung*) opera a experiência originária em relação a nós mesmos e aos nossos estados de consciência. Todavia, malgrado se observe o que é exteriorizado pelo outro, não nos é dado apreender esses vividos por doação originária, já que o outro e sua vida interior nos é consciente como "ele ali", junto com o corpo, mas não do modo de apreensão do outro, como doação originária.[32]

Nesse sentido, pode-se afirmar que o experimento natural vivido pelo outro é viabilizado por meio de uma intuição doadora originária, decorrente do contato com o mundo empírico em um dado momento. Este percebido e apreendido pelo outro, quando por ele exteriorizado, não mais pode ser objeto de percepção externa em caráter de doação originária, já que constitui um vivido que não mais pertence ao domínio do empírico.

Há que se reconhecer que ao método das ciências sociais não é dado permanecer exclusivamente no campo da experiência, sob pena de afastar sérias possibilidades de melhor compreensão do humano.

Impõe-se, pois, o estabelecimento de um acordo em torno da necessidade de identificar nos objetos empíricos, no outro, bem assim naquilo que o outro nos transmite, os diferentes níveis de generalidade que possam consubstanciar conjuntos de predicados essenciais, idôneos a permitir a identificação de categorias.

Não se pretende aprofundar o exame da universalidade das essências, porém é preciso que se destaque que ainda que se tenha o mundo empírico circundante como ponto de origem para a operação de redução – levada a efeito, como visto, em doação originária captada pela percepção –, não se deve pretender, nesse ponto, formar qualquer juízo de valor sobre o objeto no seu estado empírico, mas tão somente manter-se em suspensão em torno da sua existência ideal, para que seja possível perceber a essência.

A essência, pois, representa o que se localiza no Ser (*Sein*) próprio de determinado indivíduo como o que (*Was*) ele é. E cada "que" (*Was*) pode ser conduzido ao mundo das idéias (*in Ideen gesetzt*). A intuição empírica (*Erfarrende Anschauung*) ou

[32] Ibidem, p. 11.

individual (*individuelle*) pode ser transformada em visão de essência (*Wesennschauung*) ou ideação (*Ideation*).[33]

Importa referenciar ao que adverte Husserl, em relação à alteração terminológica para designar "essência", o que evidencia preocupação constante em reduzir a possibilidade de interpretações equivocadas, em homenagem à correção de seu discurso. Esclarece, neste sentido, que o vocábulo alemão "*Wesen"* traz consigo carga de equivocidade que enseja severo desgaste terminológico, pelo que optou pelo uso conjunto da palavra *eidos*.[34]

Assim, sempre que Husserl se reporta ao *Wesen,* o faz para designar o *eidos;* vale dizer a essência representada pelo o "que" (Was) cada indivíduo é, cuja transformação na visão de essência permite identificar predicados que o caracterizam como integrante de determinada categoria, sem os quais a sua natureza primária restaria comprometida.

Em palavras mais precisas, Lyotard faz referencia ao triângulo retângulo como dotado de objetividade ideal, o que significa ser sujeito de um conjunto de predicados, inalienáveis sob pena de perder o triângulo retângulo a si mesmo. Tais predicados constituem a essência e a sua supressão imaginária ensejaria a supressão do triângulo em pessoa. E exemplifica com o registro de que todo triângulo é, por essência, convexo.[35]

A redução fenomenológica e a subseqüente redução eidética consubstanciam operações que permitem ao investigador compreender que o objeto apreendido no mundo empírico somente existe porque reconhecido no plano abstrato das idéias.

Maria Helena Diniz, em revista ao pensamento de Husserl, salienta que "a intuição racional consiste em olhar para uma representação, prescindindo de suas singularidades ou particularidades, [...], não considerando a existência singular da coisa, para atingir aquilo que tem de essencial [...]".[36]

---

[33] HUSSERL, Edmund. *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie.* Hambuirg: Felix Meiner Verlag GmbH: 2009, p. 13.

[34] Ibidem, p. 8. No original: "Ich benutze daher als Fremdwort das terminologisch unvrbrauchte Eidos, als deutsches Wort das mit ungefährlichen, gelegentlich allerdings ärgerlichen Äquivokationen behafte 'Wesen'".

[35] LYOTARD, Jean-F. *La phénoménologie.* França: Presses Universsitaires de France, 1954, p. 13. No original: "[...] un triangle rectagle possède une objectivité idéale, en ce sens qu'll est le sujet d'un ensemble de prédicats, inaliénables sous peine de perdre le triangle rectangle lui-même. Pour éviter l'équivoque du mot <<idée>>, nous dirons qu'll possède une essence, constituée par tous lês prédicats dont la suppression imaginaire entraînerait la supression du triangle en personne. Par example tout triangle est par essence convexe".

[36] DINIZ, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 15. Aduz, ainda, que "De maneira que se deve considerar cada representação particular como não particular, isto é, eliminar aquilo que tem de particular, pois o individual é empírico, movediço e passageiro, não podendo ser, por consequência, objeto do nosso estudo, que se interessa apenas por aquilo que é permanente, universal e necessário". (Ibidem).

Por sua vez, a existência do objeto ideal não prescinde de qualquer correspondência no mundo empírico, pelo que não há, segundo a visão husserliana até então desenvolvida, qualquer necessidade de retorno ao mundo das coisas, para confirmar a existência do objeto percebido sobre o qual se empreendeu a operação inicial de redução.

Não se percebem controvérsias acerca do fato de que essa absoluta dissociação em relação à universalidade dos fatos é extraída do pensamento de Husserl. Por isso mesmo, identificam-se na doutrina posições que sustentam inconvenientes da proposta husserliana, nomeadamente por meio do cotejo com o pensamento de Jürgen Habermas.

Jovino Possi ressalta a similitude entre os dois autores, todavia, esclarece que

> Habermas se distancia do enfoque fenomenológico de Husserl por duas questões tácitas: pelo eu solitário e pelo conceito de teoria pura. Habermas percebe que a alternativa fenomenológica se articula dentro dos parâmetros de uma Filosofia da consciência, pois apresenta, como ponto de partida, "os esquemas de interpretação centrados no eu, como os quais se constroem os mundos da vida dos sujeitos agentes; esse ego se encontraria, pois, desvinculado do entorno social". [37]

De fato, é severa a crítica lançada por Habermas no que diz com a impossibilidade de se avançar por meio da proposta fenomenológica, já que não seria possível partir da meditação individual e chegar-se até uma relação intersubjetiva, tal como delineada por Husserl.

Sustenta Habermas que a tentativa de Husserl nas Meditações Cartesianas "de deducir de las operaciones monológicas del ego las relaciones intersubjetivas entre sujetos que se reconocen en el entrelazamiento recíproco de sus perspectivas y dessarollan un horizonte común de mundo constituyó un fracaso". [38]

Ainda que não se pretenda adentrar essa discussão, impõe-se ponderar que, a toda evidência, especialmente pelos indicativos deixados em seus escritos mais recentes, Husserl fora colhido pelo destino antes de percorrer toda a estrada que parece ter vislumbrado, como se verifica, por exemplo, das Meditações Cartesianas, quando sustenta:

> La intersubjetividad transcendental, gacias a este formar comunidad, tiene uma esfera intersubjetiva propria suya, em la que constituye intersubjetivamente el mundo objetivo y em la que es, pues, em tanto que el <<nosostros>> transcendental, subjetividad respecto de este mundo y

[37] PIZZI, Jovino. *O mundo da vida: Husserl e Habermas.* Rio Grande do Sul: Unijuí, 2006, p. 132.
[38] HABERMAS, Jürgen. *La logica de las ciencias sociais.* Madrid: Technos, 2008, p. 336.

> também respecto del mundo de lo hombres – en cuya forma se ha hecho objetivamente real ella a sí misma [...]. [39]

Não se pode negar, porém, que o retorno às coisas mesmas, à compreensão da essência do que se percebe, constitui etapa fundamental para a identificação de categorias aptas a permitir – decerto que não mais com o suporte nas premissas husserlianas até aqui compreendidas – a construção de soluções mais adequadas aos problemas que afligem a sociedade.

As reflexões no campo da universalidade de essências constituem, na verdade, antes de método, um modo de perceber o mundo, que refina o pensamento e o afasta das influências circunstanciais que conduzem a conclusões equivocadas.

Não se pode pretender a contemplação filosófica do mundo, sem que se atreva fixar na própria razão e por em dúvida toda opinião decorrente da tradição, deixando-se de reconhecer aquilo que, em avaliação pessoal, não se revele compreensível ou justificável.[40] Trata-se de ponto de partida para o estabelecimento de uma premissa humana mínima.

Ora, sé é verdade que os métodos das ciências sociais somente têm justificada a sua existência para viabilizar a solução de problemas gestados nas comunidades humanas, forçoso é reconhecer que a premissa da felicidade deve anteceder a escolha do método, especialmente porque se impõe a todo exame neste campo partir do pressuposto de que a solução para os problemas deve ter por parâmetro o respeito ao mínimo existencial, que representa a pedra fundamental da dignidade.

Nesse sentido, as críticas ao modo de Husserl devem ser examinadas com parcimônia, sob a ótica das naturais incompatibilidades entre métodos, que, ao fim e ao cabo, só traduzem a absoluta ausência de completude de todos eles.

O que pode não reluzir da atual compreensão do pensamento husserliano é possível que aflore em reflexão futura, considerada a complexidade das idéias transmitidas, conforme é possível se depreender do que confessou Heidegger: “Das investigações lógicas de Husserl esperava um estímulo decisivo com relação às questões suscitadas pela dissertação

---

[39] HUSSERL, Edmundo. *Meditaciones Cartesianas.* México: Fondo de Cultura Economica, 1985, p. 169-170.

[40] SCHELER, Max. *Philosophische Weltanschauung.* München: Francke Verlag Bern, 1954, p. 5. No original: “Wer aber eine philosophisch begründete Weltanschauung anstrebt, muss es wagen, sich auf seine eigne Vernunft zu stellen. Er muss alle hergebrachten Meinungen versuchsweise bezweifeln und darf nichts anerkennen, was ihm nicht persönlich einsichtig und begründbar ist”.

de Bretano. Porém, era vão o meu esforço, porque, somente mais tarde o descobriria, eu as questionava de maneira inadequada."[41]

A dificuldade confessada por Heidegger no enfrentamento do pensamento husserliano se referia "a simples questão de como se deveriam realizar os modos de proceder do pensamento denominado 'Fenomenologia'. O elemento inquietante desta questão resultava da ambigüidade que a obra de Husserl revela à primeira vista'.[42]

Cumpre salientar, outrossim, que em nome da racionalidade instrumental, as promessas da modernidade concorreram para um estilo de vida formal, marcado por procedimentalismo purista, incompatível com as necessidades humanas, pelo que o retorno à essência significa desbastar a pedra bruta, para remover o invólucro que insiste em diferenciar o que essencialmente é idêntico e que, por conseguinte, termina por impedir a identificação do indivíduo, por ele mesmo, no seu semelhante.

A pedra polida (essência) é a revelação daquilo que o objeto é: sujeito de predicados invariantes que o situa na sua categoria essencial.

É preciso esclarecer que a visão de Edmund Husserl é projetada no tempo por seus discípulos mais ilustres e fieis, sem que se possa dissociar da idéia de que a fenomenologia, além de estudo das essências, consubstancia, outrossim, como nos esclarece Maurice Merleau-Ponty:

> [...] uma filosofia que repõe as essências na existência, e não pensa que se possa compreender o homem e o mundo de outra maneira senão a partir de sua "facticidade". É uma filosofia transcendental que coloca em suspenso, para compreendê-las, as afirmações da atitude natural, mas é também uma filosofia para a qual o mundo já está sempre "ali", antes da reflexão, como uma presença inalienável, e cujo esforço todo consiste em reencontrar-se este contato ingênuo com o mundo, para dar-lhe enfim um estatuto filosófico.[43]

O *cogito* não pode desvalorizar a percepção do *outro* e sustentar que o *eu* somente pode se acessível a si mesmo, reduzindo-se à consciência que se tem de existir. O *cogito,* pois, deve revelar-se em situação, e é apenas sob essa condição que a subjetividade transcendental poderá, como diz Husserl, ser uma intersubjetividade. O *cogito* não é *cogito* se opera a conversão da certeza do mundo em certeza do pensamento do mundo e substitui o próprio

---

[41] HEIDEGGER, Martin. *O fim da filosofia ou a questão do pensamento.* Tradução, introdução e notas de Ernildo Stein. São Paulo: Duas Cidades, 1972, p. 100.

[42] Ibidem, p. 101.

[43] MERLEAU-Ponty, Maurice. *Fenomenologia da Percepção.* Tradução de Carlos Alberto Ribeiro de Moura. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 1.

mundo pela significação de mundo. Ele reconhece, ao contrário, o meu próprio pensamento como um fato inalienável e elimina qualquer espécie de idealismo revelando-me como "ser no mundo".[44]

Explica Ponty, que, assim como a visão empirista, também o intelectualismo não se revela capaz de exprimir a maneira particular pela qual a consciência perceptiva constitui seu objeto – vale dizer:

> O milagre da consciência é fazer aparecer pela atenção fenômenos que restabelecem a unidade do objeto em uma dimensão nova, no momento em que eles a destroem.
> [...]
> Se a lua no horizonte não me parece maior do que no zênite quando a olho com uma luneta ou através de um tudo de cartolina, não se pode concluir disso que também na visão livre a aparência é invariável. O empirismo acredita nisso porque não se ocupa daquilo que se vê, mas daquilo que se deve ver segundo a imagem retiniana. O intelectualismo também acredita nisso porque descreve a percepção de fato segundo os dados da percepção "analítica" e atenta em que a lua, com efeito, retoma seu verdadeiro diâmetro aparente. O mundo exato, inteiramente determinado, ainda que posto primeiramente, sem dúvida não mais como causa de nossas percepções, mas como seu fim imanente. Se o mundo deve ser possível, é preciso que ele esteja implicado no primeiro esboço de consciência, como diz tão fortemente a dedução transcendental. E é por isso que a lua nunca deve parecer maior do que ela é no horizonte. [45]

Para além de examinar se o objetivo da redução é ou não retirar o ser do mundo para uma consciência pura, impõe-se reconhecer, com Ponty, que a reflexão fenomenológica exsurge como uma via para que o Ser tome consciência de sua relação com o mundo. Assim, "a evidência da percepção não é o pensamento adequado ou a evidência apodítica"[46]. "O mundo é não aquilo que eu penso, mas aquilo que eu vivo". "O método eidético é o de um positivismo fenomenológico que funda o possível no real".[47]

Heidegger sustenta que só é possível conquistar o modo de encontro com o ser e suas estruturas nos fenômenos a partir dos próprios objetos da fenomenologia. E aduz:

> Por isso também o ponto de partida das análises, o acesso aos fenômenos e a passagem pelos encobrimentos vigentes exigem uma segurança metódica

---

[44] Ibidem, p. 9.

[45] MERLEAU-Ponty, Maurice. *Fenomenologia da Percepção.* Tradução de Carlos Alberto Ribeiro de Moura. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 53.

[46] MERLEAU-Ponty, Maurice. *Fenomenologia da Percepção.* Tradução de Carlos Alberto Ribeiro de Moura. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 14. Nesse ponto Ponty esclarece em nota: "Não existe evidência apodítica, diz em suma a *Formale und Transzendentale Logik,* p. 142".

[47] Idem.

> particular. A idéia de compreensão e explicação "originárias" e "intuitivas" dos fenômenos abriga o contrário da ingenuidade de uma "visão" casual, "imediata" e impensada.[48]

O pensar fenomenológico consubstancia estilo de vida que empreende a interação com o *outro*; âmbito em que a subjetividade e intersubjetividade seguem indissociáveis, justamente para que se possa perceber o *eu* no *outro* e o *outro* que reside no *eu*.

Como última reflexão sobre a predominância do método fenomenológico nesta pesquisa, é preciso destacar que *Ser e Tempo* foi dedicada a Edmund Husserl "em testemunho de admiração e amizade" (*in Verehrung und Freudschaft zugeeignet*). Em nota, depois de finalizar a sua exposição sobre a fenomenologia e antes de adentrar a primeira parte de sua obra, Heidegger revela a razão de sua gratidão e a importância da influência de Husserl em sua obra:

> Caso a investigação que haverá de seguir avance no sentido de abrir as "coisas elas mesmas", o autor o deve, em primeiro lugar a Edmund Husserl. Durante os anos de ensino em Friburgo, Husserl familiarizou o autor com as mais diferentes áreas da pesquisa fenomenológica, através de uma orientação profunda e pessoal, dando-lhe acesso, com o maior despojamento, às suas investigações ainda não publicadas.[49]

Na mesma diretiva, espero que o pouco do que logrei captar seja suficiente para, nas linhas que se seguem, em alguma medida, "abrir as coisas elas mesmas".

---

[48] HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 76-77. No original: "Die Begegnisart dês Seins und der Seinsstrukturen im Modus dês Phänomens muss den Gegenständen der Phänomenologie allerest abgewwonen werden. Daher fordern der Ausgand der Analyse ebenso wie der zugang zum Phënomen und der Durchgang durch die herrschenden Verdeckungen eine eigene methodische Sicherung. In der Idee der <<originären>> und <<intuitiven>> Erfassung und Explikation der Phënomene liegt das Gegenteil der Naivität eins zufälligen <<unmittelbaren>> und unbedachten <<Schauens>>". (HEIDEGGER, Martin, *Sein und Zeit.* Tübingen, Max Niemeyer Verlag, 2006, p. 36-37).

[49] HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 78. No original: "Wenn die folgende Untersuchung einige Schritte vorwärts geht in der Erschliessung der <<Sachen selbes>>, so dankt das der Verf. In erst Línea E. Husserl, der den Verf. Während seiner Freiburger Lehrjahre durch eindringliche persöliche Leitung und durch freieste überlassung unveröffentlicher Untersuchungen MIT den verschiedenen Gebieten der phänomenologischen Forschung vertraut machte". (HEIDEGGER, Martin, *Sein und Zeit.* Tübingen, Max Niemeyer Verlag, 2006, p. 38).

3 O MÍNIMO EXISTENCIAL E A ESSÊNCIA DO REPUBLICANISMO

3.1 A importância dos valores republicanos na preservação da dignidade humana

A compreensão das relações intersubjetivas subjacentes aos problemas que tocam o mínimo existencial não pode ser alcançada sem que se examine, ainda que perfunctoriamente, a justificação do Estado, seus caracteres e fundamentos, mormente porque não é outra a razão de ser do Ente político, sob pena de subverter os motivos que conduziram à sua própria existência, senão a de disponibilizar ao povo os meios aptos para viabilizar a busca da felicidade; que, por sua vez, não pode ser atingida sem que o indivíduo tenha atendidas as condições mínimas para sua subsistência.

Ao se tratar de República não se quer limitar as reflexões acerca da forma de governo que confronta a monarquia, mas, e de forma preponderante, firmar a compreensão no sentido de que o republicanismo representa, dentre outros aspectos, a busca necessária pela garantia de proteção à dignidade dos membros da comunidade, com prevalência do todo sobre a parte e com observância dos direitos da parte em relação ao todo, sem o que não se há falar em respeito ao mínimo existencial e, muito menos, em cidadania.

Tomando-se o republicanismo como uma das formas de comunitarismo, tem-se por "ilusória a idéia segundo a qual é possível preservar-se um direito individual, e assim realizar o bem de uma parte, em detrimento do bem comum".[50]

A integrar o "radical comum" que caracteriza a República, Walber de Moura Agra aponta: a) a negação de qualquer tipo de dominação, seja através de relações de escravidão, de relações feudais ou assalariada; b) defesa e difusão das virtudes cívicas; c) estabelecimento de um Estado de direito; d) construção de uma democracia participativa; e) incentivo ao autogoverno dos cidadãos; f) implementação de políticas que atenuem a desigualdade social, através da efetivação da isonomia substancial.[51]

---

[50] GALUPPO, Marcelo Campos. *A Constituição pode fundar uma República?* In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Constituição e Crise Política.* Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Explica o autor que "Não por acaso, a tese básica do comunitarismo é a tese da primazia do bem (comum) sobre a justiça (entendida como proteção aos direitos do indivíduo, ou, mais precisamente, como limitação àquilo que os indivíduos podem escolher). Uma vez que não há o bem individual sem o bem comum, o bem deve prevalecer sobre o justo. Pois sempre que se realiza o bem comum, realiza-se também o bem das partes que integram a comunidade, mas nem sempre que se realiza o bem de uma das partes, realiza-se, por isso, o bem comum, e se não se realização o bem comum, não há como realizar o bem da parte, uma vez que a parte integra a comunidade.".

[51] AGRA, Walber de Moura. *Republicanismo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 16.

E se a realização do direito ao mínimo existencial – sobretudo em Estados onde prevalece marcante desigualdade social, bem como significativa malversação de verbas públicas –, está severamente a depender da atuação do Poder Judiciário, faz-se necessário examinar a teoria da separação das funções estatais[52], já que é da intervenção judicial que o Estado republicano depende com maior intensidade para garantir os princípios que o norteiam.

Com essa perspectiva é que se desenvolvem as reflexões no presente capítulo, privilegiando-se o objetivo de delinear a atuação do Estado à luz do princípio republicano na diretiva já exposta.[53]

3.2 A vontade de Estado[54]

A consciência da importância da preservação de seus valores e culturas constitui característica que deve marcar qualquer sociedade, todavia, não se pode negar que valores e culturas são perdidos com o avanço desmedido do Estado ao futuro e com a correspondente negativa do passado. Cultura e valores pretéritos são elementos superiores, que, muitas vezes, não encontram espaço na fragilidade das relações travadas no âmbito da vida contemporânea em Estados dito evoluídos.

---

[52] Não só por precisão terminológica, mas para restar coerente com a natureza mesma do Poder, deixa-se aqui de privilegiar a semântica optada pelo constituinte originário, já que, como adverte Manoel Jorge e Silva Neto, "O poder, que se consubstancia em 'imposição real e unilateral de uma vontade', uma vez transformado em potestade exercitável pelo Estado, passa a constituir fenômeno político marcado por caracteres que depõem contra a possibilidade de cisão. São eles: a) a unidade; b) a indelegabilidade; c) a coatividade. [...] Poder, então, não se divide. Divididas são as funções do Estado, a fim de torná-lo apto ao cumprimento das finalidade que descrevem sua razão de ser e existir".

[53] Tal empresa demanda sérias reflexões prévias sobre as relações entre individuo, comunidade, sociedade e Estado, tarefa da qual a pesquisa se desincumbiu, e que resultou na construção do apêndice A, já que a abordagem, malgrado de extremada importância, revelou-se exorbitante ao núcleo principal da investigação.

[54] Com lastro nas lições de Konrad Hesse é que se ousa construir esta referência, já que dentre as dimensões que se deixam perceber a partir das explicações do autor em torno da "vontade de Constituição" (*Wille zur Verfassung*) situa-se aquela referente à "compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme". Associa-se a esta vertente, a "compreensão de que essa ordem constitucional é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação", bem como assenta-se "na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana". "[...] a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (*Wille zua Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung)"*. (Cf. HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição.* Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAF, 1991, p. 19-20.).

Até mesmo o significado do que é cultura e do que é valor tem sido vilipendiado em nome de uma sobrevivência apressada e de uma vida sem contemplação.

Os princípios do desenvolvimento não devem priorizar o crescimento desordenado das cidades, em nome do suposto conforto dos seus habitantes; tampouco se pode ignorar o fato de que, cada vez mais, a história é história que não mais se conta, que não mais se ouve, que não mais se vive.

A preservação de seus traços deixa de ser algo ínsito ao próprio povo, para ser algo protegido pelo império das leis.

A unificação do grupo no campo do Estado somente é viabilizado pela submissão ao direito, que sustenta o "poder transcendente e livre de qualquer amarra com as vontades subjetivas de um indivíduo, que seria o chefe em virtude de sua força pessoal", e que encarna uma "disciplina proporcional aos objetivos perseguidos pelo grupo a cujo redor se forma a comunhão da geração atual com as do passado e com as que virão amanhã".[55]

O Estado, portanto, surge, e somente existe, na idéia de que a "organização política do grupo deixa de ser considerada por seus membros como uma coordenação efêmera de forças instáveis e de interesses divergentes, para ser compreendida como uma ordem duradoura a serviço dos valores que ligam o chefe a seus súditos".[56]

A consciência de uma disciplina, portanto, é, para Burdeau, o fundamento do pensamento dos indivíduos quando concebem o Estado. E a noção de poder, cujo fenômeno exprime exteriormente o Estado, associa-se a essa consciência e corresponde à idéia de disciplina, à qual está subordinada, nas consciências individuais, a formação da noção de Estado. "Isto quer dizer que a existência do Estado depende de uma atitude intelectual de cada

---

[55] BURDEAU, Georges. *O Estado.* São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 39-40.

[56] Ibidem, p. 39. Na senda desta conclusão é que Burdeau delineia o seguinte raciocínio: "Mas, então, se o Estado só existe assim em razão do esforço que suscita no espírito de todos, é na operação intelectual de que procede que devemos procurar sua essência fundamental e, por conseguinte, os elementos de sua definição. Esta não poderá ser vinculada a nenhuma das manifestações pela qual se traduz, para a experiência concreta, a existência do Estado. Ela deverá, para apreender plenamente o seu objeto, partir da observação de que o Estado é um fenômeno espiritual. Ora, como identificar esse fenômeno? Sobre o que incide a reflexão do homem quando ela se aplica ao Estado? Por qual problema nosso espírito é solicitado quando pensamos no Estado? Evidentemente a resposta a essas perguntas comporta inumeráveis matizes conforme a ordem das preocupações subjetivas entre as quais ela intervém. Todavia, esses matizes atêm-se a afetar um tema idêntico, são as modalidades de expressão de uma idéia única: no centro de toda reflexão sobre o Estado, na origem e na finalização de todo esforço da vontade humana aplicada a conceber o Estado, há a idéia de uma disciplina de vida. O Estado é, para nós, a forma pela qual o grupo se unifica submetendo-se ao direito. Ele é necessário à duração da vida coletiva como um obstáculo para a dispersão das atividades individuais; ele repousa numa aquiescência do homem que o concebe como o símbolo de um conjunto de valores aos quais a personalidade humana tem uma vocação temporal para se submeter, ao mesmo tempo em que como o instrumento apropriado para a realização deles. É por isso que o sentimento do Estado procede da consciência de uma disciplina, pois é somente na medida em que são compreendidos o objeto e a finalidade da ordem estatal que o homem pode pensar de um modo diferente no Estado que não seja como num poder material pelo qual ele em nada se distinguiria das formas primitivas da vida social: a horda, o clã ou a tribo". (Ibidem).

um de nós para com o fenômeno concreto constituído pelo Poder. [...] o Estado é uma interpretação do Poder".[57]

Diz Burdeau que o Estado é o aquilo que merecemos que ele seja, porquanto o poder conferido à minoria governante se apóia sobre os representantes de uma sociedade nacional, para materializar na organização estatal a idéia que ela faz de Estado: "ele só pode construir à imagem do plano que é consentido pelo grupo".[58]

Refere o autor, nesses termos, ao seguinte pensamento de François Perroux: "Se o Estado moderno costuma ter um rosto feio, é porque, em larga medida, as sociedades cujo esforço de reunião ele expressa não têm grandeza de generosidade".[59]

A afirmação de Perroux é lançada em sua obra, *Capitalismo e Comunidade do Trabalho,* para arrematar o seu raciocínio em torno da relação de conseqüência entre o pensamento da sociedade de pessoas e o Estado por ela concebido.

Sustenta Perroux que o Estado resulta da interação entre as pessoas na sociedade e um sistema de organização política dominada pelos governantes. Trocas, portanto, entre pessoas e pessoas, e instituições e pessoas, constituem a atividade política, ou a consagração de pessoas para o bem da cidade, como já havia compreendido Platão e, depois dele, os grandes pensadores medievais. Idéia que tem sido tão reduzida, simplificada e degradada pela artimanhas do cálculo político, que hoje se faz necessário esforço para reencontrar sua pureza essencial e as suas exigências.[60]

Aduz, ainda, que sempre, em todas as suas formas, o Estado consubstancia, em graus variados, o reflexo de uma sociedade de pessoas. Mais do que se pensa, é o que se merece. Os grandes políticos, além de entregar às sociedades seus desejos mais secretos, entregam sonhos, às vezes sublimes, às vezes, vergonhosos. Perdemos facilmente de vista a forma como os Estados modernos, até mesmo ditatoriais, são construções do passado. [61]

---

[57] BURDEAU, Georges. *O Estado.* São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 40.

[58] Ibidem, p. 37.

[59] Idem.

[60] PERROUX, François. *Capitalisme et commmunauté de travail.* Paris: Librarie Du Recuel Sirey, 1938, p.264. No original: "On aperçoit, du même coup, que l'Etat est résultante d'échanges entre les personnes en societé et un système d'organisation politique sous la domination d'un personnel de governants. Echanges donc de personnes d'un personnes et d'institutions à personnes que constituent l'activité politique, ou consecration des personnes au bien de la cité, telle que Platon la comprenait déjà et, après lui, les grands penseurs médiévaux, et qui a été à ce point abaissée, vulgarisée dégradée par les pitreries et les calculs politiciens qu'il faut aujourd'hui un certain effort por la redécouvrir avec sa pureté essentielle et ses exigences redoutables."

[61] Ibidem. No original: "Toujours, sous toutes ses formes, l'Etat est, à des degrés divers, le reflet d'une societé de personnes. Beaucoup plus qu'on ne pense communément, il est ce que nous méritons qu'il soit. Les grands politiques accouchent les sociétés nationales de quelques-uns de leurs désirs les plus secrets, ils délivrent l'un des rêves tantôt sublimes, tantôt inavouables qu'elles portaient en elles. Nous perdons trop faciliment de vue combien les Etats modernes, même dictatoriaux, sont plus consentis qu'autrefois.".

Deveras, se o elemento *poder* que integra o Ente político emana do elemento subjetivo, do qual também emergem seus representantes, não há como se afastar a correlação lógica entre a expressão da sociedade e a atuação do Estado. Todavia, há que se examinar com certa parcimônia essa relação de conseqüência, já que os desvios de condutas que podem marcar determinado governo, podem não ser a expressão da sociedade.

Na verdade, no modelo democrático contemporâneo, especialmente o brasileiro, não é possível afirmar que o representante é a "expressão do Povo", uma vez que é nas falsas promessas por melhores dias que grande parte da sociedade coloca as suas esperanças, que, no mais das vezes, sucumbem diante dos propósitos escusos que subjazem aos sorrisos largos, a projetar a subalterna condição de milhões de indivíduos ainda mais ao fundo do poço.

É dizer que, muitas vezes, os desvios de finalidade praticados por aqueles que alçam os postos de governo decorrem do domínio de determinada classe, que, embora seja a representação quantitativa decorrente do processo eleitoral, não representam o desejo qualitativo daquela sociedade de indivíduos referida por Perroux.

Essa correlação está sempre a depender do grau de informação, interesse e maturidade políticos presente em determinada sociedade, o que, por óbvio, relaciona-se diretamente com as condições de sobrevivência e vivência experimentados pelo povo.

Quanto maior a desigualdade social, maiores as possibilidades de desvirtuamento das finalidades do Estado, já que, conquanto seja certo que as promessas políticas, via de regra, destinam-se a criar esperança de acesso aos bens negados; não menos certo é que o discurso distancia-se da prática, justamente em decorrência daqueles "desejos e sonhos vergonhosos" referidos por Perroux.

O discurso direciona-se ao preenchimento das necessidades do povo, todavia, a prática desenvolve-se no campo dos anseios individuais de riqueza e poder. Assim, interessa ao político a manutenção do *status quo,* de maneira suficiente para que as promessas de dias melhores sigam sendo a bandeira que viabiliza a sua manutenção no poder.

Assim, o "rosto feio" do Estado nem sempre decorre da ausência de "grandeza de generosidade da sociedade", mas da ausência de condições para perceber que o governo do Estado não expressa a generosidade da sociedade e, portanto, faz-se necessária a mudança. Ocorre que, para o estabelecimento desta percepção, é preciso que se criem condições de emancipação do povo – vale dizer, que se traga ao plano pragmático o discurso de não dominação.

Na verdade, repise-se que o acesso ao mínimo existencial constitui bandeira reiterada, utilizada por indivíduos inidôneos no processo de perpetuação no poder, em

absoluta violação aos preceitos democráticos e republicanos, sobretudo porque a construção do discurso de promessas lançado nas campanhas pressupõe a miséria do povo, pelo que não interessa a mudança do *status quo*.

E assim, no paradigma democrático, multiplicam-se as demandas dirigidas ao Judiciário como última trincheira na luta pela dignidade.

Nessa perspectiva, impõe-se refletir acerca das seguintes idéias defendidas por Burdeau, que refletem aquele esforço para "reencontrar" a "pureza essencial" do Estado, referido por Perroux, bem como o pensamento de Adolfo Posada, de que o Estado é processo e, por isso, demanda constante re-interpretação:

> Fica de fato claro que, uma vez que o Estado é criado pelo Espírito, ele o é, como todas as coisas criadas pelo talento humano, em conformidade com um certo ideal. Quando os indivíduos pensam o Estado, é mesmo vendo nele uma instituição destinada a funcionar segundo certas normas e visando uma finalidade que aceitam. O Estado reflete-lhes o pensamento.
> E é por isso que, se o Estado é artifício, nem por isso é concebido de uma vez por todas. É, ao contrário, uma criação contínua que exige por parte dos indivíduos um esforço de pensamento pelo qual seus mecanismos e suas atividades adquirem seu verdadeiro sentido. É necessário que, através do policial, vejam o poder público, que a declaração de impostos evoque para eles os serviços sociais mantidos pelo fisco, que se sintam envolvidos pelas negociações do ministro das Relações Exteriores, que o voto de uma lei ou a adoção do Plano não lhes pareça somente um procedimento, mas signifique a seus olhos um compromisso assumido em nome deles; em suma, é preciso que associem as manifestações externas do Poder à idéia de um projeto coletivo que o grupo formula para dominar seu destino. Trata-se de um plebiscito cotidiano, que vai muito além das personalidades que dele se beneficiam, pois seu objetivo é confirmar o Estado em seu papel de expressão da consciência política do grupo, ou seja, de instrumento pelo qual, com todos os erros que tal empreendimento comporta, a sociedade afirma o domínio de si mesma. [62]

O domínio a que se reporta Burdeau coloca-se em linha de colisão com aquele domínio de determinado grupo de indivíduos sobre a sociedade. O domínio da sociedade pela própria sociedade é a representação da não dominação, que coloca os cidadãos em situação que reverencia o postulado isonômico substancial e atribui ao Estado o fim de ser meio para se alcançar a felicidade.

Ao exigir do Estado a transparência necessária no exercício da violência legítima, o que se busca é garantir que sob o manto de determinada ação estatal – seja de natureza legislativa, executiva ou judiciária – não subjaza a dominação arbitrária dos indivíduos. Por

---

[62] BURDEAU, Georges. *O Estado.* São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 37-38.

isso mesmo, o Estado constitucional demanda clareza nos comandos dirigidos ao povo, para que se possa viabilizar a compreensão e a possibilidade de adoção de determinado comportamento.

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em decisão que inclusive abordou a questão da imunidade tributária do mínimo existencial, refletiu jurisprudência daquela Corte, no sentido de que "a norma deve ser precisa e clara, para que seja executada pela Administração e pelo Judiciário, bem assim para viabilizar a previsibilidade por aqueles que são por ela atingidos, a fim de que possam reconhecer a situação jurídica estabelecida e por ela orientar suas condutas"[63], sob pena de violação do princípio da clareza normativa (*Grundsatzes der Normenklarheit)*, que se extrai do próprio texto constitucional, especificamente nos artigos 19 e 20 (*Art. 20 Abs. 3, Art. 19 Abs. 4 des Grundgesetzes*).

Não raro, todavia, comandos estatais fundamentados em suposto interesse comum escamoteiam interesse de determinados segmentos políticos, em clara e nítida violação à liberdade dos cidadãos, que, quanto mais distantes das fontes de informação e formação, sequer percebem que são vítimas de dominação arbitrária.

Saliente-se, por oportuno, que tal comportamento se reveste de gravidade ainda mais acentuada quando se identificam reflexos no campo das condições mínimas de existência dos indivíduos. Por isso mesmo é que, na linha de argumentação vertida neste escrito, a proteção do mínimo existencial não pode ser vinculada apenas ao um *facere* por parte do Estado, mas também a um *non facere,* alcançando, portanto, tanto a dimensão dos direitos a prestação, quando a dos direitos de defesa.

No tocante a esses últimos, situações há em que o papel do Judiciário avulta em importância para a preservação dos valores republicanos, notadamente pelo fato de que a malversação de verbas públicas, com sério impacto na vida dos indivíduos, é conduta que integra o cardápio de hábitos de parte significativa da classe política brasileira.

O Supremo Tribunal Federal volta a se debater com panorama idêntico ao delineado na ADI n. 3853/MS, em que se declarou a inconstitucionalidade de dispositivo da

---

[63] "Eine Rechtsnorm müsse von Verfassungs wegen so klar sein, dass sie für Verwaltung und Gerichte (nach-)vollziehbar und ihre Anwendung für den Betroffenen vorhersehbar sei. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts müsse eine Norm so bestimmt und klar sein, dass der Betroffene die Rechtslage erkennen und sein Verhalten danach ausrichten könne. Speziell im Bereich des Steuerrechts müsse der Steuerpflichtige in der Lage sein, die auf ihn entfallende Steuerlast vorauszuberechnen." (ALEMANHA. BverfGE. 2 BvL 59/06, out. 2010, Disponível em: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20101012_2bvl005906.html>. Acesso em 2 jan. 2011).

Constituição daquela Unidade da Federação, que determinava o pagamento de subsídio mensal e vitalício a ex-governadores.[64]

Dessa feita, transcorridos apenas pouco mais de três anos daquela decisão, a investida contra o Erário é perpetrada por diversas Assembléias Legislativas, que, no exercício do Poder Constituinte decorrente, ignoram os limites constitucionais ao poder de emenda e, como se ainda estivessem sob a regência da ordem constitucional de 1967/69, incluem dispositivo no Texto Constitucional estadual, para garantir aos ex-governadores benesse análoga àquela então oferecida pelo Estado do Mato Grosso do Sul.

Até o fechamento desse estudo, encontrava-se em curso o julgamento da primeira de inúmeras Ações Diretas manejadas pela Ordem dos Advogados do Brasil, em que a relatora proferiu voto no sentido de deferir pedido cautelar para suspender a eficácia do art. 305, *caput* e § 1º, da Constituição do Estado do Pará, texto que, pelo teor ofensivo aos valores republicanos, destaca-se:

> Art. 305. Cessada a investidura no cargo de Governador, quem o tiver exercido em caráter permanente fará jus, a título de representação, a um subsídio mensal e vitalício igual à remuneração do cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado. § 1° O pagamento do subsídio estabelecido neste artigo será suspenso durante o período em que o beneficiário estiver no exercício de mandato eletivo ou cargo em comissão, salvo direito de opção.[65]

A Constituição Cidadã de 1988 não traz em seu texto – em clara sinalização de repúdio – dispositivo com o teor do art. 184, do Texto Maior de 1969, com redação da Emenda Constitucional n. 11 de 1978, que estabelecia: "Cessada a investidura no cargo de

---

[64] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3853/MT, DJ de 26 out. 2007. EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 35, DE 20 DE DEZEMBRO DE 2006, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. ACRÉSCIMO DO ART. 29-A, CAPUT e §§ 1º, 2º E 3º, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS GERAIS E TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO SUL-MATO-GROSSENSE. INSTITUIÇÃO DE SUBSÍDIO MENSAL E VITALÍCIO AOS EX-GOVERNADORES DAQUELE ESTADO, DE NATUREZA IDÊNTICA AO PERCEBIDO PELO ATUAL CHEFE DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL. GARANTIA DE PENSÃO AO CÔNJUGE SUPÉRSTITE, NA METADE DO VALOR PERCEBIDO EM VIDA PELO TITULAR. 1. Segundo a nova redação acrescentada ao Ato das Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias da Constituição de Mato Grosso do Sul, introduzida pela Emenda Constitucional n. 35/2006, os ex-Governadores sul-mato-grossenses que exerceram mandato integral, em 'caráter permanente', receberiam subsídio mensal e vitalício, igual ao percebido pelo Governador do Estado. Previsão de que esse benefício seria transferido ao cônjuge supérstite, reduzido à metade do valor devido ao titular. 2. No vigente ordenamento republicano e democrático brasileiro, os cargos políticos de chefia do Poder Executivo não são exercidos nem ocupados 'em caráter permanente', por serem os mandatos temporários e seus ocupantes, transitórios. 3. Conquanto a norma faça menção ao termo 'benefício', não se tem configurado esse instituto de direito administrativo e previdenciário, que requer atual e presente desempenho de cargo público. 4. Afronta o equilíbrio federativo e os princípios da igualdade, da impessoalidade, da moralidade pública e da responsabilidade dos gastos públicos (arts. 1º, 5º, caput, 25, § 1º, 37, caput e inc. XIII, 169, § 1º, inc. I e II, e 195, § 5º, da Constituição da República). 5. Precedentes. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 29-A e seus parágrafos do Ato das Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.

[65] BRASIL. *Constituição do Estado do Pará (1999).* Assembléia Legislativa do Estado do Pará, 3 ago. 1999.

Presidente da república, quem o tiver exercido, em caráter permanente, fará jus, a título de representação, a um subsídio mensal e vitalício igual aos vencimentos do cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal."[66]

Estivesse o Estado brasileiro submetido a referido comando normativo poder-se-ia argumentar, com supedâneo no princípio da isonomia federativa, a existência de autorização para que os Entes parciais incluíssem em suas Constituições garantia de privilégio análogo aos respectivos Chefes do Executivo. Todavia, como já se destacou, não há tal permissivo na Ordem Democrática de 1988.

Poder-se-ia discutir os severos impactos dessa inovação, implementada pelo legislador constituinte dos Estados membros, no princípio federativo. Todavia, tais reflexões, além de extrapolarem as balizas epistemológicas do presente trabalho, exigiriam produção específica, considerada a sua amplitude.

Dessa forma, para os propósitos que se pretende alcançar, basta que se reconheça o flagrante desvio imposto à função do Estado que, em última análise, chega a criar uma casta superior, com privilégios, malgrado garantidos a expensas de parcela economicamente melhor situada do povo, ensejam prejuízos mais severos para a população mais carente, vale dizer, aqueles que dependem das ações sociais do Estado para subsistirem; aqueles a quem é negado o direito de acesso a bens que integram o mínimo existencial.

Trata-se de ação arbitrária de dominação que não condiz com o conteúdo da liberdade republicana e que, por isso mesmo, encontra resistência da sociedade, comandada pela Ordem dos Advogados do Brasil, com apoio incondicional do Ministério Público e com claros sinais de que essa distorção deverá ser, mais uma vez, corrigida pelo Poder Judiciário.

Advirta-se que, não obstante a provável a remoção dos dispositivos impugnados, a Constituição paraense encerra texto que garante outro privilégio. Trata-se do § 2°, do mesmo art. 305, que não foi impugnado na Ação Direta, *verbis: "*O Presidente e os ex- Presidentes do Poder Legislativo, o Governador e os ex-governadores do Estado, o Presidente e os ex-presidentes do Tribunal de Justiça, em caso de acidente ou doença, terão custeadas pelo Estado as despesas com o tratamento médico e hospitalar".[67]

Cuida-se, pois, em análise última, de reconhecimento do próprio Estado da falência do sistema público de saúde, pelo que providencia proteger aqueles que, como representantes do povo, tiveram em suas mãos a responsabilidade de remover esta nódoa da

---

[66] BRASIL. *Constituição (1969)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 17 out. 1969.

[67] BRASIL. *Constituição do Estado do Pará (1999).* Assembléia Legislativa do Estado do Pará, 3 ago. 1999.

vida contemporânea brasileira, que impede o ingresso de grande parte do povo nos domínios da cidadania e da dignidade.

Essa iniciativa das Assembléias Legislativas, que, tocante à questão dos subsídios, mostra-se ainda mais técnica e perigosa do que aquela de 2007 – note-se a previsão de que o pagamento deve ser realizado "a título de representação" e equivalente "à remuneração do cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado" – importa em severo impacto no orçamento do Estado e fragilização direta do direito ao mínimo existencial.

No caso, ostentam os cidadãos direito de defesa em face do Estado, para que se abstenha de promover a alteração legislativa e se já o fez, para que seja removida da ordem jurídica, com a devolução dos valores pagos a partir do desvio autorizado, mas arbitrário e ilegítimo, de verbas que deveriam ser direcionadas para minimizar a incapacidade de prestação do Ente político.

Segmentos grupais dominadores não se coadunam com a essência do Estado republicano, porquanto o exercício do Poder não representa a transferência de titularidade para um grupo de indivíduos governantes, mas sim uma relação de confiança entre o titular do Poder e aqueles que deverão transitoriamente exercê-lo para que a sociedade possa ter a si própria sob domínio. Vale dizer, o fato de estarem governantes, não afasta os eleitos da condição de governados, mas tão somente se lhes exige que, no que se refere à coisa pública, abandonem qualquer vontade individual e defendam a vontade-geral, que, por sua vez, com a devida correção histórica, deve consubstanciar a própria vontade da sociedade regida pelo pensamento ético do produzir o bem (*Gute*), mesmo que essa ação enseje um mal ou uma dor (*Ubel oder Weh*)[68].

---

[68] E aqui é preciso breve incursão no pensamento kantiano, para que se possa delimitar de que "bem" e de que "mal" se estar a tratar. Kant sugere os campos objetivo e subjetivo pelos vocábulos *Wohl* e *Übel; Gute e Bose*. Assim, *Wohl (bem)* e *Übel (mal)* significam sempre só "uma relação com o nosso estado de satisfação ou desagrado, de contentamento e de pesar; e se por isso desejamos ou detestamos um objeto, a ocorrência se observa só no referente à nossa sensibilidade e ao sentimento de prazer e de dor que produz." "Por sua vez, bem (*Güte*) ou mal (*Böse*) significam sempre uma relação na vontade, quando esta for determinada pela lei da razão a formular com algo um objeto que consentaneamente, porquanto a vontade nunca se determina imediatamente pelo objeto e sua representação, constitui uma faculdade de fazer, mediante uma regra da razão e para si mesma, a causa geradora de uma ação (mediante a qual um objeto pode ser realizado). *Gute* ou *Böse* contém pois o sentido que se deve referir às ações e não ao estado sensível da pessoa; e se alguma coisa tivesse de ser absolutamente boa ou má (*gute oder böse*), em todo o sentido e sem qualquer condição ulterior, ou ser como tal considerada, seria apenas o modo de agir, a máxima da vontade, e conseqüentemente a própria pessoa operante, não, porém, uma coisa que fosse denominada boa ou má." O bem e o mal considerado como princípio de uma legislação universal, representado pelo *Güte* ou *Bose,* possui o conteúdo a ser observado pela humanidade, respeitadas as características particulares de cada cultura. Por sua vez, o bem e o mal, como decorrência de uma ação, de uma vontade, representa sentimento que toma o indivíduo diante do que produziu no mundo prático que o fez se sentir *wohl (*bem) *ou übel (*mal*).* (cf. KANT, Immanuel. *Kritik der praktischen Vernuft.* Stuttgard: Reclam, 2008, p. 88-93). Kant esclarece que: "o idioma alemão tem a vantagem de possuir expressões que não permitem que passe despercebida tal diferença. Para o que os latinos denominam com uma única palavra *bonum*,

O resgate dessa idéia é absolutamente indispensável aos fins que se pretende alcançar por meio do Estado, já que, ao se empreender operação intelectual de redução encontra-se a essência fundamental de que o "Estado só existe em razão do esforço que suscita no espírito de todos".[69]

Com Burdeau, compreende-se que "somente um Poder transcendente e livre de qualquer amarra com as vontades subjetivas de um indivíduo, que seria o chefe em virtude de sua força pessoal, pode encarnar uma disciplina proporcional aos objetivos perseguidos pelo grupo". Ao redor deste Poder transcendente, pois, deve-se formar a "comunhão da geração atual com as do passado e com as que virão amanhã".[70]

Nessa perspectiva é que "a organização política do grupo deixa de ser considerada por seus membros como uma coordenação efêmera de forças instáveis e de interesses divergentes, para ser compreendida como uma ordem duradoura a serviço dos valores que ligam o chefe a seus súditos".[71]

Somente dessa forma é possível viabilizar o surgimento da "idéia do Estado e, com ela, a própria realidade do Estado que só existe nessa idéia.".[72]

É nessa orientação que Burdeau situa a "consciência de uma disciplina" como o fundamento do pensamento dos indivíduos quando concebem o Estado. Tal conceber somente pode existir na consciência de que "a vontade de" Estado subordina as consciências individuais, sem, todavia, desrespeitá-las, mas projetando-as ao pensamento coletivista e humanitário, sem o que a transcendência do poder e, por conseqüência, a consecução dos objetivos do Ente político, restarão deveras comprometidos.

---

o alemão possui dois conceitos muito diferentes e expressões distintas. Para *bonum*, *Güte* e *Wohl*; para *malum*, *Böse* e *Übel* (ou *Weh*), de forma a ensejar dois juízos bem diversos em relação ao *Güte* e o *Böse*, ou ao *Wohl* e *Weh* (*Übel*). Deduz-se, pois, que a proposição psicológica é, pelo menos, incerta em demasia quando se traduz desta forma: nada queremos que não seja com referência ao nosso bem (*Wohl)* ou mal (*Weh)*; por sua vez, se a expressarmos assim: nada desejamos, à luz da razão, senão o que entendemos por bom (*gut*) ou mau (*böse*), está sem dúvida correto e, de igual forma, expresso com grande clareza. No original: "Die deutsche Sprache hat das Glück, die Ausdrücke zu besitzen, welche diese Verschiedenheit nicht übersehen lassen. Für das, was die Lateiner mit einem einzigen Worte bonum benennen, hat sie zwei sehr verschiedene Begriffe, und auch eben so verschiedene Ausdrücke. Für bonum das Gute und das Wohl, für malum das Böse und das Übel (oder Weh): so daß es zwei ganz verschiedene Beurteilungen sind, ob wir bei einer Handlung das Gute und Böse derselben, oder unser Wohl und Weh (Übel) in Betrachtung ziehen. Hieraus folgt schon, daß obiger psychologischer Satz wenigstens noch sehr ungewiß sei, wenn er so übersetzt wird: wir begehren nichts, als in Rücksicht auf unser Wohl oder Weh; dagegen er, wenn man ihn so gibt: wir wollen, nach Anweisung der Vernunft, nichts, als nur so fern wir es für gut oder böse halten, ungezweifelt gewiß und zugleich ganz klar ausgedrückt wird". (Ibidem, p 91).

[69] BURDEAU, Georges. *O Estado.* São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 38.

[70] Ibidem, 39.

[71] Idem.

[72] Idem.

3.3 A ótica republicana e o pensamento de Maquiavel[73]

A relevância do estudo sobre o pensamento desenvolvido por *Niccolo Machiavelli* está hoje muito mais concentrada nas reflexões sobre liberdade e poder do que propriamente em sua classificação das formas de governo, notadamente, como adverte Marcelo Figueiredo, porque "monarquia e repúblicas, ou mesmo, principados e repúblicas, nos dias atuais, são submissos ao direito, seus governantes são escolhidos pelo povo". Assim, conclui Figueiredo: "[...] o legado do autor se faz presente em outras análises, como no comportamento do governante e dos governados, nas técnicas de poder etc., temas que não envelhecem por sua utilidade sempre presente".[74]

Em crítica incisiva ao pensamento de Nicolau Maquiavel, Ataliba Nogueira assim se expressa:

> Nicolau Maquiavel, no seu famoso livro *Il* Príncipe, afirma a absoluta dissociação entre política e moral e qualquer outra ordem superior; fica emancipada a política e livre de entraves à realização do interesse, medida única da atividade do estado. Religião, moral, família, corporações de ofício, indivíduo, tudo está subordinado aos interesses do estado, o que quer dizer ao sucesso político do chefe do estado. Desembaraçado da impertinência dos laços religiosos ou morais, o cínico florentino sustenta a *razão do estado*, ou seja, a supremacia absoluta da vontade do chefe do estado, a quem tudo é permitido, e daí o dever supremo de lançar mão até mesmo da mistificação, da mentira, do suborno, da traição, da falsidade, do disfarce, da hipocrisia, dos mais hediondos crimes, a fim de obter os seus desígnios pessoais, cuja consecução não deve encontrar barreiras. Eis a origem da regra política: *os fins justificam os meios*.
>
> São suas palavras textuais: "O príncipe não pode observar todas aquelas coisas pelas quais são tidos como bons os homens; frequentemente, para manter o estado é obrigado a obrar contra a fé, contra a caridade, contra a humanidade, contra a religião. Importa ter animo disposto a dirigir-se segundo o obrigam os ventos e as variações da fortuna; não se afastar do bem, podendo; mas, saber enveredar pelo mal, se for preciso... Faça, portanto, questão o príncipe de viver e manter o estado: serão os meios sempre julgados honrados por todos.[75]

---

[73] A abordagem objetiva tão somente destacar a importância do maquiavelismo na formação dos Estados e, sobretudo, do pensamento republicano. A complexidade encontrada na leitura das obras de Maquiavel impõe que sobre elas se reflita com melhor dedicação, sobretudo para que se possa compreender sua importância para a defesa do Estado como meio para a consecução das bases sobre as quais os indivíduos poderão construir a sua felicidade. Ocorre que qualquer digressão adicional importaria no afastamento – decerto que proveitoso, mas deveras atécnico e epistemologicamente não desejável – dos objetivos mais próximos dessa investigação. Assim, para conciliar a necessidade de incursão mais profunda e o deslocamento do eixo investigatório é que se construiu o Apêndice B, em que o leitor, caso deseje, encontrará breve digressão sobre o pensamento maquiavélico, cuja leitura auxilia a compreensão acerca de, pelo menos, uma das rotas possíveis de adoção pelo Estado na sua trajetória em direção ao preenchimento dos anseios da sociedade.

[74] SANTOS, Marcelo Fausto Figueiredo. *Teoria Geral do Estado.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 56.

[75] NOGUEIRA, Ataliba. *O Estado é meio e não fim.* São Paulo: Saraiva e Cia, 1945, p. 37.

A leitura isolada de aludido excerto parece revelar certa objeção que Ataliba Nogueira opõe ao pensamento maquiavélico, todavia, é preciso compreender que a crítica deve se dirigir muito mais a uma época do que às idéias do político florentino, em especial porque, com o esclarece Lauro Escorel, o que Maquiavel fez foi "codificar e difundir as normas práticas que sempre regularam a conduta humana no plano político, ainda que frequentemente sob disfarces hipócritas".[76]

A interpretação e compreensão das idéias políticas devem considerar o momento histórico de sua concepção. A época de Maquiavel foi marcada por transição e contrastes e, por isso, não se pode, sob o risco de grave deformação, dissociar suas idéias das condições em que se achavam, no século XVI, os estados italianos, bem como dos costumes políticos que neles prevaleciam.[77]

Leciona Escorel que o método desenvolvido por Maquiavel logrou alcançar "um conhecimento minucioso e quase anatômico da natureza real da política, concebida como uma técnica utilitária posta a serviço dos fins do Estado.". Nesse sentido, ainda que se considere unilateral e fechado o pensamento maquiavélico, há que se reconhecer que a técnica por ele desenvolvida deve ser conhecida e dominada pelo homem político, "particularmente quando investido das responsabilidades do poder público, a fim de bem cumprir sua missão última que consiste em promover o bem comum".[78]

Quando se reflete acerca dos diversos escândalos que irrompem Brasil adentro, em que verbas públicas são desviadas para fins individuais – logo, escusos –, impõe-se reconhecer certa razão ao conhecido pessimismo maquiavélico, que se revela no trecho destacado por Ataliba, porquanto a astúcia e o egoísmo parecem vencer sentimentos superiores.

É preciso perceber que os maiores prejuízos de tais práticas são suportados por aqueles que têm no Estado o seu principal – e, às vezes, único – sustentáculo para alcançar uma vida digna e, por conseguinte, livre.

Nessas circunstâncias, afasta-se a liberdade, instaura-se a dominação arbitrária e, por conseguinte, ruem-se as bases do republicanismo.

---

[76] ESCOREL, Lauro. *Introdução ao Pensamento Político de Maquiavel.* São Paulo: Organização Simões, 1958, p. 94.
[77] Ibidem, p. 3.
[78] Ibidem, p. 197.

3.4 Republicanismo e liberdade

3.4.1 O sentimento republicano e a liberdade como não dominação

Philip Pettit se identifica como republicano, não na acepção comunitarista-populista – que posiciona a coletividade como mestre e o Estado como servo e defende que o povo deve confiar no seus representante somente quando absolutamente necessário –, mas no sentido que situa o povo, individual e coletivamente, como aquele que confia e o Estado como aquele em que se deve confiar. O republicanismo em que povo confia ao Estado a garantia de existência de regras não arbitrárias.[79]

A democracia participativa, portanto, é essencial para o modo de vida republicano, pelo fato de ser o caminho necessário para a promoção da liberdade como não dominação, mas não em função de sua concepção positiva que reduz a liberdade a simples direito de participação democrática.[80]

A concepção de liberdade como oposição ao estado de escravidão é tema recorrente e atual na história da civilização humana, em especial porque o que deve definir o estado de escravidão é o fato de alguém viver submetido às vontades de outro, circunstância que se relaciona intimamente com o estado de dominação.[81]

Reporta-se Pettit ao pensamento de Maquiavel para delinear a oposição liberdade-servidão, mais precisamente quando o pensador romano, ao empreender exame de contraste

---

[79] PETTIT, Philip. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government.* New York: Oxford University Press, 1997, p. 8. No original: "[…] the term 'republican' has come to be associated I many circles, probably under influence of Hannah Arendt, with a communitarian and populist approach. Such as approach represents the people in their collective presence as master and the state as servant, and suggests that the people ought to rely on state representatives and officials only where absolutely necessary: direct democracy, whether by assembly or plebiscite, is the systematically preferred option. The commonwealth or republican position, by contrast, sees the people as trustor, both individually and collectively, and sees the state as trustee: in particular, it sees the people trusting the state to ensure a dispensation of non-arbitrary rule".

[80] Ibidem, p. 8. No original: "Democratic participation may be essential to the republic, but that is because it is necessary for promoting the enjoyment of freedom as non-domination, not because of independent attractions: not because freedom, as a positive conception would suggest, is nothing more or less tha the right of democratic participation".

[81] Com supedâneo em Trenchard e Gordon, Pettit destaca que "Liberty is, to live upon one's own Terms; Slavery is, to live at the mere Mercy of another; and a Life of Slavery is, to those Who can bear it, a continual State of Uncertainty and Wretchedness, often an Apprehension of Violence, often the lingering Dread of a violent Death". (Ibidem, p. 33).

entre cidades livres e escravas, identifica a submissão à tirania e à colonização a formas de escravidão.[82]

Nada obstante, a concepção republicana de liberdade como não dominação em nada corresponde à concepção de liberdade como não interferência. Na verdade, a inexistência de interferência pode, inclusive, ensejar violação à liberdade como não dominação. Assim, sustenta Pettit a possibilidade de dominação sem interferência e de interferência sem dominação. Na verdade, "interferência ocorre sem perda de liberdade quando a interferência não é arbitrária e não representa qualquer forma de dominação".[83]

Como já se observou, não se pode conceber o ideal republicano sem que estejam presentes os seguintes caracteres: a) a negação de qualquer tipo de dominação, seja através de relações de escravidão, de relações feudais ou assalariada; b) defesa e difusão das virtudes cívicas; c) estabelecimento de um Estado de direito; d) construção de uma democracia participativa; e) incentivo ao autogoverno dos cidadãos; f) implementação de políticas que atenuem a desigualdade social, através da efetivação da isonomia substancial.[84]

Impõe-se advertir que não se ignora que o Estado é uma instituição de dominação, no sentido de que se utiliza do poder para gerir a sociedade. Todavia, tal dominação é possibilitada pela ordem jurídica, já que o domínio da violência não arbitrária é necessário para a garantia da paz social.[85]

O que o republicanismo não admite é o ato arbitrário de dominação que reduz ou retira a liberdade dos indivíduos, projetando-os ao esforço desumano de adaptação a regras de submissão, com o único propósito de "'dirigir', 'enquadrar' ou 'ajustar' a vida das pessoas ou

---

[82] Idem. No original: "Machiavelli is one of those who gives pride of place to the liberty-servitude opposition, identifying subjection to tyranny and colonization as forms of slavery. We find him contrasting those cities that live in freedom, for example, and those that live in slavery. All cities and provinces that live in freedom anywhere in the world, de says, make very great gains".

[83] Ibidem, p. 35. No original: "[…] interference occurs without any loss of liberty when the interference is not arbitrary and does not represent a form of domination".

[84] AGRA, Walber de Moura. *Republicanismo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 16.

[85] Nesse sentido, importa invocar as lições de Adolfo Posada, que situa "El Estado como instituición de dominación" e aduz: "Y no se crea que esta idea es una idea vulgar, meramente. Hay quienes, emprleando términos menos comprensibles, la sostienen com todo el aparato cientifico que el caso requiere. Por ejemplo, el sociólogo Gumplowicz. Según este dice en el Derecho político filosófico, el Estado es << una organización progresiva de la soberania del hombre sobre el hombre para el bien de la humanidad>>, lo cual supone que el Estado implica un lazo de imperio, de dominación. <<Dominadores por un lado, dominados por otro, directores y dirigidos: tales son – añade este autor – las eternas, las imprescindibles e inmutables notas distintivas del Estado.>> Y esta ideal es más corriente do lo que parece. Que el lector se fije en el supuesto implícito en la mayoria de las doctrinas que los periódicos desarrolan, y que va encubierto en los programas de los partidos, y berá que es muy corriente considerar el Estado: 1º como el poseedor de las cárceres, de los fusiles e cañones, de la guarda civil, de la riqueza social por el impuesto, y el que por la expropriación forzosa se apodera, à nombre del interés público, de la propriedade privada, y 2º como un conjunto de personas à quienes se atribuye el poder material para mandar y dirigir: el gobierno, por otro nombre.". (POSADA, Adolfo. *La Idea Pura de Estado.* Madrid: Editorial Revista de Direito Privado, 1933, passim.)

das sociedades a padrões, conceitos ou ideais pré-estabelecidos", como se os entregassem à sorte do leito de Procusto.[86]

Inviável, pois, o afastamento de qualquer dos caracteres que delineiam o republicanismo, sob pena de desnaturá-lo em sua própria essência e, por conseguinte, não lograr o Estado alcançar os resultados aguardados pela sociedade.

Montesquieu refere que "O amor da República, numa Democracia, é o amor à Democracia; o amor à Democracia é o amor à igualdade. O amor à Democracia è ainda o amor à frugalidade".[87]

No campo da eletividade, da periodicidade e da responsabilidade os valores republicanos são fortalecidos ou fragilizados, já que a consciência ética e política do povo, em especial daqueles que pretendem alçar os cargos eletivos, constitui a pedra fundamental para a redução das verdadeiras batalhas judiciais que envolvem violações ao direito ao mínimo existencial, que, advirta-se, decorrem da formação de uma sociedade injusta, dominada e desigual.

3.4.2 Eletividade, periodicidade e responsabilidade

A ética na política depende, diretamente ou indiretamente, da maneira como a sociedade percebe a essência dos direitos e deveres no âmbito Estado, já que dessa percepção

---

[86] Procusto é um personagem da mitologia grega. "O bandido Procusto possuía singular mania; queria que todos tivessem a sua altura, e para tanto mandava se deitassem no seu leito os viajantes detidos. Se ultrapassassem a medida do leito, cortavam-se-lhes as extremidades das pernas; se, pelo contrário, fossem demasiadamente pequenos, puxavam-nos mediante cordas até que atingissem o cumprimento exigido". (Ménard, René. *Mitologia Greco-Romana.* 2. ed. Volume III. São Paulo: Opus, 1991, p. 272-273.). A esse propósito, explicativas são as palavras de Luiz Henrique da Silveira: "Os mitos são criados pelas culturas para responder às suas angústias em relação ao mundo que as circunda. Por trás deles, se esconderiam não apenas características imanentes a comportamentos individuais ou grupais, mas arquétipos compartilhados por toda a humanidade - modelos simbólicos do inconsciente coletivo que se revelam constantes através dos tempos, presentes nas mais variadas culturas, sonhos e personalidades de indivíduos do mundo inteiro. Dentre as muitas figuras da mitologia grega, havia um gigante chamado Procusto, que convidava as pessoas para passar a noite em sua estalagem, numa cama de ferro. Nessa aparente hospitalidade, porém, se escondia um tenebroso ardil: ele exigia que os visitantes coubessem, com perfeição, na cama. Se o tamanho do hóspede fosse menor que o leito, Procusto torturava-o, esticando-o até que tivesse (depois de morrer) o comprimento do leito; caso se tratasse de alguém muito alto, com dimensões superiores às do leito, reduzia-o ao tamanho da cama, decepando-lhe a cabeça ou as pernas que sobravam. A simbologia contida nesse mito revela a que extremos pode chegar a ideologia para tentar "dirigir", "enquadrar" ou "ajustar" a vida das pessoas ou das sociedades a padrões, conceitos ou ideais pré-estabelecidos." (SILVEIRA, Luiz Henrique. *Síndrome de Procusto.* Tribuna Catarinense. Santa Catarina, Edição n. 889, 28 out. 2005. Disponível em : <http://www.jornaltribuna.com.br/opiniao.php?id_materia=7961>. Acesso em: 14 set. 2010.)

[87] Montesquieu, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis: as formas de governo, a Federação. A divisão de Poderes*; introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 119.

decorre a compreensão da necessidade de respeito ao semelhante e da preservação dos valores coletivos.

Entende-se que, para o republicanismo, o interesse público é, em sentido amplo, aquele que se destina a preservar a coletividade dos próprios desvios que marcam os interesses particulares em colisão. A homenagem a esse interesse pressupõe o bem comum – com as devidas correções históricas desde Rousseau – e não admite a persecução de objetivos que representem perigo à preservação dos valores superiores de uma sociedade.

É justamente para a defesa do interesse público, da *res publica,* que a Sociedade elege representantes e a eles entrega sua esperança por dias melhores, aparelhando-lhes com os recursos da máquina governamental, criados a partir do esforço de todos, e, por isso mesmo, aguarda-se o retorno de benefícios que se orientem à preservação da Sociedade e do Estado.

Não se pode admitir a representação com ausência de ética e civismo, uma vez que, como adverte Walber Agra, "a finalidade maquiavélica da política de conseguir o poder e mantê-lo por todos os meios disponíveis não é aceitável para os republicanos. A política se configura com instrumento para a defesa da *res publica*, pautada por princípios traduzidos nas virtudes cívicas".[88]

Sustenta Agra, pois, que as virtudes cívicas "exigem dos representantes populares dignidade para com o trato da coisa pública e desprendimento em prol de interesses coletivos".[89]

Esse "desprendimento em prol de interesses públicos" é o que deve sustentar o governo e viabilizar, inclusive, a sua manutenção. Não se pode confundir a renovação necessária à oxigenação da máquina governamental com a perenidade da linha mestra que deve comandar as razões de governar: alternam-se os governantes, todavia impõe-se manter a "dignidade para com o trato pela coisa pública".[90]

Todo interesse particular deve ser removido das razões de governo, pelo que se deve rechaçar a concessão de privilégios e o desenvolvimento de verdadeiros acordos que pretendam a permanência de determinado grupo no poder, em absoluto detrimento dos interesses maiores que devem reger uma Sociedade.

O debate sobre a preservação ou restauração dos princípios republicanos ocupa, de forma cada vez mais intensa, o espaço de discussão no Estado Democrático, em que se

---

[88] AGRA, Walber de Moura. *Republicanismo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 23.
[89] Idem.
[90] Idem.

superpõe a missão do Estado e da sociedade civil, porquanto, à luz da liberdade como não dominação, há flagrante incompatibilidade entre a garantia dos direitos mínimos e a violação dos princípios da República.

A imprensa livre, instrumento da mais elevada estatura no Estado Democrático [91], em especial para o exercício do pluralismo e defesa da própria sociedade[92], é responsável por levar até grande parte do povo (já que, malgrado a riqueza do Brasil, convive-se com os rincões de pobreza absoluta) os indícios de resgate, ainda que tardio, de valores subalternizados por indivíduos que traíram a representação, circunstância que, se não representa solução, serve de alento e de esperança por dias melhores.

Em artigo publicado no dia 11 de fevereiro de 2011, periódico "O dia", do Estado do Piauí, Arimatéia Azevedo sintetizou de forma bastante pertinente situações empíricas que demonstram o esforço conjunto na busca pela moralidade pública, em defesa dos princípios republicanos. Pela sua natureza, o escrito privilegia a marcante atuação da Ordem dos Advogados do Brasil, todavia, a leitura técnica da matéria descortina verdadeira orquestração que envolve o Ministério Público, do Poder Judiciário e da Sociedade Civil organizada.[93]

---

[91] No RE n. 511961, o Supremo Tribunal Federal esposou entendimento, segundo o qual: "o jornalismo é uma profissão diferenciada por sua estreita vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e de informação. O jornalismo é a própria manifestação e difusão do pensamento e da informação de forma contínua, profissional e remunerada. Os jornalistas são aquelas pessoas que se dedicam profissionalmente ao exercício pleno da liberdade de expressão. O jornalismo e a liberdade de expressão, portanto, são atividades que estão imbricadas por sua própria natureza e não podem ser pensadas e tratadas de forma separada. Isso implica, logicamente, que a interpretação do art. 5º, inciso XIII, da Constituição, na hipótese da profissão de jornalista, se faça, impreterivelmente, em conjunto com os preceitos do art. 5º, incisos IV, IX, XIV, e do art. 220 da Constituição, que asseguram as liberdades de expressão, de informação e de comunicação em geral". Disponível em < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em 03 ago. 2010.

[92] Na ADPF n. 130/DF, o STF assim se manifestou, *verbis:* "A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados. O § 5º do art. 220 apresenta-se como norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários.". Disponível em < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em 03 ago. 2010.

[93] Veja-se o seguinte trecho: "Aposentadoria e pensão de ex-governadores e familiares, lei ficha limpa e afastamento do cargo de governador envolvido em atos de improbidade, são três grandes temas que marcam a atual gestão da OAB nacional, tendo o presidente Ophir Cavalcante e o diretor geral Marcus Vinicius Coelho à frente. Os temas são indispensáveis e republicanos. Demonstra do que é capaz uma entidade independente e autônoma. Ao longo de 80 anos, a Ordem sempre foi aliada da sociedade brasileira. E está voltando a trilhar o mesmo caminho. A sociedade civil organizada sempre foi um importante esteio para a consolidação da democracia. A OAB desempenha seu papel, unindo as suas duas missões, de defesa da categoria e de proteção da ordem jurídica do Estado Democrático. Outras instituições da sociedade deveriam seguir a mesma trilha. O país sairá ganhando. Em boa hora, Ophir Cavalcante traz a bandeira do fim das aposentadorias e pensões de governadores, um privilégio inconcebível num país onde o trabalhador vive com salário irrisório e muito à margem de benefícios sociais. O próximo passo, já anunciado, será estimular as seccionais da Ordem que façam o mesmo em relação aos ex-prefeitos. Tem ex-prefeito que abocanha gorda pensão por ter passado um dia no

Percebe-se, pois, que, de forma cada vez mais recorrente, a perpetração de lesões aos princípios republicanos são relacionados com o mínimo existencial, notadamente quando se busca a utilização da máquina pública para se auferir benefícios individuais ilegítimos, sob roupagem da legalidade. Trata-se, pois, como pontuou Arimatéia, de privilégios inconcebíveis "num país onde o trabalhador vive com salário irrisório e muito à margem de benefícios sociais".

Leciona Geraldo Ataliba que, na República "os exercentes de funções políticas (executivas e legislativas) representam o povo e decidem em seu nome, fazendo-o com responsabilidade, eletividade e mediante mandatos renováveis periodicamente". A eletividade, aduz Ataliba, "é o instrumento da representação. A periodicidade assegura a fidelidade aos mandatos e possibilita a alternância do Poder. A responsabilidade é o penhor da idoneidade da representação popular.".[94]

Posada refere à representação como "maneira de obrar o Estado". "O individuo obra pelo Estado", sendo a representação um fenômeno sociológico, mas também jurídico; o que supõe "da parte do Estado e também de seus representantes, uma porção de exigências – direitos e obrigações – que deverão regular-se juridicamente.". [95]

Para além da submissão à ordem jurídica, o que se espera é que os mandatos conferidos sejam respeitados pelos representantes eleitos, de modo que as promessas de campanha, consubstanciadas no programa de governo protocolizado na Justiça Eleitoral, sejam observadas: é com fundamento nelas que o povo opta por confiar neste ou naquele candidato.

Leciona Manoel Jorge e Silva Neto: "porque – repita-se – a 'coisa é pública', torna-se politicamente indispensável que a conduta de quem foi alçado ao posto de governo pela via de eleições seja posta em confronto após ultrapassado determinado lapso temporal".

---

cargo. E o presidente da OAB do Piauí, Sigifroi Moreno, já se comprometeu em tomar todas as medidas nesse sentido em cada município do Estado. É hora da sociedade fazer sua parte e agir em defesa dos princípios republicanos." Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=21386>. Acesso em: 11 fev. 2011.

[94] ATALIBA, Geral. *República e Constituição.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 13.

[95] Ensina Posada que: "El fenómeno, rigurosamente sociológico, de la condensación de la obra coletctiva del Estado, en un individuo, miembro suyo, en cual, al verificar el acto del Estado, se conveirte en su órgano, constituye la base en que descansa la representation politica. En efecto, el individuo, miembro del Estado, que verifica un acto en el cual se condensa una determinación de la voluntad colectiva, procede como su representante, porque es representantes el que obra por otro, y en el caso a que nos referimos, el individuo obra por el Estado. Ahora bien; como el Estado, al igual que cualquier otra persona social, manifesta concretamente su actividad mediante sus representantes, puede dicerse que el Estado obra por representation. La representación, ademas de ser un fenómeno sociológico, entraña un aspecto jurídico muy importante. No debe olvidarse que el Estado es, ante de todo, una persona, y que el representante también lo es; dado esto, la representación supone, lo mismo de parte del Estado que de la de sus representantes, una porción de exigencias – derechos e obligaciones o deberes – que han de regularse juridicamente". (POSADA, Adolfo. *Ciência Política.* Barcelona: Sucesores de Manuel Soler: 1902, p. 100-101).

E conclui: "[...] A regra da provisoriedade dos mandatos é complementar à da eletividade: não se poderia pensar em eleições periódicas quando se permite o exercício de mandato sem limitação no tempo".[96]

O que se espera também é a seguinte conseqüência indicada por Ataliba: "os mandatários (representantes eleitos) que se desviarem dos termos do mandato (rumos desejados pelo povo) receberão a censura e desaprovação do povo, mediante sua não reeleição. Daí a importância da periodicidade".[97]

Ocorre, todavia, que a engenharia delineada por Ataliba somente poderá funcionar se os pressupostos gerais de estabelecimento do Estado republicano forem atendidos. Vale dizer, as falhas de operação na eletividade e na representação são diretamente proporcionais ao grau de dominação presente na Sociedade e no Estado.

Em Montesquieu, colhe-se a idéia de que "o Povo é admirável para escolher aqueles a quem deve confiar qualquer parcela de sua autoridade. Ele deve decidir só através de coisas que não possa ignorar, e de fatos que caiam sob os sentidos".[98]

A presente pesquisa reserva tópico específico para enfrentar o tema das grandes dificuldades de se afastar do exercício da representação aqueles mandatários que – de forma recorrente, advirta-se – além de não honrarem seus compromissos de campanha, avançam por sobre os recursos públicos e os manejam para atingir objetivos particulares, em benefício individual ou de grupos, sempre buscando o enriquecimento ilícito.

Para além dessas circunstâncias, cumpre observar, com suporte nas das lições de Marcelo Figueiredo, que "os representantes são filiados a partidos políticos, que normalmente com sua direção e prestígio acabam influenciando o sistema político em caráter negativo. Assim sendo, a tão decantada 'soberania do povo' reduzida á representação sofre deformações oligárquicas [...]".[99]

Esse cenário atinge a sociedade como um todo, mas, de forma mais direta e imediata, aqueles segmentos menos favorecidos e que estão sempre a depender da prestação estatal, em especial aquelas que se dirigem a preencher as necessidades mais básicas à subsistência humana, que integram o denominado mínimo existencial.

---

[96] SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 262.

[97] ATALIBA, Geral. *República e Constituição.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 14.

[98] Montesquieu, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis: as formas de governo, a Federação. A divisão de Poderes*; introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 89-90.

[99] SANTOS, Marcelo Fausto Figueiredo. *Teoria Geral do Estado.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 128.

Por ironia, a base sobre a qual se deitam as promessas de campanha e os motivos para manutenção do poder é o discurso sobre a continuidade de supostas atuações tendentes a preencher as necessidades básicas do povo e, por conseguinte, reduzir as desigualdades. Em palavras outras, as vertentes mestras de ação governamental, seja para o executivo, seja para o legislativo, são a saúde, em sentido amplo, a educação, o emprego, a renda e, com o crescimento agressivo da violência urbana, a segurança pública.

Não se faz necessária qualquer investigação histórica, para que se perceba que são essas as recorrentes bandeiras de campanha, presentes nas eleições, fato que não se mostra de todo estranho, porquanto as crescentes necessidades humanas sempre demandarão aperfeiçoamento nessas áreas.

O inconcebível é não se tratar de aperfeiçoamentos, mas de proporcionar o que de mais básico pode se exigir, observada a preservação da dignidade, no campo das vertentes mestras antes indicadas, já que a malversação dos recursos públicos oferece sérios obstáculos no avanço social.

Perpetua-se, pois, o cenário de pobreza e inacessibilidade aos bens mais comezinhos da vida, o que, por conseqüência, afasta grande parte da população da participação substancial no debate democrático, já que limitada pelas parcas condições de sobrevivência e, por isso mesmo, impossibilitada de identificar nas condutas ilícitas (promessas) o grave mal que está por atingir suas próprias vidas.

Além das dificuldades de se influenciar a mudança desse panorama, multiplicam-se as práticas antidemocráticas – como a captação ilícita de sufrágio, perpetrada por meio da oferta ou promessa de bens e serviços de natureza absolutamente básica –, que pretendem viabilizar o alcance ou a manutenção do poder, o que transforma o espaço republicano em um campo de flagrante dominação.

Por via transversa, pois, subalternam-se a eletividade e a transitoriedade dos mandatos.

Nessas circunstâncias, como exigir consciência política daqueles que se encontram alijados das condições mínimas de subsistência? Garante-se-lhes a participação democrática formal, por meio do sufrágio universal, que, na verdade, dadas as condições, transforma-se em peça de mercancia largamente utilizada, contra a qual os instrumentos de combate se mostram de ineficazes.

Sendo certo que o republicanismo não deve admitir qualquer sorte de dominação arbitrária, seja ela de indivíduo sobre indivíduo, grupo sobre indivíduo, fornecedor sobre consumidores, etc., mais certo ainda é que a mais nociva forma de dominação é aquela que

alcança a vontade livre do eleitor e, por conseguinte, a legitimidade do espaço democrático, onde só se pode falar em liberdade ante a presença substancial de posicionamento político livre e não dominado.

Da pena de Montesquieu lê-se que "num Estado, quer dizer, numa sociedade onde há leis, a liberdade pode consistir em poder fazer o que se deve querer, e em não ser obrigado a fazer o que não se deve querer". Assim, diferencia Montesquieu independência de liberdade: "A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem. Se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem, ele já não teria liberdade, pois os outros teriam igualmente esse poder".[100]

Ocorre que o exercício da liberdade no campo da eletividade ocorre muitas vezes ao arrepio das leis, na penumbra do abuso do Poder político, social e/ou econômico, em práticas sub-reptícias e subliminares, fazendo, pois, falhar a concepção de que "os outros teriam igualmente esse poder".

Em uma sociedade desigual, o que se inicia com o abuso do poder econômico e social termina como abuso de poder político, circunstâncias que constroem liberdades ilícitas sem que, todavia, perceba-se restrição, ao menos significativa, na liberdade daquele que abusa: tudo se traduz no confronto de grupos, em detrimento dos interesses da sociedade.

A liberdade que resta minimizada e ultrajada é a do outro, inclusive daqueles adversários na batalha eleitoral. Todavia, as conseqüências desse ultraje à liberdade política atinge outras dimensões da liberdade.

Afirma Jean-Marie Guéhenno que o "Estado ocupa nas sociedades modernas uma posição central, sem precedentes, mesmo se comparado com regimes teocráticos, em que o despotismo conseguia mobilizar as energias de populações inteiras para projetos decididos pelo príncipe, faraó ou grande inca".[101]

Deveras: mostra-se imensa a riqueza que se desloca da parcela produtiva da sociedade e que passa pelo Estado, que, por sua vez, tem a missão de fazer retornar estes recursos na forma de prestações que possam viabilizar a inclusão daqueles que ainda se encontram fora dos limites da dignidade.

Todavia, a ameaça à liberdade se maximiza na proporção em que os indivíduos se revelam economicamente mais dependentes do Estado, o que o transforma em um mero prestador de serviços, restando, pois, absolutamente banalizada a sua função.

---

[100] MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis: as formas de governo, a Federação. A divisão de Poderes*; introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 167.

[101] GUÉHENNO, Jean-Marie. *O futuro da liberdade – A democracia no mundo globalizad*o – A democracia no mundo globalizado. Rio de Janeiro: Bertrand Brazil, 2003, p. 41

A construção de um Estado forte e protetor, propiciador das condições necessárias à igualdade substancial, é o caminho para a garantia da liberdade e para o fortalecimento da consciência política do povo, remédio mais adequado para sanar os desvios de conduta perpetrados por aqueles que, ao ascenderem ao domínio da coisa pública, submete-a aos seus interesses privados.

O abuso de poder econômico e a corrupção, que coroam a absoluta ausência de ética na política, concorrem para graves ofensas aos direitos individuais e aos direitos sociais, todavia é no campo do mínimo existencial que os estragos se fazem sentir com maior força. Daí porque o vilipêndio à representação e à eletividade deve ser combatido por meio das últimas trincheiras disponíveis ao cidadão, quais sejam as instituições do Ministério Público e do Poder Judiciário, com atuação dignificante da Advocacia.

Decerto que não existem Estados imunes à ausência de ética na política, à corrupção, ao abuso de poder ou outras modalidades de desvio de conduta dos representantes do povo. Porém, a medida deste sofrimento é que ira determinar se o Ente político mantém sua condição de Estado forte e protetor ou se retroage ou estagna como mero mal prestador de serviços.

Quanto mais desigual e arbitrariamente dominador o ambiente em determinado Estado, maior a necessidade de atuação dessas instâncias de Poder, que, é preciso advertir, não receberam a confiança do povo por meio do voto, mas, no Estado hodierno, representam, muitas vezes, o sustentáculo principal para a preservação dos valores republicanos e democráticos.

Na medida em que se subverte a eletividade e falha a representação, assume papel primordial, por muitas vezes considerado invasivo, o Ministério Público e o Poder Judiciário, razão pela qual os desvios de conduta no âmbito dessas duas instituições, decorram da indiferença ou de ilicitude perpetrada por seus membros, representa a absoluta desnaturação do que um dia se concebeu como a fórmula para abusos no campo do Estado – o controle do Poder pelo Poder.

3.5 A essência da separação das funções estatais no Estado republicano

3.5.1 Origem remota da tripartição das funções estatais

Ao tratar da evolução histórica da Tripartição das Funções Estatais, Silva Neto relembra que: "o pensamento político moderno e contemporâneo é grande devedor das formulações teóricas dos gregos. E a divisão das funções do Estado é tema que não escapa à regra".[102]

Nuno Piçarra assinala que se localizam na Grécia e na Roma antigas algumas das idéias que vieram a encontrar a sua expressão institucional mais perfeita no moderno Estado constitucional, que podem ser designadas como 'axiomas fundamentais da idéia ocidental de Estado', contraposta ao 'despotismo oriental', quais sejam:

> 1º O poder político deve emanar de uma estrutura institucional objectiva e não imediatamente da vontade dos homens. Entre eles e o poder deve interpor-se a instituição;

---

[102] SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 262. No particular, importa destacar a advertência do referido autor: "[...] é preciso ter atenção para o fato de que muitos denominam teoria da tripartição do 'poder', e mesmo a Constituição de 1988, ao inaugurar o Título IV, assinala a epígrafe "Da Organização dos Poderes", fazendo referência nos Capítulos seguintes às expressões 'Do Poder Legislativo' (arts. 44 e segs.), 'Do Poder Executivo' (arts. 76 e segs.) e 'Do Poder Judiciário' (arts. 92 e segs.). [...] O poder, que se consubstancia em 'imposição real e unilateral de uma vontade' (Salvatti Neto), uma vez transformado em potestade exercitável pelo Estado, passa a constituir fenômeno político marcado por caracteres que depõem contra a possibilidade de cisão. São eles: a) a *unidade*; b) a *indelegalabilidade*; c) a *coatividade*. O poder é *uno* e, por conseguinte, indivisível. O fenômeno do poder está relacionado ao Estado como um todo, e não às funções desempenhadas por órgãos a ele vinculados. A existência de funções legislativa, executiva e judiciária tem a sua razão ontológica presa à necessidade de o Estado mais rápida e eficazmente alcançar as suas finalidades. Mas o Poder do Estado, enquanto tal, permanece incindível. Outrossim, quando se afirma que o poder político é indelegável, defende-se a completa inviabilidade quanto a outro órgão ou pessoa vir a exercer as atribuições previstas na constituição senão aquele(a) para o(a) qual se dirija o encargo. E se não é possível delegação de autoridade estatal, não se permite, logicamente, seja fracionada. A regra, portanto, é da proibição de delegação de funções, se bem que excepcionalmente permita a Constituição de 1988 o exercício de atribuições por quem não fora, de forma originária, a tanto autorizado, como se dá com a edição de lei delegada (art 68, *caput*). E o último traço a cingir a fronte do poder político e impeditivo de sua divisão é a sua natureza coativa. O poder é coativo porque se impõe independentemente de manifestação de vontade dos destinatários dos seus comandos. Ora, se os indivíduos renunciaram ao exercício da liberdade absoluta, objurgando o 'estado de natureza' em que viviam e organizando-se em prol da consecução de finalidades comuns no 'estado social', nada mais justificável do que submeterem-se incondicionadamente aos ditames promanados da pessoa coletiva. E se o poder coage, de modo legítimo, para obrigar a conformação ás suas ordens, da conduta das pessoas, admitir a divisão seria o próprio desvanecimento do poder. Poder, então, não se divide. Divididas são as funções do Estado, a fim de torná-lo apto ao cumprimento das finalidades que descrevem sua razão de ser e de existir. Ainda assim, ao longo da exposição em torno ao Legislativo, Executivo e Judiciário, iremos denominá-los 'poder', sem que isso obviamente seja o reconhecimento do acerto do constituinte originário, mas mera alusão, por propósitos didáticos, aos termos que vêm sendo historicamente consagrados por todas as Constituições brasileiras". (Ibidem, p. 361-362).

> 2º Essa estrutura institucional deve ser diferenciada, compósita e não monolítica ou uniforme, tanto do ponto de vista orgânico como do ponto de vista funcional;
> 3º Essa estrutura institucional deve ser juridicamente conformada e a sua actuação deve fazer-se de acordo com a lei;
> 4º Essa estrutura institucional deve ser tanto quanto possível estável. Para isso tem que ser 'local de mistura' das várias classes sociais, portadoras de 'interesses conflitantes'. Estas devem ter acesso equilibrado aos órgãos ou magistraturas de que aquela se compõe, de modo a poderem participar globalmente no exercício do poder político.[103] (grifou-se).

A noção de separação das funções estatais (já que, como adverte André Ramos Tavares, "pode-se dizer que só por antonomásia é que se poderia denominá-la separação de poderes"[104]) está diretamente ligada com o conceito de "constituição mista" – cuja teoria se insere no ultimo dos axiomas referidos –, que tem sua origem em Aristóteles, por se enquadrar no tema das formas de governo, ou seja, nos "modos de exercício do poder supremo no Estado".[105]

"Constituição mista" – considerada a melhor por Aristóteles, porque envolvia ricos e pobres – era aquela em que os vários grupos ou classes sociais participavam do poder político, contrapondo-se à "constituição pura", na qual o exercício do governo estava nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade.[106]

A filosofia do meio termo, ideal de toda a ética Aristotélica, que atribui valor positivo a tudo que constitua o justo meio entre dois extremos: "porque o 'meio termo é bom em tudo', também a melhor sociedade é que for composta pelo maior número possível de membros iguais ou semelhantes, isto é, por uma classe média mais numerosa, que do que a classe dos ricos ou a dos pobres, quer do que ambas em conjunto".[107]

Insere-se ai o conceito aristotélico de constituição média ou governo médio, que abarca, ainda que sob perspectivas distintas, a mesma realidade envolvida pela constituição mista. Esta, objetiva o "equilíbrio estático" e atente às desigualdades e diversidades sociais para evitar que uma classe adquira preponderância sobre a outra, revelando-se, assim, um "sistema político-social pluralmente estruturado"; já a primeira, encara o equilíbrio entre as

---

[103] PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução.* Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 31-32.
[104] TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1185.
[105] PIÇARRA, Nuno. op. cit. p. 32.
[106] Ibidem, p. 33.
[107] Ibidem, p. 35.

classes como um processo de atenuação das diferenças entre elas, revelando-se um programa político de aproximação ou de assimilação econômico-social das classes.[108]

No modelo aristotélico de constituição mista encontra-se a idéia que se associa à doutrina da separação dos poderes, na fase adiantada de sua evolução, qual seja "a do equilíbrio ou balanceamento das classes sociais através da sua participação no exercício do poder político, viável mediante o acesso à orgânica constitucional.".[109]

Refere Aristóteles, de igual sorte, que "existe em todo governo as três partes nas quais o legislador consciente deve fazer valer o interesse a conveniência particulares. Quando elas são bem formadas, o governo é necessariamente bom, e as diversidades existentes entre tais partes formam os diversos governos". Distinguiu, portanto, a assembléia-geral, o corpo de magistrados e o corpo judiciário.[110]

Na *República* de Cícero, malgrado os danos sofridos no trânsito para o mundo moderno[111], bem como de traduções que muitas vezes desnaturam a essência do texto original, resta evidente a teorização da constituição mista, fundada nas mesmas bases sob as quais construiu Aristóteles o seu pensamento.

Veja-se a seguinte passagem de *República*, em que, depois de se discutir acerca das virtudes e das mazelas de cada constituição pura (forma de governo), *Scipio* (Cipião) responde a indagação de *Laelius* (Lélio) acerca da constituição mista:

> É por isso que, embora a monarquia seja, na minha opinião, a mais desejável das três formas primárias, encontra-se superada pela fusão das três formas simples naquilo que possuem de melhor. Um estado deve possuir um elemento de supremacia régia; algo mais deve ser atribuído e distribuído à autoridade dos aristocratas; e certos assuntos devem ser reservados para o julgamento e os desejos das massas. Uma constituição deste tipo possui, em primeiro lugar, um elemento de igualdade generalizada sem o qual o homem

---

[108] Idem.

[109] Ibidem, p. 36.

[110] ARISTÓTELES. *Política.* Livro VII, Capítulo IX. São Paulo: Martin Claret, 2004.

[111] Na introdução de "The Republic ans The laws" Jonathan Powell e Niall Rudd adverte que: "As duas obras de Cícero traduzidas neste volume têm sofrido diversos danos em seu trânsito para o mundo moderno, e por isso tem sido geralmente ficado no domínio dos especialistas, em grande parte inacessível ao público ou até mesmo ao estudantes clássicos. No entanto, agora eles oferecem considerável recompensa ao leitor moderno, e especialmente para estudantes de história do pensamento político. Apesar das lacunas e problemas no texto, ainda é possível apreciar um pouco das suas qualidades literárias, e as idéias discutidas no seu âmbito mantêm-se, em muitos aspectos, com a mesma relevância que tiveram no seu contexto histórico original". No original: "The two works of Cícero translated in this volume have suffered much damage in transit to the modern world, and n this account have usually been regarded as the preserve of specialists, largely inaccessible to the public or even to classic students. Yet they offer considerable rewards to the modern reader, and especially to student of history of political thought. Despite the gaps and problems in the text, it is still possible to appreciate something of their literary qualities, and the ideas discussed in them are in many ways as relevant to the modern world as they were to their original historical context". (In: CICERO. The Republic and the Laws. Translated by Niall Rudd. Oxford: Oxford University Press).

> livre não pode permanecer muito tempo. Em segundo lugar, tal constituição é dotada de estabilidade, pois, embora essas três formas originais possam facilmente se degenerar em suas versões corruptas (produzindo um déspota em vez de um rei, uma oligarquia em lugar da aristocracia e de uma multidão desorganizada (demagogia) em substituição à democracia), e embora essas formas simples frequentemente se transmudam umas nas outras, essas coisas raramente acontecem em uma estrutura política que representa uma combinação e uma mistura judiciosa das três formas - a menos que os políticos sejam profundamente corruptos.[112]

Piçarra refere à versão polibiana[113] da teoria da constituição mista e destaca que em Roma, a orgânica constitucional era composta de órgãos que participavam do poder político, fundamentados em distintos princípios de legitimidade. Os dois cônsules eram legitimados pelo princípio monárquico; o senado, pelo princípio aristocrático e o comícios tribunícios pelo princípio democrático, cada qual refletindo o substrato constitucional de uma classe, vale dizer: os cônsules, os patrícios e os plebeus. [114]

Esclarece Piçarra que:

> É nesta associação de uma classe ou potência político-social autônoma a cada um dos três órgãos constitucionais que a versão polibiana da constituição mista revela a sua diferença especifica relativamente à versão aristotélica, em que apenas se trata de atribuir a todos as classes iguais direitos político-constiucionais. Mas o *telos* da constituição mista é em ambas as versões idêntico: o equilíbrio entre as classes.
> Para Políbio o balanceamento obtém-se, justamente, <<separando>> os diferentes interesses de classe a nível orgânico-institucional, ou seja, fazendo corresponder a cada um <<poder constitucional>> autônomo. Deste modo

---

[112] CICERO. *Republic.* Book One, 69. In: Cícero *The Republic and The Laws.* Translated by Niall Rudd. Oxford: Oxford University Press. No original: "That is why, though Monarchy is, in my view, much the most desirable os the three primary forms, monarchy is itself surpassed by even and judicious blend of the three simple forms at their best. A state should posses an element of regal supremacy; something else should be assigned and allotted to the authority of aristocrats; and certain affairs should be reserved for the judgment and desires of the masses. Such a constitution has, in the first place, a widespread element of equality which free men cannot long do without. Secondly, it has stability; for although those three original forms easily degenerate into their corrupt versions (producing a despot instead a king, an oligarchy instead of aristocracy and a disorganized rabble instead of a democracy), and although those simple forms often change into others, such things rarely happen in a political structure which represents a combination and a judicious mixture - unless, that is, the politicians are deeply corrupt. For there is no reason for change in a country where everyone is firmly established in his own place, and which has beneath it corresponding version into which in may suddenly sink and decline.".

[113] Políbio foi um historiador grego, que viveu entre 200 a.c e 118 a.c. Sua mais importante obra é *Histórias*, em que narra as grandes conquistas romanas no mediterrâneo, escrita antes e durante as guerras púnicas (conflitos que opuseram a Republica Romana à República de Cartago, o primeiro em 264 – 241 a.c, o segundo 218 – 202 a.c e o terceiro 15- - 146 a.C.). (ARRUDA, José Jobson de A. *História Antiga e Medieval.* 11. ed. São Paulo: Ática, 1989, p. 218-224). Para examinar a biografia de Políbio veja Grécia Antiga (Disponível em: <http://greciantiga.org/arquivo.asp?num=0557> . Acesso em 12. jul. 2010.). Já Cícero – Marcus Tullius Cícero – foi político, filósofo e historiador romano que viveu entre 106-43 a.C. Suas reflexões foram desenvolvidas antes das reformas dos irmãos Gracos (Tibério Graco e Caio Graco, tribunos da plebe cabendo ao primeiro a reforma agrária e ao segundo a reforma do Estado).

[114] PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução.* Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 37.

> <<(...) **a força de um poder, neutralizando a dos outros faz com que os diversos poderes se equilibrem, nenhum se exceda e o sistema político** permaneça longamente em perfeito equilíbrio, à guisa de um navio que vence a força de uma corrente contrária (...). Todos, portanto, permanecem nos limites constitucionais prescritos, à partida, temem a fiscalização dos outros>>. (grifou-se). [115]

Dessas reflexões é que se deflui a estreita conexão entre a constituição mista concebida em Aristóteles, Políbio e Cícero e o equilíbrio dos poderes: "órgãos constitucionais diferenciadamente legitimados e representantes de interesses sociais distintos, reflectindo a estrutura plural da sociedade hão-de provocar um efeito reciprocamente limitativo, no sentido da moderação do poder político".[116]

Essas teorizações não encontraram em sua época campo fértil para ensejar significativas modificações. Na Idade Média, a tradição da constituição mista "tinha sido utilizada para defender a limitação do poder real pelos direitos das ordens ou estamentos, aos quais era assegurado o desempenho de funções de natureza política junto ao rei, a quem cabia exprimir a por vezes muito tênue unidade política".[117]

3.5.2 Do príncipe soberano à limitação do poder estatal

Malgrado Paulo Bonavides observe que "em Bodin, Swift e Bolingbroke a concepção de poderes que se contrabalançam no interior do ordenamento estatal já se acha presente"[118], é possível observar significativo declínio da teoria da constituição mista com a teorização de Jean Bodin, em seu *Les Six Livres de la Republique,* publicado em 1577, cuja concepção de soberania una, indivisível, inalienável serviu de fundamento filosófico e político para a concentração dos poderes (funções) no domínio do soberano, que, por sua vez, estava limitado a algo sobrenatural ou às suas próprias concepções, desconhecendo, portanto, qualquer limitação advinda do direito.

---

[115] Ibidem, p. 38-39.
[116] Ibidem, p. 39.
[117] PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução.* Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 42.
[118] BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social.*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 146.

Bodin tratou dos "verdadeiros atributos da soberania", chegando inclusive a referir o pensamento de Aristóteles e Políbio.[119] O acurado exame de sua obra revela a absoluta impossibilidade de se estabelecer qualquer limitação ao príncipe, senão aquela que ele próprio desejasse se colocar. Vejam-se os seguintes trechos:

> Porque não existem na Terra, depois de Deus, alguém maior do que os príncipes soberanos, que Deus elegeu como seus tenentes para comandar o resto da humanidade, deve-se perguntar cuidadosamente em sua propriedade, para que possamos respeitar e reverenciar sua majestade em obediência devida; falar e pensar neles com a devida honra. Quem desrespeita seu príncipe soberano, desrespeita o próprio Deus, de quem ele é imagem.
> [...]
> Os atributos de soberania são, portanto, inerentes ao príncipe soberano. Se são transmissíveis ao sujeito, não podem ser chamados de atributos da soberania Assim como Deus todo-poderoso não pode criar outro Deus igual a Ele mesmo, pois Ele é infinito e dois infinitos não podem co-existir, de modo que o príncipe soberano, que é a imagem de Deus, não é possível fazer uma matéria de igualdade com si próprio, sem auto-destruição. [120]

---

[119] BODIN, Jean. *Six books of the commonwealth.* Abridged and translated by M. J. Tooley. Original Publication: Oxford: Alden Press Bound, 1955. Reprinted in USA: Seven Treasures Publications, p. 80. Sustenta Bodin: "Aristóteles, Políbio, Dionísio de Halicarnasso, entre os gregos, discutiram os atributos da soberania. Mas eles trataram o assunto de modo tão breve que se pode ver num relance que eles realmente não entenderam os princípios envolvidos. Cito Aristóteles. 'Há', diz ele, 'três partes de um governo'. [...] Se ele não quis dizer por partes atributos da soberania, ele nunca tratou do assunto [...]. Políbio também não chegou a definir os direitos e deveres da soberania, quer, mas ele diz que a Constituição dos romanos foi uma mistura de monarquia, aristocracia e de governo popular, desde que o povo produzia as leis e indicava cargos, o Senado administrava as províncias e conduzia os grandes temas do Estado, os cônsules gozavam da preeminência de honra concedida aos reis, especialmente no campo onde eles exerciam o comando supremo. Esta passagem parece implicar um tratamento de direitos de soberania, já que ele afirmou que aqueles que se beneficiavam desses direitos tinha poder soberano. Dionísio de Halicarnasso, porém, teve uma visão mais clara e melhor compreensão da questão do que os outros. Quando narrou como o Rei Servius privou o Senado de sua autoridade, ele observou que ele transferiu para o povo o poder de fazer e desfazer leis, de determinar a guerra e a paz, de instituir e destituir os magistrados, bem como o direito de apelação em todos os tribunais.". No original: "Aristotle, Polybius, and Dionysius Halicarnassus alone among the Greeks discussed the attributes of sovereignty. But they treated the subject so briefly that one can see at a glance that they did not really understand the principles involved. I quote Aristotle. 'There are', he says, 'three parts of a commonwealth. […] If he did not mean by parts attributes of sovereignty, he never treated of the subject at all […]. Polybius does not define the rights and duties of sovereignty either, but he says of the Romans that their constitution was a mixture of monarchy, aristocracy, and popular government, since the people made law and appointed to office, the Senate administered the provinces and conducted great affairs of state, the consuls enjoyed the pre-eminence of honor accorded to kings, especially in the field, where they exercised supreme command. This passage appears to imply a treatment of sovereign rights, since he says that those who enjoyed those rights had sovereign power. Dionysius Halicarnassus however had a clearer and better understanding of the matter than the others. When he was explaining how the King Servius deprived the Senate of authority, he observed that He transferred to the people the power to make and unmake law, to determine war and peace, to institute and deprive magistrates, and the right of hearing appeals from all courts whatsoever"..

[120] BODIN, Jean. *Six books of the commonwealth.* Abridged and translated by M. J. Tooley. Original Publication: Oxford: Alden Press Boound, 1955. Reprinted in USA: Seven Treasures Publications, p. 80.). No original: "BECAUSE there are none on earth, after God, greater than sovereign princes, whom God establishes as His lieutenants to command the rest of mankind, we must enquire carefully into their estate, that we may respect and revere their majesty in all due obedience, speak and think of them with all due honor. He who contemns his sovereign prince, contemns God whose image He is... […] The attributes of sovereignty are therefore peculiar to the sovereign prince, for if communicable to the subject, they cannot be called attributes of

Piçarra destaca que "se o poder soberano é, por natureza, uno e indivisível não pode conceber-se a sua repartição por diferentes pretendentes à sua titularidade sem desvirtuar a sua natureza". Observa, todavia, que, ao que parece, "o conceito de soberania no pensamento de Bodin ainda corresponde ao do pensamento político pré-estadual". E complementa, com escolta no pensamento de A. M. Hespanha: "este autor teria em vista: <<menos um poder político exclusivo e concentrado do que um poder pré-eminente e que não reconhecia superior>>".[121]

Paulo Bonavides salienta a importância da dimensão da historicidade do princípio da separação das funções estatais (o autor utiliza a expressão 'separação dos poderes'), porque auxilia a explicação da "sua aparição no século XVIII e seu ulterior desdobramento e implantação nos textos constitucionais de inumeráveis Estados do orbe político ocidental"[122]

A existência do Estado moderno, nitidamente diferenciado do Estado medievo, sustentava-se na noção de soberania, correspondente, de início, à monarquia, que, por sua vez confundia-se com o próprio Estado, o qual consubstanciava uma massa de poderes concentrados. "O poder absoluto unificara em termos políticos a nova sociedade, dando fulminante réplica à antiga dispersão medieva".[123]

Com o desenvolvimento das instituições representativas na Inglaterra, a ensejar o abandono do Estado estamental – em que estamentos sociais, assembléias e parlamentos, agrupam-se para contrapor o poder do rei – e a construção do Estado constitucional-representativo, sem praticamente ter feito conhecer o Estado-absolutista, viabilizou-se a consolidação da idéia de que a melhor forma de governo consistia num esquema constitucional em que Rei, lordes e comuns repartissem entre si o poder político, teoria que se tornou dominante no século XVII.[124]

---

sovereignty ... Just as Almighty God cannot create another God equal with Himself, since He is infinite and two infinities cannot co-exist, so the sovereign prince, who is the image of God, cannot make a subject equal with himself without self-destruction.".

[121] PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução.* Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 41.

[122] BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política.* 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 144..

[123] Leciona Bonavides que a massa de poderes concentrados "não lograram todavia inaugurar ainda a fase de impessoalidade, caracterizadora do moderno poder político em suas bases institucionais. Tal fase só se vem a alcançar, na parte continental da Europa, com as doutrinas e as revoluções donde surge subsequentemente o chamado Estado de direito. A soberania se faz dogma. A autoridade do monarca esplende. O Estado moderno se converte em realidade. Mas a sociedade se acha longe de todo o repouso." (Ibidem).

[124] PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução.* Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 42-43.

Essa circunstância é esclarecida por Georg Jellinek, quando afirma que, na Inglaterra, a monarquia parlamentarista é produto de larga evolução histórica, ao passo que, no continente, resulta de teorias abstratas, *verbis:*

> Los ingleses, con sus partidos aptos para la vida de gobierno y el conocimiento de la importancia de un gobierno fuerte, han atribuido la dirección de la vida del Estado, no a la corona, sino al gabinete, a pesar del influjo del parlamento y de la fiscalización y colaboración de este en la administración; entanto que en el continente, trastrocando las relaciones naturales, el parlamento considera a menudo al gabinete como su servidor subordinado y dependiente de sus órdenes circunstancialies. Además, como no puede ser menos, el sistema parlamentario adopta en cada Estado una fisionomia particular. Tratar esto con más detalle es problemas de corresponde a la teoria especial del Estado.
> La monarquia constitucional presentam, pues, dos tipos, y dos posibilidades se ofrecem asimismo respeco a la situación jurídica de las cámaras: o la voluntad de estas, conforme la Constituición, pueden llevar a cabo un acto de soberania del Estado de un modo independientem, o no. En Inglaterra, la ley es un acto de volutad de ambas as cámaras e del rey. El parlamento ordena: '*be it enacted by the kings most excellent Majesty by and with the advice and consent of the Lords spiritual and temporal and the Commons in this present Parliament assembled and by the authority of the same*'. La ley va expresamente porque tiene com fundamento la autoridad del parlamento, que de esta suerte toma parte en la sustancia misma del acto de voluntad legislativas. En loes Estados continentales en que predomina la realeza, el acto de voluntad legislativa es un acto exclusivo del monarca, a que da su asentimiento al parlamento.[125] (grifos no original).

No continente, as monarquias adquiriam contornos absolutistas, ao passo que, na Inglaterra, a Monarquia mista foi a designação que assumiu a constituição mista como esquema constitucional para um substrato composto pelas potências: rei, nobreza e representantes do povo, desconhecido das monarquias antigas e que não nascera da exigência de dividir o poder unitário do Estado tomado com um *prius,* mas da idéia contrária da exigência de compor numa unidade política as diversas ordens ou estados pré-existentes. Assim, com escolta do pensamento de Wember, Piçarra aponta que Maquiavel já tinha em conta este trinômio: "[...] quando se combinam sob a mesma constituição, um príncipe, a nobreza e o poder do povo estes três poderes vigiar-se-ão e corrigir-se-ão reciprocamente uns aos outros".[126]

Importa destacar as seguintes observações do Secretário florentino acerca da república romana:

---

[125] JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado.* México: Fondo de Cultura Econômica, 2000, p. 616.

[126] PIÇARRA, N uno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução.* Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p.43.

> A república, retendo os cônsules e o Senado, representou o princípio da mistura de duas das três formas mencionadas: a monarquia e a aristocracia. Só faltava introduzir o governo popular. A nobreza romana [...] tornou-se insolente, despertando o ressentimento do povo; para não perder tudo, teve que ceder-lhe uma parte da autoridade. De seu lado, tanto o Senado como os cônsules guardaram bastante desta autoridade para manter a posição que ocupavam no Estado.
> Estas foram as causas que originaram os tribunos do povo, instituição que enfraqueceu a república porque cada um dos três elementos do governo recebeu uma porção de sua autoridade. A sorte favoreceu Roma de tal modo que, embora tenha passado da monarquia à aristocracia e ao governo popular, seguindo a degradação provocada pelas causas que estudamos, o poder real não cedeu a sua autoridade para os aristocratas, nem o poder destes foi todo transferido para o povo. O equilíbrio dos três poderes fez assim que nascesse a república perfeita. A fonte desta perfeição, todavia, foi a desunião do povo e do Senado [...].[127] (grifou-se).

Desunião que situa-se no pano de fundo dos conceitos do direito romano, em relação aos quais Jürgen Habermas, ao empreender cotejo com a noção republicana de política, extrema o seguinte:

> [...] Enquanto os conceitos do direito romano se prestam na modernidade para definir as liberdades negativas dos cidadãos, a fim de assegurar a propriedade e o trânsito econômico das pessoas privadas contra o poder político administrativamente exercido – do qual estavam excluídos –, a imagem da práxis política, em cujo âmbito se realizam as liberdades positivas de cidadãos dotados de igualdade de participação, é conservada pelo discurso da ética e da retórica. O conceito republicano de "política" não se relaciona com a garantia dos direitos do cidadão privado à vida, liberdade e propriedade, mas, em primeira linha, à prática de autodeterminação de cidadãos do Estado orientados ao bem comum, que se compreendem como integrantes livres e iguais de uma comunidade cooperativa e auto-administrada.[128]

O fato é que o panorama que se descerrava no Século XVII era o do poder soberano do monarca, totalmente desviado dos propósitos e fins requeridos pelas necessidades sociais, políticas e econômicas correntes, fato que ensejou a perda de legitimação. Novas

---

[127] MAQUIAVEL, Nicolau. *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio.* 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 26-27.

[128] HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung.* Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 325-326. No original: "Während die Begriffe des römischen Rechts in der Moderne dazu dienen, die negativen Freiheiten der Bürger zu definieren, um das Eigentum und den Wirtschaftsverkehr der Privatleute gegen Eingriffe einer administrativ ausgeübten politischen Herrschaft zu sichern, von der sie ausgeschlossen waren, bewahrt die Sprache von Ethik und Rethorik das Bild einer politischen Praxis, worin sich die *positiven Freiheiten* gleichberechtig partizipirender Staatsbürger verwirklichen. Der republikanische Begriff der >>Politik<< bezieht sich nicht auf die staatlich garantierten Rechte privater Bürger auf Leben, Freiheit und Eigentum, sondern in erster Linea auf die Selbstbestimmungspraxis gemeinwohlorientierter Staatsbürger, die sich als frei und gleich Angehörige einer kooperierenden und sich selbst verwaltenden Gemeinschaft verstehen.".

necessidades surgiam, todavia mantinha-se a compostura pessoal, fechada e absoluta da monarquia, que pesando sobre os súditos, servia aos abusos pessoais da autoridade monolítica do rei.[129]

Não se revelava mais possível à sobrevivência do Estado sob a máxima consagrada por Luis XIV: *L' État c'est moi.*

Restavam, pois, formados os pressupostos na ordem social, política e econômica, para que o Estado moderno escapasse da retrógada concepção de um rei que se confundia com o Estado, no exercício do poder absoluto, e evoluísse para o estabelecimento de um ordenamento político impessoal, à luz das doutrinas de limitação do poder, mediante formas liberais de contenção da autoridade e as garantias jurídicas de iniciativa econômica.[130]

Cumpre referir que a doutrina da separação dos poderes surgiu, pela primeira vez, na Inglaterra do século XVII, estreitamente associada à idéia de *rule of Law,* com fundamento em idéias específicas, reivindicações e critérios jurídicos, de cariz essencialmente anti-absolutista.[131]

Na formulação de John Locke, delineada na sua obra *Two Treatises of Government,* o poder legislativo – que detém a supremacia na sociedade política – sustenta o "Governo civil".[132]

---

[129] BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política.* 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 145-146.

[130] Ibidem, p. 146.

[131] PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução.* Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 44. Aduz o autor que a separação dos poderes: "constituía, assim, elemento essencial do modelo que ao Estado absolutista então se contrapunha como alternativa: a própria *rule of law*, primeira forma histórica do que viria a ser o Estado-tipo do Ocidente, ou seja, o Estado constitucional ou de Direito, que igualmente inclui como seu elemento essencial o princípio da separação dos poderes". E explica: "A expressão *rule of law* é, por vezes, mesmo considerada equivalente a Estado Constitucional ou Estado-de-Direito. Assim, entre nós, Jorge Miranda. *A Constituição de 1976. Formação, estrutura, princípios fundamentais,* Lisboa, 1978, pp. 473-474 nota 1; hoje o autor apenas define rule of law como o conjunto d' <<os princípios, as instituições e os processos que a tradição e a experiência dos juristas e dos tribunais mostraram ser essenciais para a salvaguarda da dignidade das pessoas frente ao Estado, à luz da idéia de que o Direito deve dar aos indivíduos a necessária protecção contra qualquer exercício arbitrário do poder>>".

[132] "Podem resumir-se a três as opiniões sobre John Locke a propósito da autoria da doutrina da separação dos poderes: a que o vê como seu autor original; a que, atribuindo a Montesquieu a exclusiva autoria da doutrina, vê em Locke um mero precursor daquele, na medida em que na sua obra política fundamental, os *Two Treatises of Government*, apenas se encontram traços rudimentares e incompletos da doutrina; e, finalmente, a de que não se encontra na obra de Locke nenhuma doutrina da separação dos poderes, entendida como exigência de separação e equilíbrio interorgânico, mas simplesmente uma distinção das funções estaduais. Perante esta diversidade de opiniões, fácil se torna concluir que os respectivos representantes têm de partir forçosamente de premissas muito diferentes. Assim, se efectivamente se entender que a verdadeira versão da doutrina da separação dos poderes, o seu <<entendimento verdadeiramente científico>> (Fuzier-Herman), é a de Montesquieu, é inevitável a conclusão de que Locke será, na melhor das hipóteses, um mero precursor daquele ou nem sequer um representante da doutrina de separação dos poderes, uma vez que sua versão não é idêntica à daquele autor. São por demais evidentes as críticas a dirigir a esta <<concepção essencialista da separação dos poderes>>: ela tornaria em vão o estudo das fontes de Montesquieu, já que a formulação dada no *Espírito das Leis* não seria o termo de uma evolução ou uma das fases desta evolução mas, simultaneamente, o seu ponto de partida e o seu

Essa concepção assenta-se na teorização de Locke acerca do contrato social, em que o homem no estado de natureza é descrito como submetido a leis naturais, destituído de segurança no campo da defesa dos seus direitos à vida, à liberdade e à propriedade, já presentes naquele estágio pré-social. Razão que leva os homens a passar a viver em sociedade, sobretudo para garantir o desfrutar de suas propriedades em paz e em segurança, orientados à preservação da sociedade. O instrumento e meio para essa garantia é o estabelecimento do poder legislativo, a quem se confia a função de construir leis e nomear juízes para aplicá-las. [133]

Cumpre destacar a seguinte passagem da obra:

> O legislativo não é somente o poder supremo da comunidade, mas sagrado e inalterável nas mãos em que a comunidade uma vez o colocou. [...] O legislativo, ou autoridade suprema não pode assumir para si o poder de governar por decretos arbitrários e extemporâneos; antes está obrigado a promover a justiça e decidir sobre os direitos dos indivíduos por meio da promulgação de leis fixas, e conhecer os juízes autorizados.[134]

Além do legislativo, Locke delineia a existência do poder executivo e do poder federativo, os quais, malgrado muito distintos entre si, estão quase sempre unidos. O primeiro compreende a execução das leis na própria sociedade, sobre todos que são partes dela; e o outro o gerenciamento da segurança e dos interesses públicos, considerados todos aqueles de quem pode receber benefícios ou danos.[135]

---

ponto de chegada. Isto não só contraria todas as regras da análise histórica como redundaria em atribuir ao autor todos os desenvolvimentos ou implicações da doutrina posteriormente elaborados. [...] Se, todavia, se entender que Locke é, efetivamente, o pai da doutrina da separação dos poderes, não deixam igualmente de suscitar críticas. Por um lado, a história da doutrina desmente de *per si* tal afirmação. Por outro lado, porque a referência a Montesquieu não deixa de ser obrigatória, tender-se-á a subestimar neste último a sua originalidade, sublinhando-se as semelhanças materiais entre as versões dos dois autores, para nelas apenas ver divergências de forma ou de sistematização, ou defendendo-se mesmo que o segundo não representa nenhuma originalidade relativamente ao primeiro. (Ibidem, p.63-65.).

[133] LOCKE, John. *Two Treatises of Government.* Book II. § 135. No original: "The great end of men's entering into society, being the enjoyment of their properties in peace and safety, and the great instrument and means of that being the laws established in that society; the first and fundamental positive law of all commonwealths is the establishing of the legislative power; as the first and fundamental law, which is to govern even the legislative itself, is the preservation of society and (as far as will consist with the public good) of every person in it.".

[134] Ibidem, §§ 135-137. No original: "The legislative is not only the supreme power of the commonwealth, but sacred and unalterable in the hands where the community have once placed it; [...]The legislative, or supreme authority, cannot assume to its self a power to rule by extemporary arbitrary decrees, but is bound to dispense justice, and decide the rights of the subject by promulgated standing laws, and known authorized judges.".

[135] Ibidem, § 147. No original: "These two powers, executive and federative, though they be really distinct in themselves, yet one comprehending the execution of the municipal laws of the society within its self, upon all that are parts od it; the other the management of the security and interest of the public without, with all those that it may receive benefit ou demage from, yet they are always almost united.".

Por fim, no quadro da sua concepção quadripartite, atribui Locke o denominado "poder prerrogativo" ao monarca, para fins de promoção do bem comum, onde houver omissão ou lacuna da lei.

Percebe-se, pois, que Locke, além de não atribuir autonomia ao poder judiciário, situa o poder federativo e o prerrogativo no campo do executivo, traços distintivos em relação à teorização de Montesquieu, como se verá.

São esclarecedoras as seguintes observações de Nuno Piçarra:

> Como doutrina cujas origens históricas se encontram na Inglaterra do século XVII, a separação dos poderes conheceu várias versões ao longo de sua existência, apresentando continuidades e descontinuidades, pelo que seria errôneo tomar uma destas versões – mesmo a de Montesquieu, que é a mais divulgada – como absoluta e definitiva. Se, por exemplo, se entender que a tríade legislativo-executivo-judicial é essencial à doutrina da separação dos poderes, ser-se-á levado à conclusão de que Locke não pode ser considerado seu representante, uma vez que não autonomiza o poder judicial perante os outros dois. Sabe-se, contudo, que aquela tripartição funcional só se generalizou a partir da segunda metade do século XVIII.[136]

Charles-Louis de Secondat ou Barão de Montesquieu desenvolveu a teorização mais difundida sobre a separação das funções estatais, pelo que chega-se mesmo a encontrar quem – sem razão, com já visto – coloque-o como seu real precursor.

A construção de Montesquieu parte de ideias localizadas no pensamento político desenvolvido na Inglaterra, mormente no que se relaciona com a concepção de *rule of law*, de cujo centro decorre a própria idéia de liberdade ligada intimamente à de legalidade – vale dizer, uma liberdade normativa –, necessária por motivos vinculados ao pessimismo antropológico que predominava na compreensão acerca da natureza humana nas suas relações com o poder politico.[137]

Examine-se esta passagem do *Espírito das Leis*:

> A liberdade política só se encontra nos Governos moderados. Mas ela não existe sempre nos Estados moderados. Ela só existe neles quando não se abusa do poder. **Más é uma experiência eterna que todo homeme que tem poder é levado a abusar dele.Vai até encontrar os limites. Quem diria! A própria virtude precisa de limites**. Para que não possam abusar do poder, precisa que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Uma

[136] PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução.* Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 64.
[137] Ibidem, p. 90.

> constituição pode ser tal que ninguém seja forçado a fazer as coisas qye a lei não obrigue, e a não fazer as coisas que a lei permita.[138] (grifou-se).

Traço distintivo da teoria de Montesquieu em relação ao modelo político inglês consubstancia-se na autonominação da função judiciária ao lado da executiva e da legislativa, sendo, portanto, tripartite a sua concepção.

Evitar-se-á tercer maiores considerações acerca das noticiadas "falhas" que a doutrina atribui ao pensamento de Montesquieu; no particular, *v.g.,* quando busca estabelecer as linhas de atuação de cada um dos "poderes", argui-se que, no que toca ao executivo – como adverte Paulo Vieira, em seus comentários à obra –, ele se mostra impreciso em um primeiro momento (limita-o às relações internacionais), ainda que mais à frente em sua obra venha a lançar conceito mais próximo.

Interessa, nada obstante, destacar do desenvolvimento teórico do político florentino os fundamentos de sua teoria, que, em essência, não pretende outra coisa que não prevenir a subjulgação dos cidadãos pelo Poder Estatal.

Vejam-se os sequintes trechos:

> Em cada Estado há três espécies de poderes: o Legislativo, o Executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes; e o Executivo das que dependem do Direito Civil".
> Pelo primeiro, o Principe ou o Magistrado faz leis para algum tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que estão feitas;
> Pelo segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece segurança, previne invasões;
> Pelo terceito, pune os crimes, ou julga as demandas dos particulares.
> A este último chamar-se-á Poder de Julgar; e ao anterior, simplesmente Poder Executivo do Estado
> [...]
> Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente.
> Também não haverá liberdade se o Poder de julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o juiz seria legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor.
> Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer

[138] Montesquieu, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis: as formas de governo, a Federação. A divisão de Poderes*; introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 167.

> as leis. *O de executar as resoluções públicas*; e o de julgar os crimes e as demandas dos particulares.[139] (grifou-se).

A defesa da separação hermética somente ratifica o que se denominou "o princípio da separação dos poderes a serviço da soberania da lei", a estabelecer a relação de subordinação entre as funções estatais, com a supremacia do legislativo, circunstância que fixou a hierarquia entre os órgãos, em um modelo normativo de Estado de legislação parlamentar, com a formulação mais coerente desenhada por Kant, para quem os três poderes-funções estão entre si como as três premissas de um silogismo: premissa maior é o Poder Legislativo, premissa menor o Poder Executivo e conclusão o Poder Judiciário.[140]

Observa-se, pois, que foi em nome da "liberdade dos cidadãos" que Montesquieu desenvolveu seu raciocínio. Portanto, é necessário antecipar a observação de que uma teoria gestada para a viabilizar a condução do Estado de maneira a privilegiar a liberdade do povo não pode ser utilizada para negar esta mesma liberdade, ao argumento de que as funções típicas de determinado órgão não podem sofrer intervenção de outro, sequer para garantir que o fim maior seja atingido – qual seja, o da execução da função negligligenciada pelo órgão competente.

Historicamente, a triparticção se voltou contra o absolutimo, que, de mais a mais, é uma espécie de dominação arbitrária, justamente aquela não mais admitida no seio do republicanismo.

3.5.3 A mutação do papel do Poder Judiciário sob a ótica da liberdade como não dominação

Percebe-se que longe de constituir teorização acabada, a separação das funções estatais é sistematização que deve ser constantemente conformada à realidade de cada Estado, já que outra não é a razão de ser da limitação do poder e da atribuição das funções a órgãos distintos, senão a de viabilizar o cumprimento pelo Ente político de sua função precípua, que

---

[139] Montesquieu, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis: as formas de governo, a Federação. A divisão de Poderes*; introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 169-170.

[140] PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução.* Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 161

é servir de meio para se homenagear a dignidade humana e, por conseguinte, preservar a vida em sociedade.

Ocorre que a complexidade – cada vez mais incisiva – que marca os problemas sociais ultrapassa as possibilidades humanas de realizar a constante releitura dos institutos, a fim de que se possa verificar se a compreensão ainda atende aos renovados propósitos reservados ao Estado.

Tal circunstância termina por ensejar entraves na relação entre os diversos órgãos, no exercício das funções estatais, com desdobramentos quase constantes em alegações de subtração da função de um pelo outro, de ilegítimo intervencionismo ou, daquilo que se costuma denominar a atuação do judiciário no campo da realização dos direitos a prestação, em que os outros poderes se distanciam dos comandos constitucionais: ativismo judicial.

Jellinek adverte que "La ingenua identificación entre actividad del órgano y función del Estado, tal como lo ha venido aceptando la doctrina del Estado desde Aristóteles hasta la atualidad, no puede dar solución a los más importantes problemas teóricos y prácticos de la doctrina de las funciones".[141]

Nesse sentido é que se eleva em importância a compreensão do princípio da separação dos poderes como princípio de organização ótima das funções estatais, com vistas a garantir a concretude das normas constitucionais[142] e a evitar que a ausência de observância dos comandos da Constituição enseje danos, muitas vezes irreversíveis, para a sociedade.

J.J. Gomes Canotilho trata das dimensões negativa e positiva do princípio da separação das funções estatais – vale dizer, limite do poder e responsabilidade pelo poder –, e assim se expressa:

> A constitucionalística mais recente salienta que o **princípio da separação de poderes** transporta duas dimensões complementares: (1) a separação como <<divisão>>, <<controlo>> e <<limite>> do poder – dimensão negativa; (2) a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder pelo Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas (dimensão positiva). O sentido referido em (1) corresponde, em rigor, à idéia de **divisão de poderes**; o sentido referido em (2) aponta sobretudo para a idéia de **separação de poderes.** O princípio da divisão como forma e meio de *limite do poder* (divisão de poderes e balanço de poderes) assegura uma *medida jurídica* ao poder do estado e, consequentemente, serve para garantir e proteger a esfera jurídico-subjectiva dos indivíduos e evitar a concentração do poder. O princípio da separação na qualidade de *princípio positivo* assegura uma justa e adequada ordenação das funções do estado e, consequentemente, intervém como esquema relacional

[141] JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado.* México: Fondo de Cultura Econômica, 2000, p. 539.

[142] PIÇARRA, N uno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução.* Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 264.

> de soberania. Nesta perspectiva, separação ou divisão de poderes significa *responsabilidade* pelo exercício do poder.[143] (grifos no original).

Alexandre Groppali, no campo da separação das funções estatais, discorre sobre a jurisdição e a proteção do direito subjetivo e objetivo e assim se posiciona:

> Em favor da teoria objetiva, que atribui à jurisdição o encargo da atuação da lei, é preponderantemente orientada a doutrina de maior autoridade, em contraposição à teoria subjetiva, que coloca o desígnio final da jurisdição na tutela dos direitos e interesses individuais, como se o processo fosse um simples negócio das partes, e o Estado não estivesse interessado, de forma alguma, na justiça da decisão. Escopo imediato e direito da jurisdição se deve considerar, ao contrário, a tutela do direito objetivo, enquanto a proteção dos direitos subjetivos e dos interesses não pode ser mais do que a conseqüência dessa tutela, o fim mediato e indireto, muito embora, na prática, essa distinção perca muito de sua importância, porque não existe lesão de um direito subjetivo que não constitua também lesão de uma norma da ordem jurídica e porque, juntamente com a defesa do direito objetivo, acaba-se também por defender o direito subjetivo correspondente, dada a sua correlação e interdependência.[144]

Luis Sanchez Agesta adverte que "La división de poderes vemos, pues, que más que a una verdadera división se orienta hacia uma coordinación o colaboración de distintos principios de autoridad". E explica: "Esa colaboración de los poderes es la fuente de su unidad, unidad que reporta al orden uma base más sólida y amplia em cuanto significa la coherencia de varios princípios de autoridad".[145]

Tratando-se de coordenação e colaboração, bem como de tutelar a ordem jurídica objetiva, não há, pois, qualquer razão para se adstringir à formulação estática da separação ou divisão das funções estatais, para se negar – ou deixar de se viabilizar – o exercício de direitos constitucionalmente garantidos, máxime quando se está a cuidar de prestações materiais estritamente necessárias à subsistência dos indivíduos e, por conseguinte, ao ingresso ou manutenção do *status* dignidade.

A proeminente atuação do Poder Judiciário, cada vez mais crescente no Estado contemporâneo, decorre justamente da alta conflituosidade que se instalou no campo social, deflagrada pela ausência do Ente político na figura dos órgãos tipicamente responsáveis pelas funções executiva e legislativa. Essa ausência – omissiva ou negligente – importa em violação

---

[143] GOMES CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 250.

[144] GROPPALI, Alexandre. *Doutrina do Estado.* 8. 2. ed. Tradução de Paulo Edmur de Souza Queiroz. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 197-198.

[145] AGESTA, Luis Sanchez. *Princípios de Teoria Política.* 3. ed. Revisada. Madrid: Editora Nacional, 1970, p. 414.

aos dispositivos constitucionais, já que, o seu reconhecimento parte da constatação de que a Constituição, de forma expressa ou implícita, determinou a atuação.

Assim, acaso chamado pela sociedade a preencher esta "lacuna", notadamente em questões que tocam a dignidade humana, o Judiciário também decidisse ausentar-se com decisões sem qualquer conseqüência material, estaria ingressando no campo do menoscabo constitucional, exatamente como o Legislativo e o Judiciário.

Presente esse fato, importaria em reconhecer o total colapso da separação das funções estatais em sua própria essência, já que se teria por completamente comprometido o mecanismo de controle do poder pelo poder.

A ótica republicana da liberdade como não dominação percebe a teoria da separação das funções estatais como remédio a evitar a concentração de forças tendentes a submeter de forma arbitrária e irremediável toda a comunidade e as instituições do Estado. Assim, se a atuação do Judiciário se pauta na correção de desvios perpetrados pelos Legislativo e Executivo, em homenagem ao seu papel no Estado constitucional, não há que se falar em violação do princípio, uma vez que em momento algum na história se legitimamente pretendeu ter na separação de poderes a fonte para permitir a atuação abusiva ou omissa de qualquer dos órgãos.

O argumento de que o Judiciário, ao colmatar as lacunas deixadas pelo Legislador ou pelo Administrador, ou ao corrigir os desvios inconstitucionais de conduta, estaria usurpando funções que não lhe pertencem não resiste ao mais perfunctório exame do programa constitucional.

Como leciona André Ramos Tavares, a doutrina da separação dos poderes consubstancia "técnica de arranjo da estrutura política do Estado, implicando a distribuição por diversos órgãos de forma não exclusiva, permitindo o controle recíproco, tendo em vista a manutenção das garantias individuais consagradas no decorrer do desenvolvimento humano." [146]

O projeto do Estado Democrático de Direito pressupõe a representação ideal da vontade da sociedade, o que significa, em apertada síntese, que, seguindo a pauta constitucional, ao Legislativo cabe a construção do direito legislado e ao Executivo o desenvolvimento das políticas públicas de interesse do coletivo, em observância à preservação dos direitos individuais, tudo orientado pela "vontade geral" e pelo "bem comum" (institutos, com já se advertiu, historicamente adaptados ao hodierno Estado constitucional).

---

[146] TAVARES, André Ramos. *A superação da doutrina tripartite dos poderes do Estado.* Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Revista dos Tribunais. Ano 7, n. 29, out-dez 2009.

Essa noção utópica pode até servir como objetivo a ser perseguido – decerto que em uma romântica cruzada –, todavia jamais se prestou à condução do Estado, considerando-se que a imperfeição humana se revela na incorporação dos desvios de conduta como uma das funcionalidades do Ser. Desvios que não possuem limites estabelecidos, são muitas vezes incontroláveis e estão a projetar-se cada vez mais à frente da própria imaginação humana.

Nesse contexto se inserem as reflexões de Dirley da Cunha Junior, no sentido de que:

> [...] é manifestamente ingênua a crença que ainda persiste no caráter representativo das corporações legislativas e dos órgãos executivos. O foro atual das deliberações políticas não são mais as sessões plenárias, e sim, as secretas reuniões realizadas nos gabinetes parlamentares. Tudo isso revela, atualmente, uma crise da representação política e, com ela, a crise da democracia representativa, de tal sorte que aquela lei concebida como "expressão da vontade geral do povo" é hoje mera ficção, pois a lei há muito não representa o povo, ao revés, contraria a sua vontade, desrespeitando, com não rara freqüência, as normas imperativamente alçadas a preceito constitucional e os direitos fundamentais, com o fim de favorecer a grupos poderosos. [147]

O argumento da antidemocracia para buscar deslegitimar a função criadora do Judiciário não pode prosperar, mormente porque, com esclarece Mauro Cappelletti, a ciência política já demonstrou "que, mesmo no melhor dos mundos possíveis, a liderança legislativa e executiva, embora tradicionalmente considerada 'diretamente responsável perante o povo', nunca constitui, diferentemente do judiciário, perfeito paradigma de democracia participativa'.[148]

Nessa perspectiva é que se faz necessário perceber com certa parcimônia iniciativas como a do Estado boliviano que, por meio de plebiscito realizado em 25 de janeiro de 2009, confirmou o novo Texto Constitucional, que estabelece em seu artigo 182 que "Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidas y elegidos mediante sufragio universal."[149].

---

[147] CUNHA JUNIOR, Dirley da. *A Interpretação Constitucional e a Criação Judicial do Direito: Contributo para a Construção de uma Doutrina da Efetividade dos Direitos Fundamentais.* In: CUNHA JR., Dirley da; DANTAS, Miguel Calmon (coord.). *Desafios do Constitucionalismo Brasileiro*. Salvador: Edições *Jus*Podivm, 2009, p. 39-60.

[148] CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1993, p. 94.

[149] Vejam-se também os seguintes dispositivos: "Artículo 198. Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia. Artículo 199. I. Para optar a la magistratura del Tribunal Constitucional Plurinacional se requerirá, además de los requisitos generales para el acceso al servicio público, haber cumplido treinta y cinco años y tener especialización o experiência acreditada de por lo menos ocho años en las disciplinas de Derecho Constituciconal, Administrativo o Derechos Humanos [...]". (Disponível em: < http://www.presidencia.gob.bo/download/constitucion.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2009.

A natureza marcadamente técnica da função jurisdicional, que exige dos magistrados formação, conhecimento e experiência específicos, a fim de que possam cumprir o seu papel, não parece indicar a democracia como caminho idôneo ao preenchimento dos postos deste órgão do Estado. Uma coisa é a politização do Judiciário, outra é a sua aproximação ao campo eleitoral com seus pretensos membros na condição de candidatos, lançados e sufragados por segmentos sociais, aos quais, obviamente, estarão mais político-ideologicamente vinculados, fato que implica sérias conseqüências ao princípio da independência, mormente pela pressão política que podem sofrer neste ambiente.

Pode-se afirmar, inclusive, que o deslocamento do processo de construção do Judiciário para o plano eletivo enseja flagrante prejuízo na feição que deve adotar a relação entre os "Poderes" no Estado constitucional, na linha do que leciona José Horácio Meirelles Teixeira, para quem o princípio da separação deve ser entendido no sentido de "coordenação, cooperação num jogo de salutares influências, controles e limitações recíprocas, tendo como objetivo o equilíbrio político, a limitação do poder estatal e, daí, a efetiva proteção da liberdade e a melhor realização do Bem Comum".[150] (grifou-se).

A separação hermética de poderes, que pode até ter marcado os primórdios da teoria, notadamente pelo cenário político então delineado, deve sofrer releitura para se adequar à crescente complexidade das relações travadas no Estado contemporâneo, onde a atuação ativa do Poder Judiciário se mostra absolutamente necessária e indicada; desde que limitada pelos preceitos constitucionais e submetida também ao controle dos demais órgãos, para que se identifiquem eventuais desvios e excessos.

Nessa perspectiva a lição de Marcelo Figueiredo, que sistematiza os fundamentos da atuação renovada do Poder Judiciário, bem assim de sua relação com os demais órgãos do Estado, considerada a leitura do programa constitucional e a necessidade de realização dos direitos fundamentais, sobretudo aqueles "considerados indispensáveis para uma vida digna":

> a) a importância do princípio de que o controle jurisdicional amplo não pode ser abolido;
>
> b) No Brasil tem-se a supremacia de direito democrático, que é um conceito amplo e substancial que deve ser decodificada pelo Poder Judiciário, a fim de aplicar generosamente os valores e direitos fundamentais, já que se trata de país periférico e desigual em relação à riqueza;

[150] TEIXEIRA, Meirelles J. H. *Curso de Direito Constitucional*. Rio Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 592.

> c) deve-se sempre recordar que os direitos e garantias fundamentais são a base para a interpretação da Constituição, bem assim aqueles que ele protege, incluindo o próprio Estado;
>
> d) deve-se compreender o esforço para conferir aplicabilidade e máxima efetividade aos direitos que decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana na sua dimensão mais ampla e pluralista possível;
>
> e) os direitos fundamentais considerados indispensáveis para uma vida digna (saúde, educação, habitação, etc) são de eficácia e aplicabilidade variável e muitas vezes exigem integração entre os numerosos poderes e autoridades para a sua fruição total por parte dos indivíduos.[151]

Para o autor, considerada a presença dessas premissas, o princípio da separação dos poderes deve ser reconhecido em sua dimensão contemporânea e renovada, e não ser aplicado em reverência à mecânica do constitucionalismo clássico, mas no campo dos espaços democráticos de cada função e poder do Estado, embora estes espaços pareçam estar chegando perto um dos outros.[152]

Agigantou-se, portanto, a responsabilidade da magistratura diante da crescente necessidade de intervenção judicial nos diversos campos de atuação do Estado constitucional, que possui entre os seus objetivos fundamentais a busca da redução das desigualdades sociais - projeto longo e de lento desenvolvimento.

Nessa perspectiva, a proteção ao mínimo existencial se apresenta como uma das missões jurisdicionais mais relevantes, que impõe ao Juiz examinar se o caso que está a decidir, independente de que seara se trate, possui ou não relação com as condições mínimas de existência dos indivíduos, argumento que será absolutamente decisivo na construção do seu discurso.

Não se trata, pois, de empreender decisão estática acerca do que é "legítimo ou ilegítimo", "justo ou injusto", mas de perceber a responsabilidade e enfrentar o mister de

---

[151] SANTOS, Marcelo Fausto Figueiredo. The Struggle for Fundamental Rights in Brazil: its actors and limits. Disponível em: < www.marcelofigueiredo.adv.br>. Acesso em: 15 jan. 2011. No original: "In the case of Brazil, one should first recall the following points: a) the importance of the principle that broad jurisdictional control cannot be abolished; b) Brazil has democratic supremacy of law, which is a broad and substantial concept that must be decoded by the Judicial Branch in order to generously apply the fundamental values and rights, since the country is a peripheral and unequal country regarding wealth; c) one must always recall that the fundamental rights and guarantees are the basis for interpreting the Constitution and those it protects, including the State itself; d) one must understand the effort to confer maximum applicability and effectiveness to those rights addressed to the principle of human dignity in the broadest and most pluralistic dimension possible; e) the fundamental rights considered indispensable for a dignified life (health, education, housing, etc.) are of variable effectiveness and applicability and often demand integration among numerous powers and authorities for their total enjoyment by the individuals.".

[152] Ibidem. No original: "When these premises of understanding are present, the principle of the separation of powers must also be recognized, with its contemporary and renewed dimension, and must be applied not out any love of the mechanics of classical constitutionalism but, especially, out of reverence for the democratic spaces of each function and power of the State, even though these spaces seem to be coming closer to one another.".

"decidir se determinada atividade estatal, mesmo quando largamente descricional – ou a inércia, ou em geral dado comportamento dos órgãos públicos –, está ou não alinhada com os programas prescritos, frequentemente de maneira um tanto vaga, pela legislação social e pelos direitos sociais".[153]

A estatura dessa missão não se coaduna com argumentos que, fundados em leitura equivocada da teoria da tripartição, pretendem subtrair do Judiciário o seu papel na realização do projeto constitucional.

3.6 Ativismo Judicial – colisão entre o "argumento da competência" e o "paradoxo da democracia"

O agigantamento dos poderes jurisdicionais, peculiar ao Estado democrático, traz consigo o cada vez expressivo "problema da responsabilidade (no sentido de *accountability*, ou seja, do dever de prestar contas)"[154], já que o ativismo judicial não pode se revelar uma carta branca nas mãos dos magistrados, para que se possa interferir de maneira despropositada e desmedida nas políticas públicas que, na distribuição de responsabilidades, situam-se sob o domínio de exclusividade do Executivo e do Legislativo.

Para que se enfrente essa questão, faz-se necessária incursão, ainda que breve, no processo de mudança de eixo a que foi submetida a sociedade ocidental e, por conseguinte, a correspondente atuação jurisdicional, nos últimos 200 anos.

A hermenêutica clássica desenvolveu-se até época de pleno paradigma liberal (século XIX), de predomínio das relações privadas (autonomia da vontade, disponibilidade dos interesses e liberdade de contrato), regidas pela supremacia do direito civil, orientado ao pressuposto positivista da perfeição do ordenamento jurídico (de leis imperfeitas), com predomínio no mister do legislador (domínio do parlamento) que, de forma autossuficiente, total e perfeita, produzia a regência das condutas humanas.

Naquele cenário, restava ao Juiz a função autômata e matemática de realizar operações silogísticas e racionais, com o fim precípuo de buscar no ordenamento completo o texto correspondente ao fato levado à sua apreciação; pelo que empreendia, assim, operação (já que não se podia propriamente falar em juízo) de natureza meramente subsuntiva.

---

[153] CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?* Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1989, p. 22.
[154] CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?* Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1989, p. 23.

Indaga-se: qual deveria ser então a complexidade da função judicante, que, como se viu, fora, inclusive, preterida por certos teóricos iniciais da "separação dos poderes"? O que restava ao Magistrado, presente o contexto de soberania nacional, com domínio parlamentar, senão conduzir-se como um cyborg?[155]

As reflexões da hermenêutica filosófica – cuja construção foi deflagrada pela crescente complexidade do mundo da vida –, demonstraram que, malgrado a sistematicidade do direito, a interpretação não poderia ser um processo acabado, com fórmulas precisas e objetivas. Emergia, então, a necessidade de mitigação de determinados postulados da hermenêutica clássica, descortinando-se, assim como na cibernética, a circunstância de que determinados caracteres humanos influenciavam (e deviam influenciar) aquele organismo supostamente controlado, de modo a provocar severas alterações no resultado do comportamento, no processo de interpretação e, por consequência, no resultado esperado.

O intérprete, portanto, é dotado de "posição prévia (*vorhabe)*"[156], "visão prévia *(vorsicht)*"[157] e "concepção prévia (*vorgriff*)"[158] – vale dizer, pré-compreensões. "Os

---

[155] Termo que aqui se emprega pela sua força argumentativa, já que se quer referir a um ser que, malgrado a suas características humanas era programado para agir de forma previsível, como os "Cybernetic Organisms", cujo desenvolvimento se encontra no trabalho de Manfred Clynes e Nathan Kline, produzido em 1960, com o fim de otimizar a atuação humana no espaço cideral. Assim, as possibilidades eram a construção de "sistemas artefático-orgânicos que extenderia a inconsciência humana e controles de autorregulação" ("Artifact-organism systems which would extend man's unconscious, self-regulatory controls are one possibility". (CLYNES, *Manfred E.; KLINE, Nathan* S. *Cyborgs and Space*. Astronautics, New York, p. 26-27, 74-76, Set. 1960. Disponível em: < http://web.mit.edu/digitalapollo/Documents/Chapter1/cyborgs.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2010.

[156] "Posição prévia (*vorhabe*) traduz-se na possibilidade de empreender articulações e compreensões. Para Heidegger, "Tudo o que está à mão sempre já se compreende a partir da totalidade conjuntural. Esta, no entanto, não precisa ser apreendida explicitamente numa interpretação temática. Mesmo quando percorrida por uma interpretação, ela se recolhe novamente numa compreensão implícita. E é justamente nesse modo que ela se torna fundamento essencial da interpretação cotidiana da circunvisão". (HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. 3. ed. Petropoles: Vozes, 2008, p. 211). No original: "Zuhandenes wird immer schon aus der Bewandtnis Zuhandenes wird immer schon aus der Bewandtnisganzheit her verstand. Diese braucht nicht durch eine tematische Auslegung explizit erfasst zu sein. Selbest wenn sie durch eine solche Auslegung hindurchgegangen ist, tritt sie wieder in das unabgehobene Verständnis zurück. Und gerade im diesem Modus ist sie wesen haftes Fundament der alltäglichen, umsichtigen Auslegung". (HEIDEGGER, Martin, *Sein und Zeit.* Tübingen, Max Niemeyer Verlag, 2006, p. 150.).

[157] "Visão prévia (*vorsicht*)" é o segundo momento, que representa o encarar do conjunto de articulações vislumbrado na posição prévia, segundo uma possibilidade de determinada interpretação. Assim, "A apropriação do compreendido, embora ainda velado, sempre cumpre o desvelamento guiada por uma visão que fixa o parâmetro na perspectiva do qual o compreendido há de ser interpretado". (Ibidem). No original: "Die zueignung des Verstandenen, aber schon Eingenhüllten vollsieht die Enthüllung immer unter der Führung einer Hinsicht , die das fixiert, im Hinblick worauf das Verstandene ausgelegt werden soll.". (Ibidem). Impõe-se repisar que a tradução lançada corresponde exatamente aquela da obra em português. Assim, cumpre aqui acrescentar que o vocábulo *vorsicht* também corresponde ao sentido de "cuidado", o que, ademais, parece como uma alerta ao intérprete na sua passagem do primeiro (o que ele é) para o terceiro momento (o que ele será).

[158] Concepção prévia (*vorgriff*) é o terceiro momento, no qual toma lugar um processo de apreensão de conceitos que resultam da transformação por meio da interpretação do compreendido que restou estabelecido em uma posição prévia. "A interpretação pode haurir conceitos pertencentes ao ente a ser interpretado a partir dele mesmo, ou então forçar conceitos contra os quais o ente pode resistir em seu modo de ser". (Ibidem). No

preconceitos" são "condição da compreensão", que em um processo de interação espiral com a situação e com o texto, produz a norma a ser aplicada, bem como alterações na própria pré-compreensão originária.[159]

Nessa perspectiva, "a interpretação de algo como algo se funda, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é a apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições" (*Die Auslegung von Etwas als Etwas wird wesenhaft durch Vorhabe, Vorsicht and Vorgriff fundiert. Auslegung ist nie ain voraussetzungsloses Erfassen eines Vorgegebenen*).[160].

Compreender, pois, é compreender o "outro", que fala por meio dos autos. E todo esse processo, "é um processo de linguagem", cujo caráter é "determinação do objeto hermenêutico".[161]

Opera-se, pois, a virada "hermenêutica", "lingüística" (só se pode compreender o ser humano como linguagem, convencionado e pactuado o significado dos signos), e "pragmática" (afasta-se o formalismo legislativo e destaca-se a primazia do fato para a solução do conflito).

Rompe-se o modelo sujeito-objeto e inaugura-se a relação sujeito-sujeito, em cujo âmbito a compreensão deve se tornar uma compreensão mútua.

Sob as bases supostamente firmes do mister judicante, além da incompletude normativa, da obscuridade semântica do texto legal, das antinomias, surge terreno movediço e de difícil estabilização, porquanto, muitas vezes, o campo de percepção do Juiz não permite captar todas as variáveis necessárias à solução do caso concreto, pelo que – para as reflexões que interessam – a decisão que poderá estar aparentemente garantindo o acesso ao mínimo existencial para determinado indivíduo, ou indivíduos, poderá representar significativo prejuízo ao mínimo existencial sob a ótica coletiva.

Considerado o paradigma democrático, em uma sociedade complexa e neoconstitucional, em que se busca a realização do programa inserido na Constituição, como controlar a validade e higidez das decisões judiciais, considerado o debate humano, em cujo

---

original: "Die Auslegung kann die dem auszulegenden Seienden zugehörige Begrifflichkeit aus diesem selbst schöpfen oder aber in Begriffe zwängen, denen sich das Seiende gamäss seiner Seinsart widersetzt". (Ibidem).

[159] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis: Vozes, 2008, p. 368.

[160] HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. 3. ed. Petropoles: Vozes, 2008, p. 211; HEIDEGGER, Martin, *Sein und Zeit.* Tübingen, Max Niemeyer Verlag, 2006, p. 150.

[161] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis: Vozes, 2008, p. 497, 504.

âmbito, por muitas vezes, se revelam inumanas[162] as razões de desejar, demandar e, até mesmo, decidir?

Reflita-se sobre o problema apresentado por Saulo José Casali Bahia:

> A definição das políticas públicas tradicionalmente esteve reservada aos Poderes legislativo e Executivo, de acordo com a 'reserva de discricionariedade' que sempre foi garantida aos mesmos. Pretende-se hoje, diante dos direitos tidos como não passíveis de desatendimento por parte do Poder Público (que corresponderiam, assim, a um "mínimo existencial' irrecusável ao indivíduo), possa o Judiciário agir, concretizando a pretensão relacionada a estes direitos, independentemente de previsão orçamentária, norma editada ou arbítrio dos Poderes Executivo e Legislativo neste sentido. Este entendimento, na medida em que não se prestigia a 'reserva de discricionariedade' em favor de poderes que não o Judiciário, diz-se ofensivo ao princípio da "separação dos poderes". Ou, na medida em que a intervenção do Judiciário ignora a previsão orçamentária, de modo absoluto ou relativo, promoveria uma ofensa ao princípio da "reserva do possível". [163]

Diante desse panorama, Casali Bahia empreende cotejo entre o "argumento da competência" e o "paradoxo da democracia", para sustentar que, de um lado, "a política orçamentária não pode ser controlada pelo Judiciário", porém, de outro, é preciso "considerar que decisões importantes como aquelas relativas aos direitos fundamentais não podem ficar nas mãos de uma simples maioria parlamentar. Afinal de contas, os direitos fundamentais também vinculam o legislador.". Sustenta que: "a separação de poderes passa, então, a corresponder a um princípio que deve ser submetido, com o conflito instalado, a uma ponderação. Se ocorrer um sacrifício reduzido ao "princípio da competência", ganha então o Judiciário condições de atuar.". E conclui: "Princípios formais, como a democracia, somente podem prevalecer se conectados a outros princípios materiais. É a "lei da conexão", segundo Alexy".[164]

Brotam, nesse cenário, questões em torno da crítica segundo a qual a técnica da ponderação de bens e interesses, conduzida à luz do princípio da proporcionalidade, conferiria

---

[162] Inumanidade não no primeiro sentido destacado por Lyotard, ao indagar: "e se, por um lado, os humanos, no sentido do humanismo, estão em vias de, constrangidos, se tornarem inumanos?", mas sim na perspectiva da inumanidade "infinitamente secreta, de que a alma é refém". E confessa Lyotard: "Acreditar, como aconteceu comigo, que a primeira possa substituir a última, dar-lhe expressão, é cair no engano. A conseqüência maior do sistema é a de fazer esquecer tudo o que lhe escapa. Mas a angústia, o estado de um espírito assombrado por um hóspede familiar e desconhecido que o agita, fá-lo delirar mas também pensar – se pretendemos excluí-lo, se não lhe damos uma saída, agravamo-lo. O mal-estar aumenta com esta civilização, a exclusão com a informação". (LYOTARD, Jean-François. O Inumano: Considerações sobre o tempo. [Tradução: Ana Cristina Seabra / Elisabete Alexandre]. Coleção Novos Rumos. 2. ed., Lisboa/Portugal. Editorial Estampa, 1997, p. 10.).

[163] BAHIA, Saulo José Casali. *O Poder Judiciário e a efetivação dos direitos fundamentais.* In: CUNHA JR., Dirley da; DANTAS, Miguel Calmon (coord.). *Desafios do Constitucionalismo Brasileiro*. Salvador: Edições *Jus*Podivm, 2009, p. 309-310.

[164] Idem.

ao Juiz, na verdade, amplitude de discricionariedade capitaneada pelo subjetivismo, fato que ensejaria decisões absolutamente diversas para situações idênticas, o que se mostra desastroso sob a ótica da macrojustiça.

A origem dessa celeuma se encontra no campo acadêmico, mais especificamente no confronto desenvolvido a partir das posições de Dworkin e Alexy, já que a matriz teórica proposta por Alexy orienta-se no sentido da jurisprudência de valores, em que se desenvolve hierarquia axiológica das normas constitucionais fundada na sua relevância social, preponderando-se a concepção substancial de direitos fundamentais. Trata-se, pois, de solucionar os conflitos entre os diversos interesses sob a perspectiva da dimensão axiológica, por meio da técnica da ponderação.[165]

Alexy promove a aproximação entre princípios e valores e afirma a possibilidade de ponderação de ambos, destacando que a preenchimento gradual dos princípios corresponde à realização gradual dos valores.[166] A distinção estaria na circunstância de que os princípios possuem caráter deontológico e os valores caráter axiológico.[167]

A concepção de Dworkin, por sua vez, funda-se em uma lógica procedimentalista, com lastro basicamente deontológico, para sustentar a reconstrução argumentativa racional da solução (única resposta correta), em que se deve aplicar o princípio mais coerente e afastar-se aquele que não se aplica ao caso, já que não haveria propriamente conflito, mas sim concorrência. Trata-se, pois, de empreender juízo de adequação e não de ponderação.

Portanto, do confronto entre essas duas vertentes de pensamento – que, de mais a mais, apartadas as questões academicistas, são absolutamente conciliáveis – é que exsurgem as críticas ao posicionamento de Alexy, vinculando-se sua teoria a concessão de "carta branca" para o subjetivismo exagerado dos Juízes, o que, advirta-se, sequer se coaduna com o fato de Alexy também ser um dos expoentes da argumentação jurídica racional, em cujo âmbito há pouco ou nenhum espaço para o subjetivismo.

Examine-se a seguinte passagem do *constitucionalismo discursivo,* em que Alexy expõe a impugnação daqueles que denomina "cépticos da ponderação", como, por exemplo, Habermas e Schlink:

> que a ponderação " 'porque para isso faltam critérios racionais', deve efetivar-se 'ou arbitrariamente ou irrefletidamente, segundo modelos e

---

[165] ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 4. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 75-76).

[166] ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 4. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 125. No original: „[…] zum anderen korrespondiert der gradweisen Erfüllung von Prinzipen die gradweise Realisierung der Werten.

[167] Ibidem, p. 133. No original: „Prinzipien und Werten unterscheiden sich also nur wegen ihres einerseits deontologischen und andereseits axiologischen Charakters".

> ordens hierárquicas acostumados' ou quando ele dizem que nos 'exames da proporcionalidade em sentido estrito... em último lugar somente a subjetividade do examinador faz-se valer' e que 'as operações de valoração e de ponderação do exame da proporcionalidade em sentido estrito... em último lugar só decisionisticamente' podem 'ser prestadas'. Eles devem impugnar que sentença racionais sobre intensidades de intervenção e graus de importância são possíveis.[168]

Decerto que o recurso à proporcionalidade não deixa de ser uma porta aberta para o subjetivismo; ainda mais quando se tem exatamente esse propósito, vale dizer, escudar-se no juízo de ponderação para decidir da forma como se deseja.

Indaga-se, todavia: não ocorre o mesmo com qualquer abertura hermenêutica? Sob os postulados da hermenêutica filosófica, não é perfeitamente possível que, contorcendo a racionalidade, principalmente quando se trata de juízo sobre valores, deságüe-se no subjetivismo, em absoluto desfavor das regras de correção do discurso, bem como dos critérios que devem conduzir a construção da decisão?

É que, de fato, o eventual despreparo do magistrado, especialmente no que diz respeito ao domínio teórico necessário para o desenvolvimento da ponderação na solução dos casos difíceis, tem resultado desconformidades judiciais e contradições significativas, já que, não raro, costuma-se denominar juízo de proporcionalidade o simples confronto atécnico e despropositado de bens ou valores, em cujo âmbito, com fundamento centrado em pré-compreensões insuficientes, em puro subjetivismo e em variáveis instáveis, opta-se pelo interesse que deve prevalecer.

Quanto mais relevante para a sociedade o bem em disputa, exsurge mais intensa a chama das paixões que aquece os argumentos, os quais, lançados nas peças processuais, revelam-se, por muitas vezes, incapazes de transmitir com fidedignidade elementos aptos a sustentar as teses vertidas.

É que não é dado ao ser humano a capacidade de impedir o sentimento, mas tão somente a frágil habilidade de camuflar a manifestação do sentir, sobretudo porque o ato de não sentir é, em si, um sentimento.

Vergastam-se os pressupostos mais elementares de *iter interpretativo* e, a partir de mero exame prévio do conteúdo semântico dos interesses em conflito (deixando-se guiar por preconceitos), empreende-se ponderação em abstrato, sem que se perceba que, no campo de colisão entre normas protegidas pelo limite do núcleo essencial, a contradição entre o

---

[168] ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo.* 2. ed. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 133.

"ponderar" e o "abstrair" não reflete apenas questão terminológica, mas enseja severo prejuízo ao resultado da prestação jurisdicional.

A famosa frase "à luz da proporcionalidade", que se multiplica nos fundamentos das decisões judiciais, presta-se, muitas vezes, a escamotear as falhas do processo de interpretação e a justificar solução concebida em absoluto desacordo com o arcabouço material presente no caso examinado; realidade que, de mais a mais, serve para reforçar as severas críticas lançadas contra a técnica da ponderação.

Por isso mesmo é que se revela absolutamente nítido nas lições de Alexy, que o princípio da proporcionalidade se deixa decompor nos princípios parciais da "idoneidade", "necessidade" e "proporcionalidade em sentido estrito". E que, por sua vez, a lei da ponderação se desdobra em três passos parciais, quais sejam: I – a comprovação do grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio; II – a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário e III – comprovar se importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou o não-cumprimento do outro. [169]

Não se pode, pois, ausente a observância dos requisitos teóricos para a aplicação da lei da ponderação, afirmar que o exame do caso concreto foi realizado à luz da proporcionalidade.

Dessa maneira, pode-se compreender que, quando Saulo Casali afirma que o interprete deve recorrer à ponderação entre o "argumento da competência" e o "paradoxo da democracia" para decidir se o Judiciário deve – e em que medida – ou não, diante de determinado caso concreto, ingressar na órbita das funções legislativa ou executiva, para determinar prestação tendente a proteger determinado bem jurídico, quer sustentar que o eventual prejuízo à "separação dos poderes" deve ser devidamente justificado pela idoneidade, necessidade e importância da realização do direito fundamental presente na espécie – no caso, um direito ao mínimo existencial.

Daí o agigantamento da complexidade da função jurisdicional em um Estado que se orienta pelo republicanismo da liberdade como não dominação. Trata-se de função corretiva dos desvios dos demais órgãos do Estado, pressuposto para a garantia de subsistência da sociedade.

A prévia, injustificada e arbitrária limitação da liberdade dos indivíduos não é algo tolerável. Se somente a liberdade pode limitar a liberdade, impõe-se examinar os valores

---

[169] ROBERT, Alexy. *Constitucionalismo Discursivo.* 2. ed. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 132-133.

que sustentam cada qual no particular, para que se possa definir qual delas, e em que medida, deve prevalecer.

O Supremo Tribunal Federal já demonstrou por diversas ocasiões que a prevalência de determinado interesse não pode ser definido por seu conteúdo semântico, sobrelevando as questões em que o respeito ao interesse público e a realização do projeto constitucional se transmudam em verdadeira condição para a sobrevivência da sociedade.[170]

Nessa perspectiva, a tentativa de se tornar absoluta a proteção do mínimo existencial encontra óbice os mais diversos, o que, muitas vezes, conduz ao total esvaziamento das ações.

Mesmo no campo do mínimo existencial, não se deve promover a proteção atomizada de determinado direito, quando a decisão que interfere no campo administrativo ou legislativo representar agressão ainda mais forte ao direito ao mínimo existencial de outros membros da comunidade, chegando, inclusive a atingir a coletividade.

Por outro prisma, ausente aludido risco, não se pode admitir a negativa da prestação jurisdicional, ainda que consubstanciada em intromissão nas políticas públicas, já que restará absolutamente demonstrada a existência de falha ou desídia do Estado administrador ou legislador no cumprimento de sua missão constitucional de viabilizar o acesso dos cidadãos àquele grupo de bens e direitos, que devem, em certo momento, integrar o conceito de mínimo existencial.

Nessa perspectiva, cumpridos os requisitos da lei da ponderação e identificado na lide o conteúdo vinculado ao mínimo existencial, não é razoável defender que o Judiciário, ao atuar no sentido de preservar o bem jurídico em risco, estaria invadindo campo de atuação dos demais órgãos, notadamente porque se trata de colmatar lacunas – verdadeiras

---

[170] A propósito de refletir acerca da redução de proteção a bem jurídico de significativa estatura constitucional, considerados os valores que sustentam a democracia, importa examinar o seguinte trecho da decisão do STF na ADPF n. 130/DF: "A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. **[...]** A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe caiba receber (quanto maior o dano maior a indenização) opera é no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de expressão lato sensu para se tornar um fator de contração e de esqualidez dessa liberdade. Em se tratando de agente público, ainda que injustamente ofendido em sua honra e imagem, subjaz à indenização uma imperiosa cláusula de modicidade. Isto porque todo agente público está sob permanente vigília da cidadania. E quando o agente estatal não prima por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si mais fortes suspeitas de um comportamento antijurídico francamente sindicável pelos cidadãos." In: BRASIL. STF. ADPF n. 130/DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em 03 ago. 2010.

desconformidades inconstitucionais –, que impedem o cumprimento pelo Estado do seu objetivo primário e, talvez, mais nobre: o de garantir a subsistência digna de seus cidadãos.

Raciocínio que se reconduz ao preceito da liberdade como não dominação – vale dizer, à confiança de que o Estado deve agir no sentido de garantir o bem comum, sempre segundo uma ótica republicana de defesa dos interesses do todo em relação às partes, já que, considerado o preço que cada indivíduo deve suportar por viver em sociedade, o vilipêndio do coletivo pode importar lesão ao próprio direito individual.

Repise-se, pois, que sob o pálio do paradigma democrático, não se pode reconhecer no dogma da separação dos poderes qualquer aptidão para afastar do Judiciário o dever de realizar o projeto constitucional, missão para a qual concorrem, direta e ativamente, o Ministério Público, a Advocacia e a Defensoria Pública, atores responsáveis por movimentar a máquina judicial com vistas a garantir ao povo a possibilidade de buscar o cumprimento de tantas promessas não cumpridas.

3.7 Cidadania, República e o direito ao mínimo existencial

Em uma pesquisa que pretende compreender a essência do mínimo existencial situada no âmbito do Estado republicano não se pode prescindir de examinar a questão da cidadania. Todavia, almejar reflexões profundas e exaustivas acerca do tema é empreitada que extrapola os limites estabelecidos neste estudo.

Por essa razão, objetiva-se delinear elementos que auxiliem a compreensão da relação entre o mínimo existencial e a cidadania, com a simples pretensão de se buscar respostas preliminares acerca do conteúdo mínimo de direitos que possa permitir ao indivíduo reconhecer em si a condição de cidadão, bem como das origens dos problemas que impedem ou dificultam o ingresso do ser humano no campo da dignidade ou, por assim dizer, da cidadania mínima.

Presentes reflexões destinam-se a preencher essa lacuna da pesquisa, com a consciência de que o que se poderá produzir será tão somente um breve extrato reflexivo sobre assunto de significativa complexidade.

3.7.1 Cidadania dos antigos e cidadania dos modernos – um breve olhar histórico.

Parece assistir razão a Elisa Reis quando argumenta que o exame do conceito de cidadania na perspectiva de uma "relação entre história e teoria orienta a descoberta de raízes históricas comuns às diversas perspectivas teórico-analíticas no tratamento da noção de cidadania". [171]

De fato, uma análise das raízes etimológicas do vocábulo, deitadas no latim *civitas*, associada às referências abstratas alusivas à noção de igualdade nas religiões antigas e ao conteúdo político que liberdade e igualdade adquirem na polis grega, leva-nos a perceber a coincidência na eleição dos elementos que constituem a base do conceito de cidadania nas diversas evoluções teóricas empreendidas através da história.

Nada obstante, a historicidade que marca o conceito de cidadania, bem como os diversos matizes que se desdobram a partir do exame do tema, oferecem sérias dificuldades para que se estabeleça uma teoria que delineie postulados passíveis de conformar posições e situações gerais e aplicáveis ao estudo, uma vez que:

> [...] cidadania não é uma definição estanque, mas um conceito histórico, o que significa que seu sentido varia no tempo e no espaço. É muito diferente ser cidadão na Alemanha, nos Estados Unidos ou no Brasil (para não falar dos países em que a palavra é tabu), não apenas pelas regras que definem quem é ou não titular da cidadania (por direito territorial ou de sangue), mas também pelos direitos e deveres distintos que caracterizam o cidadão em cada um dos Estados-nacionais contemporâneos. Mesmo dentro de cada Estado-nacional o conceito e a prática da cidadania vêm se alterando ao longo dos últimos duzentos ou trezentos anos. Isso ocorre tanto em relação a uma abertura maior ou menor do estatuto do cidadão para sua população (por exemplo, pela maior ou menor incorporação dos imigrantes à cidadania), ao grau de participação política dos diferentes grupos (o voto da mulher, do analfabeto), quanto aos direitos sociais, à proteção social oferecida pelos Estados ao que dela necessitam.[172]

Desde Hobbes, com quem se aprende que o homem vive em conflito entre o seu estado de natureza[173] – entendido enquanto a liberdade individual e o poder de tomar suas próprias decisões, obedecendo unicamente seus juízos e razão – até Marshall, que divide a

---

[171] REIS**,** Elisa. Cidadania: história, teoria e utopia in: PANDOLFI, Dulce Chaves et al. Cidadania, justiça e violência. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

[172] PINSKY, Jaime. *Introdução*. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). Historia da Cidadania. São Paulo: Contexto, 2008.

[173] HOBBES, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

cidadania em três elementos: o civil, o social e o político[174], percebe-se que a cidadania está seriamente vinculada à noção de liberdade.

Por isso mesmo, Ralf Dahrendorf, ao advertir que Marshall haveria preterido a importância do conceito de classe, ressalta: "é desde já evidente que a dependência servil de um homem diante de outro cria falta de liberdade; mas que sucede com a dependência do homem diante do alimento, do vestido, da habitação e da segurança física?".[175]

Com o movimento iluminista, que emerge durante o século XVIII (o século das luzes), surgem os direitos civis, sob o manto do direito à liberdade ambulatorial, de pensamento, pessoal, religiosa; enfim, direitos que rompem com o feudalismo medievo e liberta o indivíduo da intromissão do Estado, com vistas à sua participação na sociedade. Nessa ambiência, delineia-se o contorno inicial do conceito de cidadania.[176]

Will Kymlicka, para quem são grandes os obstáculos no caminho da construção de uma teoria da cidadania, defende a dicotomia: cidadania estreita e cidadania espessa. Adverte, ademais, para a impossibilidade de a cidadania cumprir sua vital função integrativa em uma sociedade que reconhece os direitos com fundamento nas diferenças entre os diversos grupos, o que importaria em cidadania diferenciada, que não mais permitiria o compartilhamento de experiências ou um *status* comum.[177]

Pretende-se ultrapassar as questões que envolvem os laços jurídico-políticos que determinam a nacionalidade, bem como os direitos e deveres daí decorrentes, para se examinar especificamente o conteúdo da cidadania que corresponde ao mínimo necessário para que o indivíduo possa iniciar o exercício da sua condição de cidadão.

Em linhas gerais, costuma-se afirmar que para ser cidadão não basta ter direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei. É preciso participar dos destinos do Estado, bem como ser destinatário dos direitos sociais; vale dizer aqueles que garantem a

---

[174] MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 63-65.

[175] DAHRENDORF, Ralf. *Sociedade e liberdade*. Brasília, UnB, 1981.

[176] MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 63-65.

[177] KYMLICKA, Will. Multicultural Citizenship: *A Liberal Theory of Minority Rights*. New York: Oxford University Press, 1995, p. 174-175. No original: “In a society which recognizes group-differentiated rights, the members of certain group are incorporated into political community, not only as individuals, but also thorough the group and their rights depend, in part, on their group membership. […] Citizenship cannot perform its vital integrative function if it is group-differentiated – it ceases to be a device to cultivate a sense of community and a common sense of purpose. Nothing will bind the various groups in society together, and prevent the spread of mutual mistrust or conflict. If citizenship is differentiated, it no longer provides a shared experience or common status”.

participação do indivíduo na riqueza coletiva: o direito à educação, ao trabalho, à saúde, dentre outros.[178]

A perspectiva com que se busca examinar a cidadania não se restringe ao seu sentido estrito comumente referido, qual seja aquela vinculado ao exercício do direito político ativo. Interessa, com mais intensidade, reflexões acerca da dimensão ampla da cidadania, que traz como consectário natural a vinculação do "Estado à obrigação de destinar aos indivíduos direitos e garantias fundamentais, mui especialmente aqueles relacionados a direitos sociais" [179]

Trata-se de "garantir às pessoas o direito à liberdade, à igualdade substancial, à vida, à incolumidade física – direitos criados pelo constitucionalismo clássico –, mas, sobretudo, os atinentes à educação, à saúde, e ao trabalho – enfim todos os direitos de caráter prestacional – alem, é claro, como não poderia deixar de ser, dos direitos políticos".[180]

Percebe-se, de logo, a existência de marco delimitador entre o que se compreende por cidadania no mundo contemporâneo e a cidadania como entendeu a antiguidade, notadamente no mundo greco-romano, em especial porque se identifica absoluta ruptura histórica, já que não se pode "falar em continuidade do mundo antigo, de repetição de experiência passada e nem mesmo de um desenvolvimento progressivo que unisse o mundo contemporâneo ao antigo. São mundos diferentes, com sociedades distintas, nas quais pertencimento, participação e direitos têm sentidos diversos".[181]

---

[178] PINSKY, Jaime. *Introdução*. In: In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). Historia da Cidadania. São Paulo: Contexto, 2008.

[179] SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 273.

[180] Idem.

[181] GUARINELLO, Noberto Luiz. *Cidades-Estado na Antiguidade Clássica.* In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). Historia da Cidadania. São Paulo: Contexto, 2008. Esclarece o autor: "Comecemos pela diferença mais crucial entre presente e passado, a da própria forma da existência social. O mundo greco-romano não se estruturava como os Estados-nacionais contemporâneos, mas de modo bem distinto, como cidades-estados. Aqui, defrontamo-nos com um primeiro problema: é tão difícil oferecer uma definição de cidade-estado como o é, sabem-no os historiadores contemporâneos, definir Estado-nacional. As cidades-estado, que conhecemos pela tradição escrita, pela epigrafia ou pelas fontes arqueológicas, eram muito diferentes entre si: nas dimensões territoriais, riquezas, em suas histórias particulares e nas diferentes soluções obtidas, ao longo dos séculos, para os conflitos de interesse entre seus componentes. A maioria delas nunca ultrapassou a dimensão de pequena unidade territorial, abrigando alguns milhares de habitantes – não mais que cinco mil, quase todos envolvidos com o meio rural. Outras, de porte médio, chegaram a congregar vinte mil pessoas. Algumas poucas, portos comerciais ou centros de grandes impérios, atingiram a dimensão de verdadeiras metrópoles, com mais de cem mil habitantes – e, por vezes, como na Roma imperial, chegaram à escala de um milhão de habitantes. Além disso, sob o termo cidade-estado abarcamos povos distintos, culturas diferentes, com seus próprios costumes, hábitos cotidianos, leis, instituições, ritmos históricos e estruturas sociais – gregos, romanos, etruscos, fenícios, 'itálicos', celtas, berberes -, cujo destino foi, ao longo do tempo, marcado por imensa variedade de projetos e soluções. Não é fácil (talvez seja impossível) dar conta de tantas histórias, tão diferenciadas, ao longo de quase dois milênios. Diversidade, fragmentação, modificações incessantes ao longo dos séculos: como definir uma cidade-estado? Em busca de uma compreensão abrangente, qualquer definição tem de ser, pela força das

Apesar da amplitude que a cidadania alcançou no seu trajeto pela compreensão das civilizações, sobretudo no âmbito do Estado de direito e de justiça social, Pedro Funari adverte acerca dos diversos elos que unem a cidadania moderna aos antigos romanos, tanto pelos termos utilizados quanto pela própria noção de cidadão.[182]

Explana o autor que, em latim, a palavra *ciuis* gerou *ciuitas,* 'cidadania', 'cidade', 'Estado', signos que, para os romanos, constituíam um único conceito e que somente podem ser concebidos se houver, antes, cidadãos. *Ciuis* é o ser humano livre e, por isso, ciuitas carrega a noção de liberdade em seu centro.[183]

Funari refere-se a Cícero, que, no século I a.C., já afirmava que 'recebemos dos nossos pais a vida, o patrimônio, a liberdade e a cidadania'. Esclarece que, para Cícero, a descrição daquilo que os nossos pais nos deixam é cronológica, mas também acumulativa. É dizer: recebe-se a vida ao nascer; em seguida, a herança, na forma de educação quando criança, o que permite alcançar a liberdade individual e a coletiva na vida adulta.[184]

Há que se destacar que a cidadania grega – marcada por círculo restrito – guarda severas diferenças em relação aos romanos, já que em Roma votavam pobres e mesmo libertos.[185] Se para os gregos havia primeiro a cidade, *polis,* e só depois o cidadão, *polites,* para os romanos era o conjunto de cidadãos que formava a coletividade. Se para os gregos havia cidade e Estado, *politeia,* para os romanos a cidadania, *ciuitas*, englobava cidade e Estado. [186]

A cidadania no Estado democrático de direito e de justiça social[187] não admite restrições arbitrárias à opinião dos indivíduos[188], tampouco à participação dos cidadãos na

---

circunstâncias, parcial e genérica, consciente das perdas que acarreta para o entendimento de cada caso particular.

[182] FUNARI, Pedro Paulo. *A cidadania entre os romanos.* In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). Historia da Cidadania. São Paulo: Contexto, 2008.

[183] Idem.

[184] Idem.

[185] Idem.

[186] Idem.

[187] Miguel Reale leciona que "o adjetivo 'Democrático' pode também indicar o propósito de passar-se de um Estado de Direito, meramente formal, a um Estado de Direito e de Justiça Social, isto é, instaurado concretamente com base nos valores fundantes da comunidade. 'Estado Democrático de Direito', nessa linha de pensamento, equivaleria, em última análise a "Estado de Direito e de Justiça Social". A meu ver, esse é o espírito da Constituição de 1988". Aponta, de igual sorte, como dois dos elementos diferenciadores do nosso Estado Democrático de Direito a "cidadania e a dignidade da pessoa humana". (REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias.* São Paulo: Saraiva, 2005, p. 2-3.).

[188] Funari esclarece que "A própria palavra opinião é de origem latina *(opinio).* Embora no mundo antigo não houvesse comunicação de massa e, menos ainda, pesquisa de opinião pública, foi naquele ambiente que surgiu o conceito de 'opinião'. Cícero referia-se a *popularis opinio,* e *opinio* era termo usado para traduzir o grego *doxa,* por oposição a *episteme* (ciência), como, mais prosaicamente, para designar 'impressão', verdadeira ou falsa. 'Impressão' corresponde bem à raiz de *dokeo* ('parecer, pensar, imaginar') e, ainda, que não saibamos a origem

esfera pública pluralista, fato que impõe ao Estado o dever de proporcionar condições para que esta opinião/participação se efetive.

3.7.2 Cidadania e inclusão

O avanço tecnológico das sociedades termina, senão por eliminar, pelo menos por afastar das pessoas a noção acerca dos laços que formam o ser coletivo. O individualismo toma lugar e, malgrado visivelmente unidos, os indivíduos se encontram cada vez mais separados.[189]

Essa separação parece ser, por diversas vezes, intransponível, porque quando se trata dos problemas que afligem o ser coletivo, a preocupação somente desperta quando atingido determinado grupo ou determinada pessoa em um círculo restrito de relações. É dizer: os indivíduos só se preocupam com o *outro*, quando este *outro* se localiza dentre os seus.

Essa intersubjetividade egoística, aliada à crescente onda de violência, característica da sociedade contemporânea, notadamente a brasileira, termina por demandar ainda mais a presença do Estado, para que seja garantido às classes menos favorecidas a possibilidade de acesso aos bens mais elementares da vida, proporcionando-lhes oportunidades para que possam lutar pela sua dignidade.

O problema há muito deixou de ser uma questão de solidariedade e fraternidade voluntária – aquela em que se espera que as pessoas dêem as mãos –, para se tornar uma questão política, essencial á sobrevivência do ser coletivo, especialmente porque a nenhum indivíduo ético deve interessar viver em uma sociedade violenta e desigual.

Trata-se de enfrentar a questão da luta entre fortes e fracos, que enseja o desenvolvimento de sentimentos que modificam as relações entre os indivíduos com severos impactos na estrutura social, exatamente como delimitou Gianni Vatimo:

---

de *opinio*, transmite a sensação de falta de certeza, imprecisão. Este é o sentido do termo em outra frase de Cícero, *apud homines bárbaros opinio plus ualet saepe quem res ipsa* ('entre os homens bárbaros, a impressão vale, muitas vezes, mais do que a própria realidade"). Expressões como *opinio est* ('considera-se') e *opiniones omnum* ('todos acham'), bem como o sentido de 'boato' que a palavra possui, conduzem-nos à percepção de um espaço público que permitia a existência não apenas do sentido individual da opinião (*ut meã opinio est,* 'na minha opinião', como da impressão tornada coletiva. Haveria, pois, necessariamente, um espaço público antigo, uma *Öffentlichkeit* ('abertura', 'esfera pública'), para usar o conceito moderno implícito na cidadania, subjacente à opinião pública. (Idem.).

[189] Em referência do pensamento de Ferdinand Tönnies. Vide Apêndice A.

> O niilismo, a descoberta da <<mentira>> e do caráter de jogo de forças que os pretensos valores e estruturas metafísicas possuem reside na revelação da vontade de poder na medida em que desloca e subleva as relações hierárquicas vigentes, denunciando-as como relação de forças e não mais como ordens correspondentes a valores. Após a descoberta de que os valores nada mais são do que posições da vontade de poder, dos fortes e dos fracos (já que estes últimos encontram nos seus valores morais um modo para se sentirem apesar de tudo superiores aos fortes que os oprimem), ninguém ocupa o mesmo lugar na hierarquia social que ocupava outrora e tampouco fica intacta a hierarquia interna dos diversos sujeitos, que descobrem também em si próprios não o reconhecimento dos puros valores, mas forças em luta e sistematizações provisórias. [190]

Se não se pode mais admitir a postura liberal sequer no âmbito exclusivo das liberdades públicas, menos ainda pode-se admiti-la na consecução da cidadania mínima, na concretização do direito ao mínimo existencial, mormente porque a preocupação do liberalismo político dirige-se a um consenso fundamental que, independentemente de origem cultural, convicção religiosa e forma individual de condução da vida, assegure liberdades iguais a todos os cidadãos. [191]

Malgrado esse almejado consenso sobre as questões de justiça política não se revele viável de ser fundado no *Ethos* que permeia a sociedade, os indivíduos ainda compartilham a expectativa de cooperar uns com os outros, de maneira justa e sem violência. [192]

Por isso mesmo, conclui Habermas:

> Em que pese a falta de um consenso substancial sobre os valores, fundado em uma visão de mundo amplamente aceita na sociedade, as pessoas mantém o apelo às crenças e padrões morais, com a compreensão individual de que devem ser compartilhados por todos. Independentemente do fato de bastar o *modus vivendi*, os indivíduos debatem acerca de questões morais com fundamentos que consideram cruciais. Eles conduzem o discurso moral

---

[190] VATIMO, Gianni. *As aventuras da diferença.* Lisboa: Edições 70, 1980, p. 104.

[191] HABERMAS, Jürgen. *Die Einbeziehung des Anderen.* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, p. 99. "O liberalismo político representa uma resposta ao desafio do pluralismo. Sua preocupação se dirige a um consenso fundamental que, independentemente de origem cultural, convicção religiosa e forma individual de condução da vida, assegure liberdades iguais a todos os cidadãos". No original: "Der politische Liberalismus stellt eine Antwort auf die Herausforderung des Pluralismus dar. Seine Hauptsorge gilt einem politischen Grundkonsens, der allen Bürgern ohne Ansehen ihrer kulturellen Herkunft, religiösen Überzeugung und individuellen Lebensführung gleiche Freiheiten sicher".

[192] Idem. "O almejado consenso sobre as questões de justiça política não pode mais se sustentar sobre um Ethos tradicional e habitual que permeia toda a sociedade. Todavia, os integrantes da sociedade moderna ainda alimentam a expectativa de que podem, de forma justa e sem violência, cooperar uns com os outros". No original: "Der angestrebte Konsens in Fragen der politischen Gerechtigkeit kann sich nicht mehr auf ein traditionell eingewöhntes, die gesamte Gesellschaft durchdringends Ethos stützen. Aber noch immer teilen die Mitglieder moderner Gesellschaften die Erwartung, dass sie fair und gewaltlos miteinander kooperiert können)."

> na vida cotidiana como na política e ainda mais no âmbito das controvérsias constitucionais. Estes discursos seguem em desenvolvimento, embora não esteja claro se os conflitos morais podem, de alguma forma, ainda ser resolvidos com a ajuda de argumentos. De maneira silenciosa, os cidadãos esperam um dos outros a presença de uma consciência moral ou um senso de justiça, que opera para além das fronteiras das visões de mundo, enquanto concomitantemente aprendem a tolerar diferenças de visão de mundo como fontes de diversidades ideológicas.[193]

Portanto, para além da obrigação moral da fraternidade e da solidariedade, que deve estar sempre presente, o esforço pela redução das desigualdades encontra nas obrigações jurídicas seu maior sustentáculo. Vale dizer, é dever do Estado-administrador realizar as prestações sociais necessárias à subsistência do povo, constitui dever das empresas promover suporte social aos seus empregados e da classe em produção o recolhimento dos impostos, bem como é dever o Ministério Público, da Advocacia e da Sociedade Civil provocar o Estado Juiz que, por sua vez, tem o dever de intervir para garantir o respeito à Constituição.

Ao refletir sobre a luta por reconhecimento no Estado Democrático de Direito, Habermas sustenta que as constituições modernas brotam de uma idéia que decorre do direito racional, segundo a qual os cidadãos, por decisão própria, reúnem em uma sociedade de sujeitos direitos livres e iguais. A Constituição, portanto, estabelece exatamente o direito em vigor, que os indivíduos mutuamente são determinados a reconhecer, caso desejem, de forma legitima, regular com os meios do direito positivo a sua convivência.[194]

O Estado de Direito e de Justiça Social não se constrói com a visão da Constituição como uma mera petição de princípios, mas sim com a concretização de suas disposições. E só pela concretização das normas constitucionais, delimitado o exame àquelas que versam sobre a garantia do mínimo existencial, é que se pode falar em inclusão.

---

[193] HABERMAS, Jürgen. *Die Einbeziehung des Anderen.* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, p. 99. No original: "Trotz des Fehlens eines substantiellen Wertekonsens , der einem gesellschaftsweit akzeptierten Weltbild wurzelte, appellieren sie nach wie vor an moralische Überzeugungen und Normen, von denen jeder unterstellt, dass alle sie teilen sollte. Unabhängig davon, ob ein blosser moduz vivendi ausreichen würden, streiten sich die Leute über moralishe Fragen mit Gründen, die sie für ausschlaggebend halten. Sie führen moralischen Diskurse im Alltag wie in der Politik, erst recht in verfassungspolitischen Streitfragen. Diese Diskurse gehen weiter, obwohl nicht klar ist, ob moralischen Konflikte überhaupt noch mit Hilfe von Argumenten beigelegt werden können. Stillschweigend unterstellen sich die Bürger gegenseitig ein moralischens Bewustsein oder einen Sinn für Gerechtigkeit, der über weltanschauliche Grenze hinweg operiert, während sie gleichzeitig lernen, weltanschauliche Differenzen als Quelle vernüftiger Meinungsvershiedenheiten zu tolerieren. ".

[194] Ibidem, p. 237. No original: „Die modernen Verfassungen verdanken sich der vernunftrecht Idee, dass sich die Bürger aus eigenem Entschluss zu einer Gemeinschaft freier und gleicher rechtsgenossen zusammenschliessen. Die verfassung setzt genau die Recht in Kraft, die sie sich gegenseitig zugestehen müssen, wenn sie ihr Zusammenleben mit Mitteln des positiven Rechts legitim regeln wollen. ".

O Estado de Direito e de Justiça Social é aquele que discrimina, para igualar,[195] o que, sob todos os aspectos, significa privilegiar a cidadania por meio do acesso dos indivíduos aos bens necessários a uma existência digna, sem a qual tem-se presente a odiosa discriminação, instala-se a dominação e afasta-se a liberdade, pelo que não se pode sequer iniciar falar em inclusão.

Sidney Madruga leciona que:

> O princípio da não-discriminação, [...] embora seja matéria consagrada em vários instrumentos no direito internacional de proteção dos direitos humanos, não atende, *per se,* a todos os reclamos das minorias. Assim, não basta que as discriminações sejam combatidas. O princípio isonômico não se restringe a vedar discrímenes. É preciso mais. Necessita-se efetivar o mandamento constitucional. Tornar possível não só ao cidadão comum ver realizado os preceitos jurídicos-formais já estabelecidos, como ainda por em prática o que a Constituição taxou como substancialmente igualitário.[196]

Cediço que dentre os fatores de inserção social se encontram as oportunidades disponibilizadas ao indivíduo no mercado de trabalho, que, de uma forma ou de outra, depende direitamente da atuação do Estado, com vista a garantir o desenvolvimento sustentável e o crescimento da economia.

É do trabalho que o ser humano retira, não só o seu sustento e o da sua família, mas também os meios que conferem ao núcleo familiar as condições evolutivas básicas que garantirão a formação consistente da própria sociedade; é do trabalho dos pais que se viabiliza a formação das gerações futuras.

Por outro lado, a necessidade de garantir a subsistência, aliada à sanha de diversas empresas pelo lucro fácil, transforma a cena trabalhista em campo fértil para a supressão do direito ao mínimo existencial e, por conseguinte, à exclusão do indivíduo do campo da dignidade.

Deveras, a cidadania é termo que não se compatibiliza com a exclusão, porquanto nesse campo, a luta é mesmo pela inclusão do outro e, para tanto, não se pode compreender o outro como objeto, mas sim como sujeito.

Nos termos postos, de quase nada vale o recurso ao círculo hermenêutico para compreender criticamente a ciência moderna, se não for para

---

[195] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, passim.

[196] SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. *Discriminação positiva e ações afirmativas na realidade brasileira.* Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 53.

> [...] transformar o distante em próximo, o estranho em familiar, através do discurso racional – fronético, que não apodítico -, orientado pelo desejo de diálogo com o objeto de reflexão para que ele "nos fale", numa língua não necessariamente a nossa, mas que nos seja compreensível, e nessa medida se nos trone relevante, nos enriqueça e contribua para aprofundar a autocompreensão do nosso papel na construção da sociedade, ou, na expressão cara à hermenêutica, do mundo da vida (*Lebenswelt).*[197]

Impõe-se, como quer Wolkmer, considerar um pluralismo vinculado à síntese de todos os interesses cotidianos individuais e coletivos[198], afastando-se os desvios que representam a constitucionalização simbólica[199] e ampliando as indagações referentes ao exame dos valores sociais na construção e implementação do direito.[200] Em outros termos, proporcionar condições para, como afirma Habermas, "reconhecer e dignificar o *status* de cidadão como uma vinculação aos demais membros da coletividade política, que o transforma em um só tempo em alguém dependente dos outros membros e por eles mutuamente responsável".[201]

3.7.3 Cidadania, seleção natural e oportunidades

Ao se sustentar que o Estado de Direito e de Justiça Social é aquele em que se busca a redução das desigualdades, não se está, de forma alguma, a defender a existência de resultados iguais para todos, notadamente porque cada ser humano possui as suas capacidades, o que também afasta o discurso das oportunidades iguais.

Amartya Sen leciona que a liberdade envolve o processo que permite a liberdade de ação e decisões, e as oportunidades atuais que as pessoas possuem, decorrente das circunstâncias pessoais e sociais.[202]

---

[197] SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna.* Rio de Janeiro: Graal, 1989, p. 12.

[198] WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do direito.* 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001, passim.

[199] NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, passim.

[200] LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I.* Rio de janeiro: Tempo Brasileiro, 1972, passim.

[201] HABERMAS, Jürgen*. Die Einbeziehung des Anderen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, p. 145. No original: "[…] *jeder den Status des Staatsbürgers als das erkennen und würdigen, was ihn mit den anderen Mitgliedern des politischen Gemeinwesens verbindet, was ihn gleichzeitig von diesen adhangig und für siue mit verantwortlich*".".

[202] AMARTYA, Sen. *Development as Freedom.* New York: Anchor Books, 1999, p.17.

Otfried Höffe ensina que a justiça social não exige a igualdade de resultados, os quais podem ser desperdiçados por responsabilidade da própria pessoa. Além disso, não se devem negar as diferenças de desempenho individual. De acordo com a situação, cada um se faz merecedor das oportunidades compatíveis com seu talento.[203]

Com as reservas necessárias em relação à exclusiva meritocracia, o que se defende é que não há talento possível de aflorar sem que se observe o preenchimento de um conjunto de condições básicas alusivas ao atendimento de necessidades individuais, sem as quais a pessoa humana sequer ingressa no campo da cidadania e da dignidade. A este conjunto se quer denominar "mínimo existencial".

Antes de concretizado o direito ao mínimo existencial, não se pode falar de justiça social, porque a noção de igualdade e desigualdade, ao menos à luz do postulado isonômico, deve pressupor indivíduos situados ao menos na faixa mínima de subsistência, mas que se encontram em situações fáticas discrepantes, a merecerem tratamento jurídico e político diferenciado.

O acesso aos direitos sociais pode estar submetido às providências atribuídas ao Estado pelas normas programáticas estabelecidas na Constituição, que, malgrado demandem urgente concretização, exigem programas de governo de execução diferida no tempo.

Como já se demonstrou, situação diversa envolve o mínimo existencial, já que a violência que colhe bens jurídicos da mais alta estatura constitucional, como, por exemplo, a vida, em situações que tocam a negação do direito ao mínimo existencial, exige escolhas mais trágicas do que aquelas que encerram os direitos sociais propriamente ditos.

---

[203] HÖFFE, Otfried. Wirtschaftbürger, Staatsbürger, Weltbürger – Politesche Ethik im Zeitalter der Globalisierung. München: C. H. Beck, 2004, p. 58. "Muito menos, exige a justiça social igualdade nos resultados, os quais podem ser desperdiçados por responsabilidade da própria pessoa. Ademais, não se pode negar as diferenças nos desempenhos individuais. A tentativa sempre renovada de se criar igualdade nos resultados, em lugar de buscar o estabelecimento de oportunidades justas, pode estar motivado pela inveja social ou eventualmente por má consciência; tentativa que dificilmente atrai a justiça. Da mesma forma, a justiça não exige que se ofereça a todos iguais condições no âmbito da educação, porquanto alguns seriam excessivamente e outros insuficientemente exigidos, o que representaria negar a justiça para ambos os grupos. De acordo com a situação, cada um merece as oportunidades adequadas ao seu talento, à sua determinação, à sua disposição, não importa se possua talento normal, superior, inferior ou especial - como o caso dos talentos musicais ou artísticos". No original: "Noch weniger gebietet die soziale Gerechigkeit gleiche Ergebnisse. Diese kann man nämlich ais eigener Verantwortung verspielen. Ausserdem braucht man nicht Unterschiede des eigenen Einsatzes zu leugnen. Der immer wieder neu Versuch, ein Ergebnisgleichheit herzustelle statt eine Chancengerechtigkeit zu suchen, mag von sozialem Neid, gelegentlich auch schlechten Gewissen beflügelt sein; auf die Gerechtigkeit kann er sich schwerlich berufen. Entsprechend verlangt die Gerechtigkeit nicht, im Bildungsbereich jedem dasselbe zukommen zu lassen. Denn manche wären über-, andere unterfordert, so dass man beiden Gruppen Gerechtigkeit verweigerte. Nach der Alternative verdient jeder die seiner Begabung, seinem Leistungswillen und seiner Leistungsbereitsschaft angemessenen Chancen, mithin sowohl der gewöhnlich als auch der weniger Begabte und der Hochbegabte, nicht zuletzt der (etwa musikalisch oder künstlerisch Spezialbegabte.".

Por isso mesmo é que a extensão demasiada do conteúdo dos direitos ao mínimo existencial termina por atingir a sua essência e aproximá-lo à noção de direito social, o que, portanto, afasta a proteção constitucional expressa, representada pela obediência ao princípio da dignidade humana.

Se o acaso dos nascimentos coloca os seres humanos em castas sociais distintas, muitas delas abaixo da linha de subsistência, é missão perene do Ente político proporcionar condições para modificar este estado de coisas e, por conseguinte, permitir que, depois de estabelecidas as condições de igualdade substancial (e aqui se inserem as políticas de ação afirmativa), as oportunidades sejam aproveitadas consoante o talento de cada um.

Jean-Marie Guéhenno registra que a ação política possui o objetivo concreto a ser perseguido, qual seja a correção das desigualdades sociais, para que se viabilize o aumento das possibilidades de acesso ao saber e de ascensão social. Aduz ainda que, mesmo hoje em dia: "nunca tivemos tanta consciência da distância imensa que nos separa de um mundo onde as pessoas sejam não só remuneradas segundo os seus méritos, mas sobretudo encontrem o lugar na sociedade onde possam ser inteligentemente utilizadas".[204]

E conclui:

> Tal ambição continua a justificar a recusa de um mundo que assegura o conforto de uma multidão de medíocres burgueses protegidos pelos acasos dos nascimentos e sufoca na pobreza ou na miséria os talentos de milhões de desconhecidos. Tanto melhor para os medíocres, contanto que reconheçam a sorte que têm, mas quanto desperdício para a sociedade como um todo. De uma maneira ao menos implícita, esta constatação continua a inspirar todos os discursos políticos: quem não quer a igualdade de oportunidades, quem não deseja que cada um seja remunerado segundo os seus méritos? O nascimento e a riqueza não devem ser os fundamentos de uma ordem social legitima; sobre esta questão, direita e esquerda não se opõem quanto ao princípios, discordando apenas sobre o método.
> Contudo, à medida que avançamos no conhecimento dos mecanismos sociais e nos tornamos até capazes de identificar – e portanto de corrigir – o que decorre do ambiente social e o que decorre do talento pessoal, torna-se mais pertinente a questão da desigualdade nas comunidades humanas. [205]

Guéhenno lança três questões de extremada relevância para a concepção da cidadania em sentido amplo:

---

[204] GUÉHENNO, Jean-Marie. *O futuro da liberdade – A democracia no mundo globalizad*o – A democracia no mundo globalizado. Rio de Janeiro: Bertrand Brazil, 2003, p. 37

[205] GUÉHENNO, Jean-Marie. *O futuro da liberdade – A democracia no mundo globalizad*o – A democracia no mundo globalizado. Rio de Janeiro: Bertrand Brazil, 2003, p. 38.

> - Trata-se somente de melhorar as condições de seleção funcional que toda sociedade realiza, para que não seja falseada por contingências sociais de nascimento – mas que sejam aceitas as contingências genéticas?
> - Aceitamos as desigualdades da natureza por não sabermos como corrigi-las ou por elas conterem uma verdade diante da qual nos inclinamos?
> - A loteria genética é mais legítima do que a loteria social? [206]

As questões postas por Guéhenno situam-se em um âmbito de exame acerca do cidadão do mundo, mais precisamente dos "indivíduos diante da globalidade". E se é certo que em relação à oferta de oportunidades não é possível aceitar a lógica do darwinismo social, maior razão deve assistir para não se empregar idêntico raciocínio para negar o acesso ao mínimo existencial.

A cidadania é algo atingível para humanos e pressupõe a presença de condições mínimas de existência digna, sem as quais não se pode sequer falar em oferta de oportunidades, simplesmente pelo fato de que não se há como demonstrar talento, ao menos na competição diária pela sobrevivência, se não se está sequer em condições físicas e psíquicas adequadas para a batalha diária contra seu próprio "semelhante".

Não se pode considerar cidadão no sentido material da palavra, aquele que o Estado deixa situado abaixo da linha humana, cuja vida parece não representar qualquer valor e cuja incolumidade física equipara-se a mera peça de adorno.

Esse é, pois, o resultado da denominada utopia da sociedade justa, em cujo âmbito a concorrência perfeita só reconhece desigualdades naturais, excluindo qualquer desigualdade social e política. "Acreditando haver descoberto o terreno comum faz de nós semelhantes, conferimos à desigualdade uma legitimidade que ele nunca teve, pois fixamos o edifício social às determinações da natureza" [...]. "O darwinismo social não pode ser o princípio de organização de uma sociedade democrática, nem a concorrência entre os homens e das idéias como o único princípio de organização do mundo globalizado".[207]

Thomas Morus, como de resto os demais autores que desejaram criticar as sociedades de sua época, descreve em sua obra *A Utopia* um modelo perfeito de sociedade pacífica e tolerante, sonho que ele sabia inatingível, mas que consubstanciava reação contra a

---

[206] Idem.

[207] GUÉHENNO, Jean-Marie. *O futuro da liberdade – A democracia no mundo globalizad*o – A democracia no mundo globalizado. Rio de Janeiro: Bertrand Brazil, 2003, p. 39. Aduz ainda o autor que: "[...] a utopia da sociedade justa obriga aos homens a se curvarem a uma ordem que, ao considerar a desigualdade como o cerne da organização social, a destrói como comunidade humana. Acreditando haver descoberto o terreno comum faz de nós semelhantes, conferindo à desigualdade uma legitimidade que ele nunca teve, pois fixamos o edifício social ás determinações da natureza". (idem).

corrupção, a injustiça e a subalternização das classes menos favorecidas que marcavam a sociedade de sua época.[208]

Esclarece Jose Ferrater Mora, que as "utopias" objetivam apresentar a sociedade completa, com todos os seus detalhes, insusceptível de progresso. Seus autores são conscientes da impossibilidade de realização, mas o que os move é o desejo de melhorar a sociedade de sua época. Ademais, sustenta Ferrater Mora, malgrado as críticas que classificam o espírito utópico como alheio às realidades humanas, certo é que, em algumas ocasiões, o pensamento utópico cria certas condições que se convertem em realidades sociais.[209]

Portanto, a utopia da sociedade justa é pensamento que desconsidera as desigualdades sociais e termina por visualizar na sociedade natural o sentido de liberdade.

A "imensa" minoria que mitiga as ações estatais traduz-se em milhões de brasileiros discriminados e lançados à própria sorte a uma seleção fundada no darwinismo

---

[208] Mauro Brandão Lopes obtempera: "Diz Eric Voegelin que a UTOPIA é um '*axiological dream world*', e que More sabia claramente que o sonho era irrealizável. Realizável ou não, o Estado ideal de More é manifestamente uma reação contra os males econômicos e políticos de seu tempo e um apelo à volta a uma sociedade equilibrada e pacífica" LOPES, Mauro Brandão. *Thomas Morus, Humanista e Mártir.* In: MORUS, Thomas. *A Utopia.* São Paulo: Escala, p. 21.

[209] José Ferrater Mora delineia dois sentidos para vocábulo "Utopia" (literal e específico). Aqui interessa o segundo. Em sentido literal, "'utópico' significa lo que no está en ninguna parte'. Pero como lo que no está en ninguna parte no se halla tampoco alojado en ningún tiempo, la utopía es equivalente a la ucronía (VÉASE) (en un sentido más general que el dado por Ch. Renouvier a este último término).". Em sentido específico "se llama utopía a un ideal que se supone a la vez deseable e irrealizable. Este ideal suele referirse a uma sociedad humana que se coloca em un futuro indeterminado y a la cual se dota mentalmente de toda suerte de perfecciones. Como tal sociedad funciona, por así decirlo, en el vacío, esto es, carece de resistencias reales, todos los problemas quedan en Ella solucionados automáticamente. Hay rmichos ejemplos de tales utopías sociales; entre los más destacados figuran la sociedad descrita en la República de Platón, en la Utopia, de Santo Tomás Moro (a quien se debe la palabra) en La ciudad del sol, de Campanella, en la Nueva Atlántida, de F. Bacon, en el Erewhorn, de S. Butler, en la Icaria, de Cabet, en las Noticias de ninguna parte, de William Morris, en Una Utopía moderna, de H. G. Wells. Estas utopías son muy distintas entre sí. Todas tienen, sin embargo, algo de común: el presentar una sociedad completa, com todos sus detalles, y casi siempre cerrada, en el sentido de que (a causa de su supuesta perfección) no es ya susceptible de progreso. No hay que creer, con todo, que los autores citados suponen la posibilidad de realización de sus respectivas utopías. La mayor parte de ellos saben que son en principio irrealizables. Pero lês mueve el deseo de criticar la sociedad de su época y el deseo de mejorarla. El motivo principal de las utopías es, pues, la voluntad de reforma. En este sentido puede decirse que las utopías son revolucionarias, aunque hay que tener en cuenta que la revolución que pretenden introducir en la sociedad está destinada casi siempre a que se constituya una comunidad humana donde no sea ya posible ninguna revolución. Se ha criticado con frecuencia el llamado espíritu utópico, al cual se ha calificado de ciego para las realidades humanas. En efecto, el pensamiento utópico se basa en gran parte en el olvido de ciertos aspectos de la realidad humana que son reacios a entrar, por principio, en el marco de ninguna utopía. Sin embargo, hay que tener presente que la utopía no es totalmente inoperante. En algunas ocasiones el pensamiento utópico crea ciertas condiciones que se convierten en realidades sociales. En su acción concreta, pues, el pensamiento utópico no es siempre utópico. Ello se debe a lo que hemos destacado en el artículo sobre la noción de teoría (v.) como característico de las teorías sobre las realidades humanas; estas teorías pueden modificar semejantes realidades y, por lo tanto, no se encuentran siempre completamente al margen de la realidad concreta de la sociedad." (FERRATER MORA, José. *Diccionário de Filosofia.* Bueno Aires: Montecasino, 1967, p. 862).

social, que projeta para fora dos lindes da dignidade indivíduos dominados e sufocados pelo egoísmo de uma sociedade que avança sem desenvolver-se.

A busca pela inclusão por meio da igualdade de oportunidade deve considerar, como obtempera Sidney Madruga, os "aspectos econômicos-sociais que incidem sobre essas pessoas, submetidas historicamente a forte exclusão e oprimidas ante outra parcela de poder numa escala de organização social, na qual são objeto de discriminação e preconceito".[210]

De fato, a sociedade não pode ser livre sendo ela natural, já que a liberdade é mesmo uma construção política que se realiza por meio da viabilização de oportunidades justas àqueles que já ultrapassaram a barreira do acesso ao mínimo existencial, mormente porque não se pode fazer do êxito social o valor supremo em um mundo governado por lógicas funcionais, sob pena de se explicar o fracasso, não pela falta de sorte, nem pela injustiça, mas pela desigualdade de talentos.[211]

Uma sociedade que convive com a lógica da inacessibilidade de condições mínimas de subsistência não pode ser considerada livre, sendo, por isso mesmo, insusceptível de construir oportunidades justas, porque, a toda evidência, retira da desigualdade qualquer aspecto contingente, suprimindo assim, a própria possibilidade de liberdade humana.[212]

---

[210] SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. *Discriminação positiva e ações afirmativas na realidade brasileira.* Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 82.

[211] GUÉHENNO, Jean-Marie. *O futuro da liberdade – A democracia no mundo globalizad*o – A democracia no mundo globalizado. Rio de Janeiro: Bertrand Brazil, 2003, p. 40.

[212] Idem.

4 MÍNIMO EXISTENCIAL. TEORIA DOS PRINCÍPIOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1 Mínimo existencial e mínimo vital – distinção necessária

A ainda incipiente, todavia intensa, discussão doutrinária sobre o conteúdo do direito ao mínimo existencial, bem como as severas dificuldades de delimitação de conceitos termina por ensejar a utilização indiscriminada das expressões: *mínimo existencial* e *mínimo vital*, como se correspondessem ao mesmo sentido.

É de se reconhecer a significativa contribuição de Marialva de Castro Calabrich Schlucking para a compreensão do sistema de proteção constitucional dos direitos mínimos para a existência digna, todavia, impõe-se discordar da autora, que reverbera idéias também presentes em outras de outros autores, quando sustenta referida identidade, bem como ao situar o mínimo existencial como uma subclasse dos direitos sociais propriamente ditos.[213]

Vidal Serrano, de igual sorte, faz equivaler mínimo existencial ao mínimo vital, que entende como "o dever do Estado, caudatariamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, garantir a todos uma *standard* social mínimo incondicional".[214]

Parece assistir melhor razão a Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo, que distinguem as expressões, ao argumento de que "o mínimo vital de sobrevivência [...] diz com a garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade". E arrematam: "não deixar alguém sucumbir à fome certamente é o primeiro passo em termos da garantia de um mínimo existencial, mas não é – e muitas vezes não o é sequer de longe – o suficiente".[215]

Também a jurisprudência dos Tribunais pátrios tem se firmado nesse sentido, razão pela qual se reconhece no direito a educação elemento integrante do mínimo necessário à existência digna:

---

[213] Para Schlucking, "a questão do 'mínimo existencial' ou 'mínimo vital' tem sido amplamente debatida na doutrina, como também nos tribunais. Trata-se de direito constitucional com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, segundo o qual são assegurados aos indivíduos direitos sociais, os quais, ao menos em seu conteúdo mínimo, devem ser prestados pelo Estado." (SCHLUCKING, Marialva de Castro Calabrich. *A proteção constitucional ao mínimo imune.* Porto Alegre: SAFE, 2009, p. 15.).

[214] NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988.* São Paulo: Verbatim, 2009, p. 70

[215] SALET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.* In: SALET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

> *O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver*. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na "vida" social. (grifou-se).
> Sendo assim, não fica difícil perceber que dentre os direitos considerados prioritários encontra-se o direito à educação. *O que distingue o homem dos demais seres vivos não é a sua condição de animal social, mas sim de ser um animal político*. É a sua capacidade de relacionar-se com os demais e, através da ação e do discurso, programar a vida em sociedade.[216] (grifou-se).

Nessa perspectiva, é imperioso concluir que o mínimo vital integra o conceito de mínimo existencial, consubstanciando aquela parcela de direitos que permitem ao individuo a preservação de sua vida, condição sem a qual não se há falar em existência e, muito menos em dignidade.

Pode-se então afirmar que se a proteção ao mínimo vital é requisito para a garantia da existência, o acesso ao mínimo existencial é pressuposto básico para o ingresso no campo da dignidade.

4.2 A importância da Teoria dos Princípios na compreensão do mínimo existencial

A Constituição e a ordem jurídica que lhe é submissa não possuem tão somente a missão de regular a sociedade, mas, de igual sorte, estabelecer orientações para que a sociedade possa se auto-regular. Isto decorre da impossibilidade prática de se fixar em determinado ordenamento jurídico todas aquelas situações possíveis de serem gestadas no âmbito social, já que o homem, pela sua complexidade mesma – dotado de conteúdo valorativo superior à própria sociedade em que vive –, releva-se muito mais rico em comportamentos do que a sua limitada capacidade pode antevê-los.

Não foi outra a razão da superação do positivismo jurídico, em cujo âmbito o direito restou concebido à luz de um modelo de regras que não se compatibiliza com a necessidade de se encontrar soluções para os progressivamente complexos problemas produzidos pelo espírito humano, tais como aqueles que envolvem o mínimo existencial.

---

[216] BRASIL, STJ, RE 1.185.474/SC. Rel. Min. Humberto Martins. DJe 29/04/2010 RSTJ vol. 219 p. 225.

Daí a necessária força normativa superior dos princípios, já que, enquanto as regras se fortalecem com as exceções que as integram, os princípios não as admite como construção *a priori*, sendo tão somente submetidos à possibilidade de relativização quando confrontados por entes de natureza equivalente – vale dizer, outros princípios –, que, no caso concreto, irradiem maior força valorativa.

Construção da filosofia, a concepção da norma como gênero a comportar as espécies princípios e regras, faz surgir na comunidade jurídica o debate em torno desta dicotomia, em que se identificam argumentos muitas vezes inconciliáveis. Todavia, o cotejo das diversas posições doutrinárias, considerado um campo de racionalidade do discurso, revela que, muito mais do que divergências, surge, na verdade e em certa medida, a complementaridade entre posições e conceitos.

Essa circunstância, muitas vezes, demonstra que no âmbito da contrariedade de posições é possível extrair, em lugar de críticas que ensejem repercussão pragmática, verdadeiros e notáveis academicismos, que, nada obstante, ensejam o fortalecimento do debate e a complementação – ou, até mesmo, a convivência – de teses que poderão terminar por facilitar a compreensão da essência do tema.

Com isso não se quer afirmar que todas as correntes do pensamento são conciliáveis, mas que é preciso ter atenção para não se estar a tratar teses que possuem em sua essência a pretensão de complementaridade ou convivência como se fossem posições absolutamente incompatíveis, especialmente porque a pretensão das reflexões acadêmicas e científicas não pode ser outra senão a de oferecer contribuição para a solução dos problemas sociais.

Necessário, pois, orientar-se pela noção que deve permear toda construção humana – qual seja, a busca pela felicidade[217] –, calibrando-se o pensamento para, em primeiro lugar, identificar se essa busca se torna mais efetiva com o afastamento ou com a inclusão dessa ou daquela posição.

Canaris caracteriza o sistema jurídico como ordem teleológica de princípios gerais do Direito.[218]

---

[217] Não no sentido utópico (que inclusive será objeto de exame mais à frente), mas no sentido de promover ações tendentes a preencher as necessidades das pessoas, sejam elas no campo físico ou espiritual.

[218] Na descoberta do sistema teleológico, não se pode ficar pelas "decisões de conflitos" e dos valores *singulares,* antes se devendo avançar até aos valores *fundamentais* mais profundos, portanto até aos *princípios gerais* duma ordem jurídica; trata-se, assim, de apurar, por detrás da lei e da *ratio legis,* a *ratio iuris* determinante. Pois só assim podem os valores singulares libertar-se do seu isolamento aparente e reconduzir-se à procurada conexão "orgânica" e só assim se obtém aquele grau de generalização sobre o qual a *unidade* da ordem jurídica se torna perceptível. O sistema deixa-se, assim, definir como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de

Karl Larenz, por sua vez, a propósito da importância dos princípios para a formação do sistema jurídico, classifica-os como "pautas diretivas de normação jurídica que, em virtude da sua própria força de convicção, podem justificar resoluções jurídicas".[219]

Como não se pretende examinar as diversas teorias que combatem no campo dos princípios e das regras, impõe-se destacar, de logo, o dominante pensamento que, malgrado perceba no conteúdo das regras os princípios e valores que as animam, sustenta que a possibilidade de gradação considerado o seu "peso" (expressão que, como cediço, comporta concepções diversas em Dworkin e Alexy) justifica a superioridade axiológica das normas-princípio.

Sem pretender examinar as controvérsias em torno das posições adotadas por Alexy e Dworkin, sobrelevadas pelas intervenções habermasianas – porque possível demonstrar a importância dos princípios para a compreensão da essência do mínimo existencial sem enfrentar essa celeuma –, o fato é que diante dos debates instaurados na doutrina, a abordagem de tal questão é quase um imperativo acadêmico do qual a pesquisa não pode escapar.

Dessa forma, sem desprezar a nem sempre evidente distinção entre pressupostos teóricos que sustentam ambas as posições, buscar-se-á adotar postura mais conciliadora do que desagregadora, especialmente porque mais adequada ao indissociável objetivo da pesquisa, qual seja, o de construir raciocínios aptos a auxiliar, de alguma maneira, na remoção dos severos óbices impostos à compreensão do mínimo existencial e, por conseguinte, à solução de severos problemas que atingem especialmente aquela parcela da sociedade mais afastada do núcleo mínimo de direitos.

Dworkin, quando trata da solução para os denominados *hard cases*, estabelece dicotomia entre "argumentos de política" e "argumentos de princípio". Sustenta, pois, que "Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo" e que "Os argumentos de

---

Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais. (grifos nossos). (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e o Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2008, p. 76-78). (grifos nossos).

[219] Enquanto "idéias jurídicas materiais" são manifestações especiais da idéia de Direito, tal como esta se apresenta no seu grau de evolução histórica. Alguns deles estão expressamente declarados na Constituição ou noutras leis; outros podem ser deduzidos da regulação legal, da sua cadeia de sentido, por via de uma "analogia geral" ou do retorno à *ratio legis;* alguns foram "descobertos" e declarados pela primeira vez pela doutrina ou pela jurisprudência, as mais das vezes atendendo a casos determinados, não solucionáveis de outro modo, e que logo se impuseram na «consciência jurídica geral», graças à força de convicção a eles inerente. Decisiva permanece a sua referência de sentido à idéia de Direito. (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 674).

princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo". Como um exemplo destes últimos aduz: "O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio" [220].

Alexy, a propósito da discussão acerca da estrutura das normas de direitos fundamentais, depois de discorrer sobre os critérios tradicionais diferenciadores de regras e princípios, classifica estes últimos como mandados de otimização:

> O ponto decisivo na diferenciação entre regras e princípios é que os princípios são normas que determinam que algo seja realizado na maior dimensão possível, consideradas as possibilidades jurídicas e fáticas. Princípios são, pois, mandados de otimização, que se caracterizam por poderem ser satisfeitos em diversos graus e pelo fato de a dimensão de sua satisfação não depender tão-somente das possibilidades fáticas, senão também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é estabelecido por meio dos princípios e regras, que se encontrem em conflito (ou em colisão).[221]

O sentido que se atribui ao vocábulo mandamento – adverte Alexy – é aquele que envolve, de igual sorte, as permissões e as proibições.[222] A legalidade ampla que determina a atuação do cidadão nos limites do não-proibido, bem como a legalidade estrita que exige o exercício do poder público no perímetro do autorizado se revelam insuficientes à solução de casos difíceis. Assim, a orientação principiológica tendente a permitir ou a proibir é que deverá nortear o raciocínio do intérprete, já que impõe-se deixar o domínio exclusivo das regras para ingressar na dimensão axiológica dos princípios.

No que se refere às possibilidades jurídicas que são estabelecidas pelos princípios e regras em colisão, Alexy leciona que "os conflitos entre regras se estabelecem na dimensão da validade, ao passo que as colisões entre princípios extrapolam os limites da dimensão da

---

[220] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 129.

[221] ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 4. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 75-76. No original: "Der für die Unterscheidung von Regeln und Prinzipien entscheidende Punkt ist, dass, Prinzipien Normen sind, die gebieten, dass etwas in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Masse realiziert wird. Prinzipien sind demnach Optimierungsgebote, die dadurch charakterisiert sind, dass sie in unterschiedlichen Graden erfüllt werden können und das gebotene Mass ihrer Erfüllung nicht nur von den tatsächlichen, sondern auch von den rechlichen Möglichkeiten abhängt. Der Bereich der rechtlichen Möglichkeiten wird durch gegenläufige Prinzipien und Regenln bestimmt."

[222] Ibidem, p. 75.

validade para tomarem lugar na dimensão do peso, considerando-se que apenas princípios válidos podem colidir".[223]

Gilmar Mendes apresenta trecho da conferência proferida por Alexy no Rio de Janeiro, em que se colhe esclarecedora explicação acerca da distinção entre regras em princípios:

> Princípios são normas que permitem que algo seja realizado, da maneira mais completa possível, tanto no que diz respeito á possibilidade jurídica quanto à possibilidade fática [...] são mandados de otimização (*Optimierungsgebote).* Podem ser satisfeitos em diferentes graus". [...] Outra é a dimensão do problema das regras. Regras são normas que são aplicáveis ou não-aplicáveis. Se uma regra está em vigor, é determinante que se faça exatamente o que ela exige: nem mais e nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no contexto fático e juridicamente possível. São postulados definitivos (*definitive Gebote*). [224]

Sobrelevam também as lições sobre os processos para solução de colisões (aplicação) de princípios e das regras. Explana Alexy que o processo para solução de colisões de princípios é a ponderação e que os princípios se referem ao aspecto normativo e as ponderações ao aspecto metodológico que integram o mesmo fenômeno. Assim, "Quem empreende ponderação no âmbito jurídico pressupõe que as normas entre as quais se faz uma ponderação são dotadas da estrutura de princípios e quem classifica as normas como princípios acaba chegando ao processo de ponderação". Por isso mesmo, "a controvérsia em torno da teoria dos princípios apresenta-se, fundamentalmente, como uma controvérsia em torno da ponderação.". Por sua vez, "a forma de aplicação das regras não é a ponderação, mas a subsunção".[225]

A teoria dos princípios não nega a existência de regras. "Ela afirma não apenas que os direitos fundamentais, enquanto balizadores de definições precisas e definitivas, têm estrutura de regras, como também acentua que o nível de regras precede *prima facie* ao nível dos princípios". Na verdade, o ponto decisivo da Teoria dos Princípios é de que atrás e ao lado das regras existem princípios. Assim, "o contraponto para a teoria dos princípios não é

---

[223] Ibidem, p. 79. No original: "Regelkonflikte spielen sich in der Dimension der Geltung ab, Prizipienkollisionen finden, da nur geltende Prinzipien kollidieren können, jenseits der Dimension der Geltung in der Dimension des Gewichts statt".

[224] Kollision und Abwägung als Grudproblem der Grundrechtsdogmatik. Rio da Janeiro, Fundação Casa de Rui Barbosa, em 10-12-1998 In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 26.

[225] Idem.

uma teoria que supõe que o catálogo de direitos fundamentais também contêm regras, senão uma teoria que afirma que os direitos fundamentais contêm somente regras". [226]

Considerando-se dissidências no âmbito do estudo das regras e dos princípios, importa destacar, como registro, o raciocínio desenvolvido por Humberto Ávila:

> A distinção entre princípios e regras – segundo Alexy – não pode ser baseada no modo tudo ou nada de aplicação proposto por Dworkin, mas deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: diferença quanto à colisão, na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; a diferença quanto à obrigação que estatuem, já que as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto que os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derrogadas em função dos outros princípios colidentes. [227]
>
> Além de este estudo propor superação de um modelo dual separação regras / princípios, baseado nos critérios de existência de hipótese e de modo de aplicação e fundado em alternativas exclusivas, ele também propõe um modelo tripartite de dissociação regras / princípios / postulados, que, ademais de dissociar as regras dos princípios quanto ao dever que instituem, a justificação que exigem e ao modo como contribuem para solucionar conflitos, acrescenta a essas categorias normativas a figura dos postulados, definidos como instrumentos normativos metódicos, isto é, como categorias que impõem condições a serem observadas na aplicação das regras e dos princípios, com eles não se confundindo. [228]

Interessa constatar que a doutrina segue em um quase uníssono no sentido da impossibilidade de entender o Direito como um sistema composto puramente por regras. Assim, a crescente dificuldade que marca os conflitos desenhados no seio social impõe ao intérprete a orientação dos "mandados de otimização', especialmente quando em jogo os direitos fundamentais.

Considerado o respeito que a solução dos conflitos deve conferir ao humano, a sua compreensão somente pode ser levada a efeito à luz de princípio que preserve a dignidade da pessoa – cuja dimensão axiológica orienta a ponderação de bens e interesses no advento da colisão entre outros princípios.

---

[226] Kollision und Abwägung als Grudproblem der Grundrechtsdogmatik. Rio da Janeiro, Fundação Casa de Rui Barbosa, em 10-12-1998 In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 26.

[227] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 30.

[228] Ibidem, p. 60-64.

Barroso esclarece que os princípios, em sua trajetória até o centro do sistema, tiveram que conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. Aduz, ainda, que, com a superação do positivismo legalista, a Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham papel central.[229]

Pretende-se alinhar à idéia de valores jurídicos suprapositivos que se orientam na diretiva da realização dos direitos fundamentais. A própria noção de fundamentalidade reconduz ao raciocínio de que o exame dos direitos ultrapassa a órbita das disposições expressas, já que transcende o próprio desejo objetivo do texto para alcançar a razão de existir da norma. Assim, para além do que ela declara, situam-se as próprias razões que a fundamentam.

Refere Silva Neto ao pensamento de Friedrich Müller, no sentido de advertir acerca da fragilidade interpretativa que representa buscar no texto tão-somente o seu conteúdo e alcance: impõe-se ultrapassar esse modelo para, sobretudo, extrai-se o valor, considerado o contexto que está a exigir a incidência normativa.[230]

Advertência que se apresenta ainda mais relevante quando se toma a delicada trilha da interpretação constitucional, campo em que se está a discutir as questões de maior grau axiológico em uma sociedade, subjacente à própria viabilidade de subsistência do ser humano.

Ana Paula de Barcelos afasta a noção tradicionalista de Constituição, tomada apenas como documento inaugural do Estado, instituidora de regras que dispõe sobre a estrutura dos órgãos públicos, o processo democrático e os direitos individuais indispensáveis à liberdade e à participação política. Assevera que a Constituição de 1988 não se limita a tais disposições, veiculando a seu lado, como fundamento do Estado, a dignidade da pessoa

---

[229] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição.* 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 350-351.

[230] Aulas ministradas no âmbito da Disciplina Direitos Humanos e Direitos Fundamentais no Mestrado em Direito Público da Universidade Federal da Bahia – 2009.2. É que, para Müller, "o âmbito da norma é um factor co-constitutivo da normatividade. Ele não é uma soma de fatos, mas um nexo formulado em termos de possibilidade real de elementos estruturais que são destacados da realidade social na perspectiva seletiva e valorativa do programa da norma e estão via de regra conformados de modo ao menos parcialmente jurídicos" (MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional.* 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 44.).

humana, o objetivo estatal de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades, além de programas, diretrizes e prioridades para o Poder Público.[231]

Orientado pelos princípios constitucionais, portanto, é que o intérprete deverá empreender a compreensão da ordem jurídica, sendo conduzido pelos caminhos da hermenêutica, em que múltiplas soluções se apresentam como consentâneas e aplicáveis a casos de maior complexidade. O processo de escolha da decisão que lhe pareça mais coerente há que ser levado a efeito nos limites impostos pelo arcabouço principiológico do sistema constitucional.[232]

É na base principiologia constitucional, portanto, que o Magistrado encontrará o porto seguro para enfrentar situações em que graves mazelas sociais lhes são apresentadas. Impossibilitado de se dissociar do humano, há que aproximar-se cada vez mais da racionalidade discursiva e encontrar os reais fundamentos que deverão fazer prevalecer o bom direito.[233]

É justamente com essa perspectiva que os complexos problemas que envolvem o mínimo existencial devem ser examinados, porquanto, invariavelmente, estarão em confronto princípios de elevada estatura constitucional a demandar uma visão aberta e acurada do Ministério Público, da Advocacia e do Judiciário, que, por sua vez, há que encontrar o equilíbrio entre a preservação do direito fundamental e o ativismo judicial tendente a gerar desaconselhável intromissão nos negócios relacionados à condução das políticas públicas.

4.3 Direitos Fundamentais, dignidade humana e mínimo existencial

Demonstrada a relevância da teoria dos princípios, importa empreender investigação sobre as relações entre direitos fundamentais, dignidade humana e mínimo existencial, em cujo âmbito buscar-se-á: a) desenvolver breve revisão dogmática dos direitos fundamentais; b) situar o mínimo essencial na teoria dos *status* de Jellinek; c) estabelecer a

---

[231] BARCELOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 19.

[232] BARBOSA, Charles Silva. *O mínimo existencial e a atuação do Poder Judiciário: uma reflexão à luz da teoria dos direitos fundamentais e da teoria dos princípios.* In: Revista Jurídica da Justiça Federal. Ano 8, n. 10, maio 2010.

[233] Ibidem.

necessária distinção entre os direitos sociais e o mínimo existencial, sobretudo no que diz respeito à questão dos custos do direito.

4.3.1 Refletindo sobre os Direitos Fundamentais

Ingo Wolfgang Sarlet leciona que "Os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão".[234] Neste sentido, identifica-se a figura do homem livre e dotado de individualidade da restritiva democracia ateniense (liberdade dos antigos), o homem como imagem e semelhança de Deus, do antigo testamento, a igualdade de todos os homens em dignidade perante Deus, na ótica cristã.

A valorização do homem na sua condição de habitante da terra, de ser com função central no universo que ocupa, encontra expressão máxima na obra de Giovanni Pico Della Mirandola, *Discurso sobre a Dignidade do Homem:* "Ao homem nascente o Pai conferiu sementes de toda a espécie e germes de toda a vida, e segundo a maneira de cada um os cultivar assim estes nele crescerão e darão seus frutos. [...] Se racionais, elevar-se-á a animal celeste. Se intelectuais, será anjo e filho de Deus [...]".[235]

Na Inglaterra do século XIII, identifica-se a *Magna Charta Libertatum*, pacto firmado entre o Rei João Sem-terra e os bispos e barões ingleses, em 1215, que garantiu privilégios aos nobres, excluindo a população do alcance daqueles direitos. Na mesma estrada de vinculação exclusiva do poder monárquico encontra-se a *Petition of Rights*, de 1628, firmada por Carlos I, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, subscrito por Carlos II, e o *Bill of Rights* de 1689. Documentos que limitavam o poder monárquico, todavia não vinculavam o parlamento.[236]

A luta pelo efetivo reconhecimento dos direitos do "homem enquanto ser" percorreu sinuoso caminho na trilha de sua pedra fundamental. Assim é que se chega até a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia de 1776, que introduz a constitucionalização dos

---

[234] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.44.

[235] MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. *Discurso sobre a Dignidade do Homem.* Portugal: Edições 70, 2008, p. 57.

[236] Esclarece Sarlet que "Em que pese a sua importância no âmbito da afirmação dos direitos, limitavam tão somente o poder monárquico, mas não vinculavam o parlamento, carecendo, portanto, da necessária supremacia e estabilidade, de tal sorte que, na Inglaterra, tivemos uma fundamentalização, mas não uma constitucionalização dos direitos e liberdades individuais fundamenta". (Ibidem, p.50).

direitos humanos, em que se localiza a gênese da elevação destes direitos à condição de valor constitucional, sendo-lhes reconhecida a supremacia, a universalidade e a vinculação de todos os poderes públicos.

Com fonte na Declaração da Virgínia, nasce a proposta de Lafayette que deflagrou na França a construção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que, por sua vez, diferencia-se pela sua vocação universalizante.[237]

Todavia, a história nos mostra que as declarações de direitos careciam de força e de mecanismos jurídicos que garantissem a concretização dos direitos humanos. [238]

Manoel Jorge e Silva Neto, com inspiração em Mirkine-Guetzevitch, aponta como marca indelével do denominado constitucionalismo clássico a proteção dos direitos individuais contra a interferência do Estado, destacando que o transporte das idéias iluministas para o contexto político ensejou o surgimento da racionalização do poder. [239]

---

[237] "(...) assim como as declarações de direitos americanas são reflexos do pensamento político europeu e internacional do século XVIII - dessa corrente da filosofia humana cujo objetivo era a libertação do homem esmagado pelas regras caducas do absolutismo e do regime feudal. (cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 24. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.157). "o que diferenciou a Declaração de 1789 das proclamadas na América do Norte foi a sua vocação universalizante". (Ibidem, p. 163).

[238] "O problema é ainda mais agudo em se tratando de uma Declaração Universal, que não dispõe de um aparato que a faça valer, tanto que o desrespeito acintoso e cruel de suas normas, nesse mais de meio século de sua existência, tem constituído uma regra trágica, especialmente em nosso continente e também em nosso país". (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998, p. 32).

[239] "Chama-se de constitucionalismo clássico o movimento ocorrido na Revolução Francesa de 1789, cuja marca indelével é a proteção dos direitos individuais contra a interferência do Estado. Explica-se o fenômeno. A partir do século XV, com apolítica unificacionista ocorrida na Europa, os diversos Estados que até então se apresentavam como divisão espacial e política bastante fragmetária assumiram compleição distinta, máxime em virtude da centralização do poder político em mãos do monarca, que se posicionou como exclusiva fonte irradiadora de decisões. Nesta época, também conhecida como "Era das Descobertas", houve o soerguimento dos Estados nacionais e a instalação de modelo econômico voltado à acumulação de ouro e prata (metalismo). Igualmente vigorava na cartilha econômica deste período a busca obsessiva pelo equilíbrio da balança comercial mediante o aumento das exportações. Enquanto os Estados nacionais – de modo especial Portugal e Espanha – se agigantavam com a sua política econômica mercantilista, o caminho inverso se fazia em termos de garantia dos direitos dos indivíduos. Pouco ou nenhum liberdade de expressão ou participação política: exações fiscais extorsivas e impostas ao alvedrio do suserano. Não havia, em suma, exercício de liberdade e o Estado absolutista monárquico parecia ser a única alternativa para a sociedade medieval. Todavia, esboçava-se o aparecimento de ideário que pregava rigorosamente o contrário dos postulados do Absolutismo Monárquico: o Iluminismo. Tratava-se de movimento filosófico, igualmente conhecido como Esclarecimento, Ilustração ou Século das Luzes, que toma lugar na França, Alemanha e Inglaterra do Século XVIII, cuja característica mais genuína era a defesa da racionalidade crítica contra a fé,a superstição e o dogma religioso. Na França, as idéias iluministas transportadas para o contexto político ensejaram o surgimento da *rationalization du pouvoir*, ou racionalização do poder, que significava simplesmente a necessidade de consolidação dos direitos individuais e da tripartição das funções estatais nas constituições. (SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p.45).

A constitucionalização dos "direitos humanos" fez nascer os denominados "direitos fundamentais", expressões que, malgrado muitas vezes utilizadas como sinônimas, possuem distintas compreensões [240].

Willis Santiago reflete sobre a dimensão empírica dos direitos fundamentais, representada pela sua origem histórica como direitos humanos, como pautas ético-políticas e morais, situados em uma dimensão supra-positiva e deônticamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas. Fixa, pois, corte epistemológico orientado a estudá-los sincronicamente, situando-os como manifestações do Direito aptas à produção de efeitos jurídicos. [241]

No curso da evolução dos direitos fundamentais, importa referir às três primeiras gerações[242], as quais guardam relação com a Revolução Francesa. Entretanto, a reflexão acerca destas gerações há que ser conduzida à luz do processo de constitucionalização que

---

[240] (...) a expressão corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo "direitos fundamentais" se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão "direitos humanos" guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente da sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p 62).

[241] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p. 37-39.

[242] Em relação à crítica que se lança sobre o termo "gerações", convém destacar a seguinte explanação de Saulo Casali Bahia: "Tornou-se modismo acadêmico, hoje em dia, falar-se da maior propriedade do uso do termo "dimensão" em lugar de "geração". Isto porque haveria, na evolução dos direitos fundamentais e nos países emergentes como o Brasil, uma espécie de desenvolvimento combinado, tal como falava Trotsky, onde índios deixaram de utilizar arcos e flechas e passaram de imediato a fazer uso de rifles, sem fazerem uso das armas que tenham evoluído entre estes extremos. Aproximaram-se etapas diversas, o arcaico com o novo. No Brasil, assim, enquanto ainda não se garantiu efetivamente o direito à liberdade profissional (vide os crônicos casos de trabalho escravo ainda existentes), já se produziu o desenvolvimento de certos direitos sociais ou econômicos em escala comparada ao primeiro mundo. Não haveria, então, em países que vivem saltos evolutivos em matéria de direitos fundamentais, condições de se falar em gerações de direitos, tal como teria ocorrido na Europa, quando a primeira geração (direitos individuais e políticos) foi sucedida por uma segunda (direitos sociais e econômicos), e, após, por uma terceira geração (direitos à paz e à segurança), apenas quando consolidados os direitos pertinentes à etapa anterior. Daí, pela falta de uma cronologia histórica estrita, existir, segundo muitos, a maior pertinência em se falar de "dimensões" de direitos, ao invés de "gerações" de direitos. Uma outra crítica ao termo "geração" também pode ser feita. É que um direito individual, ainda que se trate de um direito já reconhecido e efetivo, pode sofrer certa mudança de conteúdo, a depender do âmbito no qual seja confrontado. Por exemplo, o direito de propriedade, típico direito de primeira geração, ao sofrer relativização ou afetação por parte do Estado intervencionista, continua a ser direito de propriedade, mas possuindo já uma dimensão social. O instituto da função econômica da propriedade realiza, assim, a abertura de uma nova dimensão para o mesmo direito, assim como a proteção do meio ambiente expandiu o conteúdo da propriedade para uma nova esfera ou dimensão, o que agora passou a ser feito pelos chamados direitos de quarta geração, que tocam as áreas da bioética, das experiências genéticas e do universo virtual. De qualquer modo, sempre nos servimos da afirmação de que os direitos sociais surgiram ou deveriam surgir após os direitos fundamentais de primeira geração, ou falamos no aparecimento histórico ou recente de direitos de terceira ou de quarta gerações. A utilidade do termo geração, assim, não pode ser completamente desprezada." (BAHIA, Saulo José Casali. *Poder Judiciário e Direitos Humanos*. Revista de Doutrina do TRF da 4. Região, v. 20, p. 1-11, 2007).

lhes foi peculiar, sendo, todavia, cediço que a grande mazela que marcou a história desses direitos foi, notadamente, a fragilidade do seu reconhecimento pelos Estados.

Paulo Bonavides discorre acerca da relação entre indivíduo e Estado no campo de tensão dos direitos fundamentais de primeira geração e sustenta que:

> Depois de aludir os escolhos a que nos podia arrastar uma generalização precipitada acerca desse contraste – por ter havido na história grega momentos em que o indivíduo pairou acima do Estado, do mesmo modo que toda análise circunstanciada da fase mais florescente e triunfal do liberalismo, como foi a época imediatamente ulterior à Revolução Francesa, acabaria por dissuadir-nos quanto à propalada onipotência do indivíduo, exercida em termos de fidelidade à ideologia liberal -, Jellinek admite, em sua profunda crítica, a presença daquela antítese, mediante a seguinte formulação: "No Estado antigo, tanto quanto no Estado moderno, atribui-se ao indivíduo uma esfera de livre atividade independentemente da ação estatal, mas com a diferença de que não chegou a Antigüidade a possuir a *consciência do caráter jurídico* dessa esfera, subtraída à coação estatal. [243] (grifado no original).

Aduz Bonavides que a *consciência do caráter jurídico* do pensamento de Jellinek existe na atualidade por conquista do liberalismo burguês, ao qual se atribui indisputável merecimento. Reconhece, entretanto, que do cultivar dessa consciência decorreu a instauração do dualismo, que os teóricos da Reação e do Totalitarismo tanto deploram e supõem funesto, entre poder e a Constituição, entre o Estado e o indivíduo, entre a autoridade e a representação; "antitético, por conseguinte, ao monismo da Antigüidade, à orgânica estatal de Platão e Aristóteles, renovada com tanto brilho e verticalidade pela filosofia hegeliana do século passado".[244]

Invocando o pensamento de Hasbach, Bonavides ressalta a submissão que marcou a relação do homem moderno com o Ente estatal, confrontando-a com a "muralha" que o homem moderno edificou em torno da sua personalidade, com vistas a conter a ação do Estado.[245]

A partir dessas reflexões pode-se concluir que aquela consciência jurídica referida por Jellinek foi o atributo necessário para a constitucionalização dos direitos humanos,

---

[243] BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social.*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 158.

[244] Idem.

[245] "A alguns sábios, notadamente franceses, as democracias gregas eram como fortalezas ao redor de um templo, cujas guarnições se achavam sempre aparelhadas para guerras de conquista; segundo eles, as relações do cidadão com esses Estados se esclareciam de maneira mais nítida se as comparássemos com as que existem nas colméias e formigueiros. O homem moderno, que obteve, todavia, boa parte dos direitos da liberdade em porfia com o Estado e a Igreja, sua aliada, estendeu ao mesmo tempo, em torno de sua personalidade, uma muralha, que o moderno Estado não deve transpor, e se tornou, por conseqüência, indivíduo, ao passo que o homem antigo permaneceu membro submisso da comunidade estatal." (Ibidem, p. 159).

eliminando a contradição existente na antiguidade, submetendo o Estado ao dever de respeitar a individualidade garantida na Lei Maior.

Silva Neto leciona que a gênese do constitucionalismo clássico conecta-se ao irrefreável ímpeto quanto à positivação de direitos e garantias aptos à salvaguarda dos indivíduos quanto à intromissão ou arbítrio praticados pelo Estado.[246] Assim é que a construção da constituição no Estado liberal seguiu o dogma da não intervenção, com o centro das decisões no indivíduo, que seria o único responsável pela busca da sua própria felicidade.

Modelo de Estado que entregou o homem ao próprio homem e terminou por desencadear a subalternização do indivíduo pelo seu semelhante, proliferando-se as relações de poder e submissão, marcadas pela exploração da mão-de-obra, inclusive de mulheres, idosos e crianças, com o crescimento da miséria e da degradação humanas.

O que se verificou com o constitucionalismo clássico foi a sua completa insuficiência para atingir o desiderato de sobrevivência pacífica e digna do ser humano, porquanto, se, por um lado, representara passo significativo em direção da liberdade, por outro, desvelara que não existe liberdade sem igualdade material.

O modelo constitucionalista urdido no Estado liberal burguês, marcadamente não intervencionista, comportava a denominada concepção moderna de cidadania, severamente vinculada ao sentimento de pertencimento do indivíduo ao Estado, por meio de vínculo reconhecido e da sua participação nos destinos da Nação.

As Constituições de então, portanto, não se preocupavam com o bem-estar do povo, razão pela qual não encerravam em seu texto qualquer disposição que vinculasse o Estado ao desenvolvimento de prestações materiais ou jurídicas tendentes a preencher as necessidades dos indivíduos – bastava-lhes garantir a liberdade.

Nesse ambiente é que eclodem os movimentos que levarão à construção do denominado constitucionalismo social.

Na lição de Silva Neto o recrudescimento da questão social e a inflorescência de movimentos sociais integram o fundamento da inscrição dos direitos sociais, em sentido amplíssimo, nas constituições, considerando-se que "se a exploração desenfreada do ser humano pelo próprio no apogeu do sistema capitalista confere, por assim dizer, uma nódoa negra indelével à historia da humanidade, traz à baila, como lenitivo, circunstância provocadora de mudança de estrutura" [247]

---

[246] Ibidem.

[247] SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 52.

A natureza dos fundamentos do constitucionalismo social é tríplice, a saber: a) sociológica, por força dos movimentos sociais contestadores da estrutura vigente, como na Revolução Socialista Soviética; b) política, porque a introdução das normas de direito social nas constituições resultaram da decisão decorrente das forças políticas predominantes à época da manifestação constituinte; c) jurídica, que conduz à necessidade de se introduzir na norma maior do sistema os elementos sociais, como mais marcantemente expressão do compromisso do Estado com a questão social e para impedir, inviabilizar ou dificultar a sua retirada por conveniência do legislador ordinário.[248]

Certo é que a Revolução soviética se mostrou de grande influência para o reconhecimento dos direitos sociais nas constituições. Todavia, notadamente para o direito latino-americano, de suma importância é o cenário mexicano de 1906, sob o governo de Porfírio Diaz, que, por meio de sucessivas reeleições, conduzia o México desde 1876.

Influenciados pela doutrina anarcossindicalista, caracterizada pelo pensamento de Mikhail Bakuni, urdida no final do Século XIX na Europa, especialmente na Itália, Espanha e Rússia, os jovens intelectuais integrantes do grupo *Regeneración*, liderados por Ricardo Flore Magón, insurgiram-se contra a ditadura Diaz e lançaram manifesto, cujas propostas serviram de fundamento para o texto constitucional de 5 de fevereiro de 1917, que, além de promover severa separação entre Estado e Igreja, tornou-se a primeira Constituição a reconhecer expressamente direitos sociais, notadamente no que toca à classe trabalhadora.

Com a mesma orientação social é que surge na Rússia de 16 de janeiro de 1918 a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, que constituiu a primeira parte da Constituição soviética de 10 de julho de 1918.[249]

Em se tratando do reconhecimento dos direitos sociais, sobreleva a Constituição de Weimar de 1919. Todavia, malgrado a significativa influência no constitucionalismo moderno, em especial pela ênfase dada aos direitos fundamentais, as dificuldades que haviam levado à I guerra mundial não tinham sido removidas.

Com a eclosão da II Grande Guerra não houve oportunidade para que se fizesse

---

[248] SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 53.

[249] "Inspirada em el ejemplo histórico de la Revolución francesa, la Revolución soviética ha hecho una Declaración de derechos. La primera Constituición soviética ha sido publicada el 10 de julio de 1918. Pero antes de esta fecha, el 16 de enero de 1918, había aparecido una Declaración de los derechos del pueblo trabajador e explotado, que constituía la primera parte de la Constituición. Este documento, redactado por Lenin, es considerado en la literatura soviética como el documento constitucional mas completo del primer periodo de la Revolución soviética: 'La Declaración tiene un valor revolucionário enorme –dice un comentador oficial -; su importancia sobrepasa con mucho a la que tuvo en su tiempo la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano; he aqui un documento en que se invita a comparar con la Declaración de 1789." (MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris. *Las nuevas constituiciones del mundo.* 2. ed. Madrid: Editorial España, 1931, p 47).

efetiva aplicação das normas de promoção dos direitos fundamentais. Em 1945 restou aprovada a Carta das Nações Unidas, com o objetivo de fornecer a base jurídica para a permanente ação conjunta dos Estados, em defesa mundial da Paz. Nesta senda, influenciada pela idéia de reorganização dos Estados e justiça social, surge a Declaração Universal dos direitos humanos, de 1948.

Como esclarece Mirkine-Guetzevitch, a socialdemocracia alemã, em cujo âmbito hasteou-se a bandeira de defesa ao regime democrático e a proteção da República contra os assaltos do bolchevismo[250], constituiu panorama embrionário da Constituição de Weimar, que desenvolveu de forma expressa o direito ao trabalho e a uma existência digna, então proclamado pela Revolução de 1848 e inscrito na Constituição francesa da segunda República.[251]

Descreve o autor o que denomina de um "fato curioso": a questão do reconhecimento dos direitos sociais não encontra relação direta com a forma de governo, tampouco com a maior ou menor intensidade com que a democracia é estabelecida em determinado Estado. Os elementos sociais surgem na medida em que pairam sobre as Constituições a ameaça social e os resultados destruidores da experiência russa.[252]

---

[250] "O termo (do russo bolscinstvó, maioria) indica a linha política e organizativa imposta por Lenin ao Partido Operário Social-Democrático da Rússia (P.O.S.D.R.) no congresso de 1903. Somente nos últimos decênios do século XIX apareceu na Rússia czarista — país de industrialização tardia em relação à Europa ocidental — a força social capaz de dar vida a um partido revolucionário de orientação marxista, o proletariado de fábrica. É no ano de 1898 que foi fundado no congresso de Minsk o partido social-democrático, agrupando vários clubes e núcleos operários que se formaram nos anos anteriores. Antes da grande onda de industrialização do final do século passado, a classe operária não somente era exígua numericamente, mas conservava um forte ligame com a terra e os hábitos da vida rural. Era a época em que a oposição do czarismo trazia especialmente as marcas do movimento populista e se visava, em geral, a negar que a Rússia tivesse que percorrer as mesmas fases de desenvolvimento do Ocidente e, portanto, também a mesma trajetória política. As agitações operárias, que se intensificaram a partir de 1890-92, forneceram a uma parte dos intelectuais revolucionários o suporte necessário para aplicar na Rússia a teoria e análise marxista. Isto, é claro, dentro das limitações impostas por um regime autocrático que não permitia nem as organizações operárias — os sindicatos foram legalmente reconhecidos somente em 1906 — e nem os partidos políticos. (BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política.* 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 115.).

[251] MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris. *Las nuevas constituiciones del mundo.* 2. ed. Madrid: Editorial España, 1931, p. 36. Esclarece o autor que: "Si examinarmos los origenes de la Constituición alemana, veremos que la socialdemocracia alemana há protegigo la Republica contra los asaltos del bolchevismo. Los socialistas fueron los defensores del régimen democrático naciente, y esto hace que quede su recuerdo em el texto de la COnstituición; la ideologia socialista no puede contentarse com el parlamentarismo Occidental y la democracia formal de Occidente. El socialismo va más lejos, evidentemente, que la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano, la responsabilidad ministerial, el sugragio universal, etc. El derecho al trabajo, a uma existência humana digna, derecho proclamado por la Revolución de 1848 e inscrito em la Constituición francesa de la Segunda República, se encuentra hoy dia más explicitamente desenvuelto em la Constituición de Weimar.".

[252] Idem. Aduz, ainda: "En los países donde el Poder constituyente ha sido confiado a los elementos más moderados y muy alejados de la doctrina socialista, se ve afirmar en el texto de las Constituiciones la existencia de derechos 'sociales'. Aún más: la Constituición que estabelece más plenamente el carácter social de las liberdades individuales y que llega a limitar los direitos de propriedad agraria, es una Constituición monárquica, es la del reino servio-croata-esloveno (articulo 43). Lo mismo en otra Constituición monárquica, la de Rumania, se encuentra una definición muy larga de los nuevos derechos 'sociales' del hombre. Por el contrario, en ciertas

Adverte, todavia, acerca da insuficiência da explicação histórica, porquanto o que importa não é saber por que se estimou a necessidade de inserir na nova Constituição os direitos sociais; o que importa é o fato de que estes direitos tenham aparecido nas Constituições, que, por sua vez, foram redigidas em uma época em que nenhum partido podia ignorar a questão social. "No século XX, o sentido social do direito, não é só uma doutrina, não é só uma escola jurídica, é a própria vida".[253]

Decorre, pois, desse reconhecimento a emancipação do cidadão político para o cidadão social. Do cidadão que se doa e deseja participar dos destinos do Estado (muitas vezes simplesmente seguem o destino já traçado, sem forças para modificá-lo) para o cidadão que demanda do Estado condições que se viabilize a materialização desta participação.

A percepção de que esse sentimento de pertencimento ao Estado deve ser privilegiado e estimulado pelo próprio Estado por meio de políticas que, de forma cada vez mais incisiva, objetivem a inclusão dos indivíduos no espaço de cidadania, desperta para o grave problema que obsta tal desiderato: as graves desigualdades sociais.

O "espaço sem cidadãos" é expressão utilizada por Milton Santos para representar as "extensas áreas vazias de hospitais, postos de saúde, escolas secundárias e primárias, informação geral e especializada, enfim, áreas desprovidas de serviços essenciais à vida social e à vida individual".[254]

Sentido estendido pelo autor para as periferias que, apesar da densidade demográfica, tais serviços estão igualmente ausentes. "É como se as pessoas nem lá estivessem".

Portanto, com o constitucionalismo social devem se estabelecer melhores possibilidades de distinção entre o indivíduo político e o indivíduo social, pretensão que,

---

Constituiciones republicanas no se encuentra una sección relativa a los derechso de los ciudadanos (Constituición de Letonia), o se encuentra una lisa de derechos que no va más alla de la enumeración clásica de las libertades individuales. Nos encontramos en presencia de um hecho curioso: la introduccion de los elementos sociales en las declaraciones de los derechos não está de nigun modo en relación directa con la proporción más o menos grande de la democracia de un pais dado. La aparición de los nuevos elementos sociales no es solamente el resultado de la participación de los socialistas en la obra de las Asambleas constituyentes; los derechos sociales aparecen también en las Constituiciones que han sido redactadas con una débil participación o sin el concurso de los socialistas. Es la historia política de los diversos paises la que puede responder a esta cuestión: los elementos sociales aparecen en la medida en que se sgitan sobre los espiritus de las Constituiciónes la amenaza social y los resultados destructores de la experiencia rusa.".

[253] Ibidem, p 37. Ressalta, outrossim: "Sin embargo, esta explicación histórica no es suficiente. Lo que importa no es saber por que los elementos moderados de un pais han estimado necesaria la inscripción, en la nueva Constituición, de la defensa de los derechos sociales; lo que importa es el hecho, de que estos derechos han aparecido en la Constituición. [...] Las nuevas Constituiciónes han sido redactadas en una época en que ningun partido político podia ignorar la cuestión social. En el siglo XX, el sentido social del derecho, no es sólo una doctrina, no és solo una escuela jurídica, es la vida misma".

[254] SANTOS, Milton. *O espaço do cidadão.* 7. ed. São Paulo: Edusp, 2007, p. 59.

justamente pelo denominado "espaço sem cidadãos", carece de efetividade no âmbito de muitos Estados republicanos e democráticos, como o caso do Brasil.

Salienta Mirkine-Guetzevitch que se assistiu não só a transformação da teoria geral do Estado, mas também da doutrina dos direitos individuais. O Estado não pode só limitar-se ao reconhecimento da independência jurídica dos indivíduos, mas é obrigado a criar um mínimo de condições necessárias para assegurar sua independência social. [255]

Extrapolando as relações recíprocas entre trabalho e capital, trabalho e propriedade, trabalho e empregador, as novas declarações de direitos surgem para envolver a totalidade da vida social – família, escola, etc. –, todo o conjunto de relações sociais, pelo que se assistiu uma grande tentativa de racionalização da política. [256]

Muito embora essas novas Constituições, que organizaram a vida pública dos povos atingidos pela guerra, não tenham logrado êxito em realizar integralmente esta racionalização da vida social, o valor da tentativa não é diminuído pelo fato de que esses direitos sociais tenham permanecido só no papel. É que o acesso ao texto da Constituição possui significativo valor educativo para a população e, além dos dispositivos proclamarem os direitos sociais, definem tendência e sinalizam os princípios de um novo processo de garantia desses direitos que devem ser realizador no *porvir.*[257]

Dirley da Cunha Junior ao empreender exame acerca dos "fundamentos dos direitos fundamentais", confronta as dificuldades levantadas por Bobbio alusivas à ilusão de se buscar um fundamento absoluto para os direitos fundamentais com as idéias de Gregório Robles, para quem "el problema práctico de los derechos humanos no es el de su fundamentación, sino el de su realización; pero el problema teórico de los derechos humanos no es de su realización, sino el de su fundamentación".[258] Aduz, ainda:

> Para nós, concordando com Robles, é de supina importância para a teoria dos direitos fundamentais a busca dos fundamentos que justificam os direitos do Homem, como, aliás, é de extrema relevância para qualquer teoria, por imperativo do rigor científico, a identificação do fundamento ou dos fundamentos do objeto descrito. Embora eivado de problemas, não podemos deixar de enfrentar o tema da fundamentação dos direitos do Homem, por várias razões, segundo aponta Robles. Por razões morais, pois é incompreensível defender algo sem saber o porquê, de modo que é impossível defender os direitos do Homem se não se tem consciência da

[255] MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris. *Las nuevas constituiciones del mundo.* 2. ed. Madrid: Editorial España, 1931, p. 37.
[256] Idem.
[257] Idem.
[258] CUNHA JUNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional, 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 594-596.

> importância da dignidade humana. E fundamentar os direitos do Homem requer, exatamente, ter a convicção dessa importância. Por razões lógicas, uma vez que é através da fundamentação que se delimita o conteúdo dos direitos do Homem, permitindo sua regulação sem descaracterizá-los. Por razões teóricas, por exigência do rigor científico, haja vista que a elaboração de uma teoria dos direitos fundamentais impõe o conhecimento prévio dos fundamentos do seu objeto. E, finalmente, por razões de ordem pragmática, porquanto a efetividade dos direitos fundamentais depende da descoberta dos seus fundamentos.
> [....]
> Os direitos humanos fundamentais não são, porém, apenas um conjunto de princípios morais que devem informar a organização da sociedade e criação do direito. Enumerados em diversos tratados internacionais e constituições, asseguram direitos aos indivíduos e coletividadades e estabelecem obrigações jurídicas concretas aos Estados. Compõe-se de uma série de normas jurídicas claras e precisas, voltadas a proteger os interesses mais fundamentais da pessoa humana. São normas cogentes que obrigam e vinculam os Estados no plano interno e externo. [259]

É preciso destacar, por fim, que essa perspectiva encontra ainda maior reforço quando se constata que o conjunto de fatores sócio-políticos – que hodiernamente operam sobre a delimitação compreensiva da fundamentalidade dos direitos – comandam interesses que podem conduzir a um desvio de finalidade da própria constitucionalização e aplicação dos direitos humanos. Ação que, a toda evidência, avilta a natureza mesma da própria Constituição.

4.3.2 A teoria republicana dos direitos fundamentais

J. J. Gomes Canotilho leciona que a teoria republicana dos direitos fundamentais "é uma teoria autônoma, irreconduzível quer ao arquétipo clássico grego que ao paradigma liberal".[260]

---

[259] CUNHA JUNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional, 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, 596-597.

[260] Conforme Canotilho, o patrimônio direitos humanos foi comum a quase todos os movimentos do século XIX – excluindo-se os providencialistas do direito divino e a teoria dos direitos naturais dera origem a dois filões filosófico-jurídicos e filosófico-políticos que influenciaram os movimentos e teorias políticas: A primeira concepção, na senda do kantismo, encerra compreensão dos direitos naturais em termos liberais, próximo daquilo que se passou a chamar, "glosando Benjamin Constant", 'liberdade dos modernos'. Assenta-se, pois, em duas idéias básicas: "1) momento subjetivo, típico do jusnaturalismo, justifica que qualquer teoria política incidente sobre os direitos do homem deva responder, antes de mais nada, a esta pergunta: de que coisas posso eu desfrutar livremente, e em que condições, para desenvolver a minha esfera privada (esfera da sociedade onde se localiza o direito civil); 2. como se deve estabelecer a limitação recíproca das liberdades, e por que via, de forma que eu possa ser livre sem escravizar outrem e, reciprocamente, os outros indivíduos possam ser livres sem eu ficar num estatuto de sujeição (esfera do Estado, onde se situa o direito público)". Apontam esses dois postulados para uma teoria liberal dos direitos do homem, pois neles estão implícitos a primazia do direito ao

A *polis* não era uma sociedade democrática, já que a ocupação do seu centro – um cosmos geométrico e fechado – era privilégio dos iguais, que, por sua vez, eram definidos em um esquema organizatório profundamente desigual. Assim, na cidade grega uns são mais iguais do que outros, existindo um espectro social de indivíduos cuja característica comum era a de se situarem entre a escravatura e a liberdade.[261]

Por outro lado, a denominada "liberdade dos modernos" e a "liberdade republicana" não se coadunam com tal ambiência, porquanto o paradigma liberal moderno dirige-se ao encontro das energias individuais, que apenas pedem aos poderes públicos a criação e a garantia do mínimo de ordem, necessária ao máximo de liberdade, longe de exigir dos cidadãos iguais uma intensa participação nos negócios da *polis*.[262]

Aponta Canotilho um dos elementos de aproximação entre o republicanismo e a liberdade dos antigos, qual seja o ativismo político, tendo em vista a sua predisposição ao combate a favor do progresso e de situações positivas. Aproximação que, todavia, não pretende coisa semelhante à sociedade ateniense, "assente numa pluralidade de igualdades-desiguais, fechadas, hierarquizantes e vergadas à transcendência cosmológica, que obedecia a paradigmas e a arquétipos políticos radicalmente diversos dos de uma República cosmopolita".[263]

Portanto, o universalismo e a abertura a uma ação internacional e democrática que se orienta à participação de todos os cidadãos nos assuntos da *res publica* representa a condição necessária à saúde do organismo político – o que contraria o caráter fechado e hierarquizado da *polis* grega.[264]

A conexão entre a "liberdade dos antigos" e a política republicana assenta na identidade da participação no poder, mesmo quando exercida por intermédio de

---

desenvolvimento da personalidade individual e o Estado como garantidor desses direitos. "Os direitos individuais concebem-se independentes de toda autoridade social e política (B. Constant), devendo o Estado limitar-se à tarefa da ordem e segurança desses direitos." "Por sua vez, ao lado dessa concepção individualista dos direitos naturais, divisou-se outra linha – na senda dos ideólogos e dos cientistas, de Volney, Destutt de Tracy e sobretudo Condorcet – acentuadora da natureza de troca dos direitos no âmbito da sociedade. Os direitos naturais continuam a ser considerados como direitos individuais, pois, ao jeito do jusnaturalismo racionalista, o indivíduo pensante e atuante constitui o eixo nuclear do sistema social. Todavia, os direitos do homem são direitos do homem na sociedade, porque a sociedade é o estado normal e material do homem". (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 16-18).

[261] Ibidem, p. 28.

[262] Idem.

[263] Ibidem, p. 32

[264] Idem.

representantes – fato que, advirta-se, representa uma limitação quando examinado à luz da teoria liberal.[265]

Em lugar de redução de direitos a meras autovinculações positivistas, o pensamento republicano procura uma saída da subjetividade para a intersubjetividade. Não se trata de reconhecer "direitos em si" e "para si", mas de direitos para outrem. Esse traço de "fazer iguais" e "exercer direitos" em prol da solidariedade e da fraternidade enseja dimensões democrático-funcionalistas na teoria republicana dos direitos fundamentais. [266]

Refere Canotilho, pois, que a teoria democrático-funcional oferece os seguintes elementos para compreensão da teoria republicana, quais sejam: "1) reconhecimento de direitos fundamentais aos cidadãos que deverão por estes ser exercidos, enquanto membros da comunidade, e no interesse público; 2) o exercício da liberdade é um mero meio de garantia e de prossecução do processo democrático; 3) a vinculação do exercício dos direitos à prossecução de fins públicos justifica a sua articulação com a idéia de deveres; 4) a dimensão funcional justifica, em caso de 'abuso', a intervenção restritiva dos poderes públicos."

Portanto, é possível concluir que a garantia de eficácia social das normas constitucionais é o único caminho que se apresenta para o respeito aos direitos fundamentais. Esta garantia somente pode ser atingida se a abertura da interpretação constitucional, aliada à sua efetiva aplicação, tenha em vista a origem natural dos direitos humanos, afastando a noção meramente individualista do domínio político-econômico-social para encontrar equilíbrio nos postulados de uma formação social isonômica, conduzida pela solidariedade e pela fraternidade.

Dissociada dessa noção, não se revela possível conceber a inclusão valorativa do que se convencionou denominar *mínimo existencial* no âmbito da ordem jurídica de um Estado, máxime para que os conflitos postos ao exame do Poder Judiciário encontrem solução que se coadune com o espírito da Constituição.

---

[265] Ensina Canotilho que "a política de participação do poder, mesmo quando exercida por representantes, não é, para os republicanos, uma política de limitação de poder para garantir o desenvolvimento da autonomia individual ou a independência da sociedade civil, como sempre defendeu o pensamento liberal; ela é, antes, uma política na cidade para assegurar a 'evolução do espírito'a nível da 'liberdade filosófica, política e civil'. O reconhecimento da 'fraternidade' ou da 'felicidade comum' como fim da sociedade assumia-se como um fim da luta política e como expressão moderna dos direitos do homem. (Ibidem, p. 33).

[266] Ibidem, p. 34.

4.3.3 O aporte de Alexy à teoria dos status de Jellinek

Alexy assegura a importância histórica e atual da teoria dos quatro *status* de Jellinek, em cujo âmbito são delineadas relações que qualificam o indivíduo frente ao Estado. Salienta Alexy que Jellinek situa o *status* com uma "relação entre indivíduo Estado" (*Ein Status ist damit eine wie auch immer Beschaffene Relation Zwishen Bürger und Staat).* O *status* consiste, nesse sentido, em uma "situação" que deve ser diferenciada de um "direito", já que Jellinek expressa o "ser jurídico" e não o "ter jurídico" da pessoa.[267]

Tais descrições gerais, alerta Alexy, são marcadas pela ausência de clareza, que se resolve no campo da divisão em quatro "relações de status", proposta por Jellinek – o status passivo/*subjectionis*, o *status* negativo/*libertatis,* o status positivo/*civitatis* e o *status* ativo/cidadania ativa.[268]

Não se pretende aprofundar o estudo acerca da teoria dos *status,* mas tão somente examinar a concepção de Jellinek concebeu e as motivações que subjazem às críticas direcionadas à sua teoria, bem como as inconformidades interpretativas que em torno dela gravitam.

Empreende-se essa leitura a partir do exame desenvolvido por Alexy, porque, malgrado ele próprio aponte falhas da teoria, preocupa-se em destacar a notável (e a ainda atual) importância da formulação de Jellinek.

Não encontra Alexy qualquer dificuldade em recortar o conceito de *status passivo* e o faz por meio da dicotomia "conteúdo do status" ("*Inhalt des Status*") e "status como tal" ("*Status als solcher*").[269]

---

[267] ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 4. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 229. "Como uma relação qualificadora do indivíduo, o *status* deve ser uma condição (situação) e, como tal, deve diferenciar-se de um direito. Isto pelo fato de que, da forma como Jellinek se expressa, o *status* possui como conteúdo o "ser" jurídico da pessoa e não o seu "ter" jurídico". No original: "Als eine Individuum qualifizierend Relation soll der Status ein Zustant sein und sich als solcher von einem Recht unterscheiden. Dies deshalb, weil er, wie Jellinek sich ausdrückt, das rechtliche <<Sein>> und nicht das rechtlich "Haben" der Person zum Inhalt habe.".

[268] Ibidem, p. 230. "O que Jellinek entende por "Ser" e "Ter", seus exemplos esclarecem. Então o status de uma pessoa deve ser alterado quando se lhe concede o direito de votar ou de adquirir uma propriedade, ao passo que a aquisição de um terreno relaciona-se apenas com o seu ter. Essas descrições gerais são de todo desprovidas de clareza. Logra-se uma maior determinação do conceito de Status quando situado no âmbito de sua divisão das quatro "relações de *status*". No original: "Was jelliken dabei unter "Sein" und "Haben" versteht, machen seine Bespiele deutlich. So soll durch die Ausstattung einer Person mit dem Wahlrecht und dem Recht, ungehindert Eigentum zu erwerben, daren Satus und damit daren Sein verändert werden, während der Erwerb eines bestimmten Grundstückes nur daren Haben betreffe. Diese allgemeinen Umschreibungen sind recht unklar. Eine nähere Bestimmung erfährt der Begriff des Status demgegenüber im Rahmen seiner Aufspaltung in die vier >>Statusverhältnisse<<.".

[269] Ibidem, p. 231.

O indivíduo se encontra no *status passivo* quando se situa na posição em que o Estado lhe impõe um dever ou proibição ou, ainda que não tenha imposto, possua competência para tanto, pelo que, a qualquer tempo o indivíduo poderá ter em face de si tal imposição.

Esse conjunto de proibições, deveres e competências que submetem o indivíduo na sua relação com o Estado perfazem o que Alexy denomina de "conteúdo do *status*", que se modifica na medida em que se inclui ou elimina tais imposições. Já o "*status* como tal" representa o que, independente das modificações ocorridas – vale dizer, se há ou não inclusão ou exclusão de proibições, deveres ou competências –, basta que remanesça uma única destas possibilidades de imposição para que o "status com tal" não se modifique e o indivíduo permanece no campo do *status passivo.*[270]

Sustenta Alexy que, enquanto o conceito de *status* passivo não apresenta maiores problemas de aproximação, o mesmo não se pode afirmar em relação ao conceito de *status* negativo. É que a doutrina costuma vincular o *status* negativo aos direitos de defesa (*Abwehrrechte*), posição que se contrapõe à concepção de Jellinek.[271]

O *status* negativo de Jellinek é integrado tão somente por faculdades (*Freistellungen*), a ele não pertencendo proteções ao direito ao não impedimento (*Rechte auf Nichthinderung*). Circunstância que opõe o *status* negativo ao *status* passivo em uma relação de mútua exclusividade, já que todas aquelas condutas que não são obrigatórias nem proibidas localizam-se no espaço de liberdade dos indivíduos. E, por isso mesmo, o vínculo entre o *status* negativo e sua proteção será estabelecido por meio de reflexões de conteúdo (material ou substancial), o que revela, de certa forma, a faceta rudimentar do sistema proposto por Jellinek a demandar fundamento em uma teoria das posições jurídicas fundamentais. [272]

De fato, o exame mais detido da argumentação desenvolvida por Jellinek revela o acerto das reflexões de Alexy, já que resta nítido que no âmbito do *status* negativo não se encontram os direitos de defesa, ainda mais porque Jellinek, neste ponto, chega a sustentar que seria juridicamente incorreto falar em "direitos de liberdade".[273]

---

[270] ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 4. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 231.

[271] Ibidem, p. 233.

[272] Ibidem, p. 233-237.

[273] Sustenta Jellinek que: "Toda liberdade é simplesmente liberdade contra coerção ilegal. A sujeição, o status passivo dos indivíduos é limitado pela lei. Assim, não é juridicamente correto falar de direitos de liberdade, existe muito mais apenas a liberdade em singular, que somente sua oposição face determinadas limitações antigas assume, mais no campo político do que no jurídico, variadas e coloridas nuances". No original: "Alle Freiheit ist einfach Freiheit von gesetzwidrigein Zwange. Die Subjektion, der passive Status des Indivinduums ist ein gesetzlich begrenzter. Daher ist es juristisch nicht correkt, von Freiheitsrechten zu reden, es ist vielmehr nur die Freiheit im Singular vorhanden, die nur ihren Gegensatz gegen bestimmte ehemalige Einschränkungen

O conceito de *status* positivo, a seu turno, é sintetizado por Alexy como o "direito do cidadão, em face do Estado, a ações do Estado" (*Recht des Bürgers gegenüber dem Staat auf Handlung des Staates*), o que representa, em outros termos, que o *status* positivo do cidadão (*positiven Status des Bürger*) corresponde ao *status* passivo do Estado (*passiven Status des Staates*) e que tudo o que não pertença ao *status* positivo do cidadão (*positiven Status des Bürger*) pertence ao *status* negativo do Estado (*negativen Status des Staates*).[274]

Alexy adverte que Jellinek situa a pretensão ao não impedimento em face das autoridades do Estado (*Anspruch an die Staatsbehörden auf Nichthindern*) no âmbito do *status* positivo dos indivíduos, como qualquer outra pretensão específica de ação do Estado, fato que se encontra de acordo com a sua concepção de *status* negativo, mas que, todavia, colide com a própria tese de Jellinek, segundo a qual o conteúdo dos direitos no *status* positivo é integrado por "uma ação positiva do Estado" (*ein positives Tun des Staates*). E, malgrado o direito ao não impedimento possa ensejar uma ação do Estado, com certeza essa ação não pode ser classificada como uma "ação positiva" (*positives Tun*).[275]

Essa conclusão encontra total convergência na definição que Jellinek lança para delimitar o *status* positivo, notadamente porque essa posição é alcançada pelo indivíduo sempre que o Estado reconhece a coincidência entre o interesse individual e o interesse público, pelo que coloca à disposição dos indivíduos os meios necessários para a realização de suas pretensões, alçando-os à condição de membros do Estado e inserindo-os, por conseguinte, no *status* de cidadania. [276]

Nessas circunstâncias, assevera Alexy, o direito ao não impedimento – que corresponde aos "direitos de defesa" (*Abwerrecht*) –, não pertenceria a qualquer dos *status*, o que teria como conseqüência a ausência de localização no sistema de Jellinek de uma das

---

mehr in politischer als in juristischer Hinsicht verschiedene individuelle gefärbte Nuance erhält". (JELLINEK, Georg. *System der Subjektiven Öffentlichten Rechte.* Freiburg: Adamant Media Corporation, 2006, p. 103). A propósito, cumpre observar que, em relação ao vocábulo "gesetzwidrigein" não se encontrou correspondência no léxico alemão contemporâneo, pelo que se assumiu em seu lugar, para fins de tradução, a palavra "gesetzwidrige" ("ilegal"), porquanto, ao que parece – já que não se empreendeu qualquer investigação para assegurar não se cuidar de incorreção grafológica –, trata-se de variação semântica decorrente da época em que originalmente escrita a obra: editada e publicada em 1892.

[274] ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 4. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 238-239.

[275] Ibidem, p. 240-241.

[276] JELLINEK, Georg. *System der Subjektiven Öffentlichten Rechte.* Freiburg: Adamant Media Corporation, 2006, p. 113-114. No original: "Alles staatliche Handeln ist Handeln im Gemeininteresse. Das Gemeininteresse muss nicht, aber es kann mit dem individuellen zusammenfallen. Insoweit das letztere stattfindet und diese Congrunenz vom Staate anerkannt wird, gewährt er dem Einzelnen Ansprüche an seine Thätigkeit und stellt ihm rechtsmittel zur Verfügung, um sie zu realisieren. Dadurch erhebt er das Individuum zum positiv berechtigten Staatsgliede, verleiht ihm den Status der Civität, der von dem blos negativen, das grosse Gebiet der für den Staat rechtlich indifferenten Handlungen umfassenden durchaus geschieden ist".

mais importantes posições no campo dos direitos fundamentais.[277]

Para evitar esse resultado, seria necessário incluir o direito ao não impedimento no *status* negativo ou no *status* positivo, que, por sua vez, traria desdobramentos indesejáveis: incluído no *status* negativo, a natureza deste *status* seria significativamente alterada, importando na ruptura da arquitetura do sistema de Jellinek – vale dizer, incluído no *status* positivo, a tão cara distinção para a dogmática dos direitos fundamentais entre direitos a ações negativas e positivas, em face do Estado, não encontraria expressão alguma na teoria dos *status.* Ademais, incluir direitos de defesa no *status* positivo feriria a terminologia da dogmática dos direitos fundamentais.[278]

Diante dessa configuração, que revela o caráter rudimentar do sistema de Jellinek, Alexy propõe, à luz da teoria das posições jurídicas fundamentais, classificação do *status* negativo e positivo em *status* negativo e positivo, em sentido amplo e em sentido estrito, lecionando o seguinte:

> O *status* negativo em sentido estrito, que integra o sistema de Jellinek, refere-se às liberdades jurídicas não-protegidas. O *status* negativo em sentido amplo, que não integra o sistema de Jellinek, correspondem aos direitos a ações negativas do Estado (direitos de defesa) e destinam-se a proteger o *status* negativo em sentido estrito. Ao *status* positivo em sentido amplo correspondem tanto aos direitos a ações negativas quanto os direitos a ações positivas, ao passo que ao *status* positivo em sentido estrito correspondem somente os direitos a ações positivas. As consequências sistemáticas desta divisão para o sistema de Jellinek são simples e nítidas. Os direitos que são incluídos no *status* negativo em sentido estrito, para que se possa transformá-lo em *status* negativo em sentido amplo (direitos de defesa) são uma subclasse dos direitos do *status* positivo em sentido amplo.
>
> Contra essa solução podem insurgir-se, contudo, objeções pragmáticas, a sustentar que se estaria complicando a linguagem dos direitos fundamentais. Sempre que se falasse de *status* negativo ou positivo, dever-se-ia aduzir se a referência é ao *status* em sentido estrito ou em sentido amplo. Cláusulas como essa não seriam auto-compreensíveis. Esta objeção, todavia, é facilmente invalidada. Na argumentação habitual no campo dos direitos fundamentais o contexto, na maioria das vezes, deixa claro o que se quer expressar com "*status negativo" ou "status positivo"*. Geralmente refere-se ao *status* negativo em sentido amplo e ao *status* positivo em sentido estrito. Eles podem ser utilizados sem expressões extras, o que se faz em seguida. Quando pairar dúvida, é possível solucioná-la com o auxílio da teoria das posições jurídicas fundamentais, que suporta as divisões apresentadas. Quando, todavia, trata-se de questões difíceis sobre os direitos fundamentais, que encerrem problemas relativos à própria teoria do *status,* as diferenciações aqui encontradas são indispensáveis.[279]

---

[277] ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 4. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 240-241.

[278] Idem.

[279] Idem. No original: "Der negative Status im engeren, eigentlich Jellinekschen Sinne bezieht sich ausschliesslich auf unbewehrte rechtlichen Freiheiten. Der negative Status im weiteren, über die Jellineksche

Por fim, o que representam o dever e a proibição impostos ao indivíduo para o *status* passivo, a faculdade para o *status* negativo e o direito a algo para o *status* positivo; representa a competência para o *status* ativo ou *status* de cidadania ativa. O cidadão se encontra situado no *status* ativo quando lhe é ofertada capacidades além da sua liberdade natural ("*ausserhalb seiner natürlichen Freiheit leigenden Fähigkeiten gegeben werden*"), com sói acontecer com o direito de votar. [280]

As posições do *status* ativo estão sempre em vínculo com as posições dos demais *status,* já que o exercício de uma competência pode ser obrigatório ou proibido (*status* passivo) ou facultativo (*status* negativo). Para Jellinek, alcança-se o *status* ativo quando sua esfera "além de não ser é limitada por uma obrigação, sua capacidade de atuação jurídica é ampliada" (*nicht durch aine Pflicht beschränkt, sodern vielmehr seine rechtliche Handlungsfähigkeit erweitert wird*).[281]

Essa circunstância, aduz Alexy, não enseja incompatibilidade entre os *status* passivo e ativo. Também aquele obrigado pelo dever de votar, terá reconhecida a competência ou a capacidade para agir para o Estado, sendo, pois, inserido como membro da organização estatal (*"der staatlichen Organisation als Glied eingefügt*"), também ele atua para o Estado ("*für den Staat tätig*"). Em regra, a percepção da competência que integra o conteúdo do *status* ativo é de que ela é facultada ao cidadão. Assim, o *status* ativo é combinado ao *status* negativo. Uma combinação do *status* positivo com o *status* ativo verifica-se no âmbito do direito à competência ou à capacidade para votar.[282]

Empreendidas estas reflexões acerca da teoria dos status de Jellinek, enriquecida

---

Systematik hinausgehenden Sinne bezieht sich darüber hinaus auf die den negativen Status im engeren Sinne bewehrende Rechte auf negativ Handlungen des Staates (Abwehrrechte). Zum positiven Status im weiteren Sinnes gehören sowohl Rechte auf positive als auch rechte auf negative Handlungen, zum positiven Status im engeren Sinne dagegen nur Rechte auf positive Handlungen. Die Systematische Folgen dieser Aufspaltung für das Jellinekschen System sind einfach und überschaubar. Die Rechte, die dem negativen Status im engeren Sinne hinzigefügt werden, um ihn zu einem negativen Status im weiteren Sinne werden zu lassen (Abwehrrechte), sind eine Unterart der Rechte des positiven Status im weiteren Sinne. Gegen diese Lösung kann allenfalls der pragmatiche Einwand erhoben werden, dass sie zu einer Komplizierung der grundrechtlichen Sprache führe. Wenn vom negativen oder positiven Status gesprochen werde, müsse immer hinzugefügt werden, ob ein Status im engeren oder im weiteren Sinne gemeint sei. Klauseln wie diese seien aber nicht aus sich heraus verständlich. Dieser Einwand ist jedoch leicht zu entkräften. In gewöhnlichen grundrechtlichen Argumentationen macht der Kontext zumeist deutlich, was mit den Ausdrûcken >>negativer<< und >>positiver Status<< gemeint ist. Meist ist der negative Status im weiteren und der positive im engeren Sinne gemeint. Sie können dann also ohne Zusatz gebraucht werden, was im folgenden auch geschehen soll. Wenn Zweifel auftauchen, können diese schnell unter Rückgriff auf die Theorie der rechtlichen Grundpositionen behoben werden, auf die sich die ausgeführten Unterscheidungen gründen. Wenn es aber um diffisile grundrechtlichen Fragen geht, die Probleme der Statustheorie als solcher einschliessen, sind die getroffenen Unterscheidungen unerlässlich.".

[280] ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 4. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 242.

[281] Ibidem, p. 243.

[282] Idem. Cumpre observar, todavia, que, no caso brasileiro, em que o direito ao voto traz consigo o dever de votar, sob pena de sanção, há que se admitir a inserção de tal dever no *status* passivo

pelas devidas intervenções propostas por Alexy à luz da teoria das posições jurídicas fundamentais, importa examinar a situação do direito ao mínimo existencial no campo das relações entre indivíduo e Estado.

4.3.4 O mínimo existencial na teoria dos status

A discussão sobre o mínimo existencial é preponderantemente conduzida no campo das necessidades básicas dos indivíduos e da ausência de atuação do Estado no desenvolvimento de políticas públicas aptas a solucionar o problema das desigualdades naturais e sociais.

Ricardo Lobo Torres afirma, inclusive, que "o problema do mínimo existencial se confunde com a questão da pobreza e tem importância muito grande na história da fiscalidade moderna".[283]

Quando se observa que determinado indivíduo não possui o mínimo para a sua sobrevivência, quer-se afirmar, em regra, que as dificuldades enfrentadas referem-se à moradia, saúde, trabalho e alimentação – ou seja, à ausência de concretude de direitos alusivos às ações positivas do Estado.

Não há qualquer dúvida que sob o manto do direito ao mínimo existencial agrupam espécies de direitos fundamentais, mas especificamente daqueles que decorrem da positivação dos direitos humanos diretamente relacionados com o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Por isso mesmo, como alerta Torres, a Teoria do Mínimo Existencial é um subsistema da Teoria dos Direitos Fundamentais, cujo desenvolvimento coincide com o desenvolvimento da Teoria da Justiça, realizado a partir da "virada kantiana" – vale dizer, do retorno ao pensamento jurídico-filosófico às idéias de Kant. Trata-se, pois, de uma teoria normativa, interpretativa, dogmática e vinculada à moral.[284]

---

[283] TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 3.

[284] Ibidem, p. 25-26. Explica Torres que "A Teoria do Mínimo Existencial é *normativa* porque não se preocupa com a explicação dos fenômenos, à moda das ciências sociais da realidade, mas com a concretização, a eficácia e a validade do mínimo existencial. Não é uma teoria filosófica tampouco, eis que alia aos aspectos axiológicos os deontológicos. É, na verdade, uma teoria jurídica normativa, e não uma teoria do normativo. É *interpretativa,* eis que projeta conseqüências sobre a interpretação dos direitos fundamentais. A natureza interpretativa acompanha hoje, de um modo geral, a própria ciência do direito. Böckenförde demonstrou, excelentemente, que a interpretação dos direitos fundamentais depende da corrente da Teoria dos Direitos Fundamentais a que se filia o

Conquanto se possa argumentar em torno das sérias dificuldades de se delimitar aprioristicamente o conteúdo substancial do mínimo existencial – situação que também decorre da ausência de disposição constitucional que determine o que se deve considerar como situação mínima de subsistência digna –, há que se considerar possível a construção, a partir de casos concretos de violação ao mínimo existencial, de regras aptas a atender ao conceito sob a ótica substancial.

Dessa forma, ainda que de modo incompleto, é preciso que se considere a possibilidade de estabelecimento de conteúdo substancial para o mínimo existencial que permita fixar balizas às atuações negativas e positivas do Ente Político, bem como orientar a garantia de acesso ao mínimo necessário, considerada as noções de *status* em sentido amplo e estrito, delienadas por Alexy, com vistas a situar o direito ao não impedimento no campo das posições assumidas pelo indivíduo em face do Estado.

Nessa perspectiva é que se afirma, malgrado a sua intensa relação com os direitos a algo, a ocorrência de vinculação do direito ao mínimo existencial a todos as posições delineadas na Teoria do *status,* especialmente porque não se pode vislumbrar a liberdade humana, sob a ótica da não dominação, sem a garantia de higidez das posições que o cidadão deve assumir nas relações Estado-indivíduo, sociedade-indivíduo e indivíduo-indivíduo.

Com lastro na teoria das posições jurídicas fundamentais, proposta por Alexy, verificou-se que "O *status* negativo em sentido amplo, que não integra o sistema de Jellinek, correspondem aos direitos a ações negativas do Estado (direitos de defesa) e destinam-se a proteger o *status* negativo em sentido estrito".

A imposição de um dever ou de uma proibição que, de forma ilegítima, submeta o cidadão a constrangimento, ausente a competência para referida imposição, atinge arbitrariamente a esfera de liberdade do indivíduo e, por conseguinte, o mínimo existencial, irrelevante qual a classe social por ele integrada, já que os direitos que habitam o *status* passivo não devem considerar distinções deste tipo.

---

intérprete. É *dogmática* porque lhe interessa concretizar os direitos fundamentais a partir de suas fontes legislativas e jurisprudenciais. É bem verdade que o mínimo existencial não necessita, para sua concretização, da *interpositio legilatoris,* pois tem na Constituição a sua fonte de legitimidade. Mas, com a complexidade da sociedade contemporânea, os direitos fundamentais podem se aperfeiçoar nas Constituições dos Estados-membros e na própria legislação, principalmente para a proteção positiva dos direitos da liberdade, neles incluídos o mínimo existencial. A via jurisdicional completa o quadro das garantias institucionais ao mínimo existencial. De modo que o caráter dogmático se torna essencial à Teoria do Mínimo Existencial, conservando-a próxima das fontes normativas.".

Por isso mesmo, as desigualdades naturais, como, por exemplo, aquelas de natureza étnica, podem ensejar a deflagração de tratamento agressivo sob a roupagem de imposição de dever ou proibição, traduzindo-se, pois, em situação que atinge o mínimo existencial.

Ademais, há que se reconhecer que as ações empreendidas pelos órgãos do Estado e até mesmo por particulares podem ampliar o *status* de submissão dos indivíduos integrantes das classes menos favorecidas, o que, por conseqüência, traz ao centro de debate, também neste campo, a questão das desigualdades sociais e a necessidade de proteção mais efetiva do direito ao mínimo existencial.

Exemplifique-se com a ação da força policial na sua missão sempre legítima de proteger a sociedade contra as condutas desviantes, que justifica a submissão legítima dos indivíduos ao poder do Estado, para a sobrevivência do próprio Ente político e garantia da integridade dos cidadãos.

O excesso na execução desse mister enseja dominação arbitrária e, portanto, ilegítima, por parte do Estado polícia, pelo que faz exsurgir violação à órbita de direitos dos indivíduos, com possibilidade, considerada a intensidade, de ato malfazejo ao mínimo existencial, a exemplo do episódio ocorrido no Estado de Pernambuco – que, advirta-se, representa apenas um dentre os casos que se multiplicam país adentro –, situação objeto de acompanhamento pela Ordem dos Advogados do Brasil.[285]

Trata-se, pois, de considerar o indivíduo arbitrariamente dominado como protegido por direito de defesa em face de conduta estatal exorbitante e ofensiva à dignidade, que, ainda que não represente perigo à sua vida (agressão ao mínimo vital), importa em subalternização da sua existência, o que demanda a reparação do dano sofrido.

Reflita-se acerca de duas situações que assolam os estabelecimentos prisionais no Estado brasileiro. A primeira consubstancia ação estatal tendente a subalternizar os detentos, por meio de constrangimentos físicos e morais; que se vincula aos direitos de defesa e da qual já se tratou ao examinar o exemplo análogo. Já a segunda, refere-se à omissão estatal na garantia de condições mínimas para o encarceramento, que, a seu turno, relaciona-se com os

---

[285] Trata-se da ação de prepostos da Polícia Militar do Estado de Pernambuco, que submeteram dois suspeitos de roubo à situação de humilhação e degradação – com práticas de tortura e agressões morais, que foram filmados e veiculados –, fato que vem sendo acompanhado e apurado pela Ordem dos Advogados do Brasil e pela Corregedoria da PM daquela Unidade da Federação. A situação é de tão remarcada gravidade que o Presidente daquela Seccional da OAB assim descreveu: "Esses policiais são uma ameaça à sociedade pelo seu despreparo. Esse tipo de prática poderia ter ocorrido com qualquer um de nós" e determinou a divulgação de "nota classificando a ação como um abuso e pedindo à Corregedoria Geral da Secretaria de Defesa Social (SDS) uma punição rigorosa para os culpados". Disponível em: <dhttp://www.oabpe.org.br/comunicacao/ oabnamidia/8091-ordem-condena-excesso-de-pms-.html>. Acesso em 4 fev 2011.

direitos à prestação, tendentes a garantir o mínimo existencial.

Ao lado das severas agruras que submergem tantos cidadãos "livres" (liberdade ambulatorial) sem acesso digno aos bens mais comezinhos da vida, talvez seja na segunda situação referida, a envolver indivíduos afastados do convívio social, que mais se encontrem duras agressões ao mínimo existencial (inclusive ao vital), tanto sob o prisma direto quanto sob o prisma reflexo; circunstância que conduziu ao reconhecimento de repercussão geral no AI 767681[286], pendente de julgamento no STF até o fechamento deste escrito, que será mais adiante objeto de tratamento mais detido.

Também no campo tributário podem-se extrair situações nítidas em que se faz necessária a abstenção do Estado para garantir a proteção ao mínimo existencial, tema abordado por Marialva de Castro Calabrich Schlucking, que empreende estudo acerca da "proteção constitucional do mínimo imune", delineando as diversas possibilidades em que se observa a necessidade de afastamento da incidência tributária sobre renda e o patrimônio, para que se possa assegurar "a existência digna do cidadão".[287]

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que "nos quadrantes do sistema constitucional tributário, o conceito de renda pode ser estipulado apenas a partir de uma série de influxos oriundos do sistema jurídico, como a proteção ao mínimo existencial, o direito ao amplo acesso à saúde, a capacidade contributiva, [...]"[288]. (grifou-se).

Por sua vez, na linha da reflexão ampliativa empreendida por Alexy, integra o *status* negativo em sentido amplo, tanto das faculdades de atuação quanto o direito ao não impedimento, correspondendo, pois, aos denominados "direitos de defesa".

Cuida-se, ao extremo, por exemplo, de reconhecer séria violação ao mínimo existencial as atrocidades perpetradas durante o regime nacional-socialista, quando o conceito de "estranhos à comunidade"[289] restou legitimado por um ordenamento fundado em normas negativas, orientado a funcionar como método de controle social, modelo totalmente

---

[286] Naquela oportunidade a relatora assim se manifestou: "A ausência de precedente específico sobre matéria de tamanha gravidade e repercussão por órgão colegiado deste Supremo Tribunal impõe a submissão do tema à análise de repercussão geral." (BRASIL, STF, AI 767.681/GO. Decisão Monocrática. Rel. Min. Carmen Lúcia. DJe-222 de 19/11/2010).

[287] SCHLUCKING, Marialva de Castro Calabrich. *A proteção constitucional ao mínimo imune.* Porto Alegre: SAFE, 2009, p. 15, p. 68-69.

[288] BRASIL, STF, RE 582525/SP. Rel. Min. Joaquim Barbosa, de 22/10/2008; BRASIL, STF, Informativo n. 525, de 24/10/2008.

[289] Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo - Estudos Sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo.* Tradução de Paulo César Busato, 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. JACOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht. Disponível em http://www.strafverteidigervereinigungen.org/Material/Terror/Jakobs%20HRRS.pdf. Acesso em: 23 mai. 2005.

coincidente com aquele criticado por Bobbio[290], quando afirma que o direito há que ser entendido do ponto de vista funcional, como forma de controle e de direção social.

Por sua vez, cediço que a concepção de liberdades públicas como meros direitos à abstenção do Estado em face da autonomia dos indivíduos restou superada pelo reconhecimento de três novas formas de efeitos jurídicos para essas liberdades: (1) os efeitos horizontais dos direitos fundamentais; (2) os direitos de proteção e (3) os direitos a organização e a procedimentos.[291]

Dessa maneira, não somente pela ausência de atuação estatal no sentido de viabilizar ou de remover obstáculos ao exercício das liberdades públicas, mas também pela ação invasiva do Estado na órbita individual de direitos do indivíduo, é possível, considerado o caso concreto, vislumbrar-se ofensa ao mínimo existencial.

Já no caso dos direitos à prestação, situados no *status* positivo, não se necessita maiores digressões, porquanto no caso dos Estados severamente atingidos pela desigualdade social, o epicentro da violação ao mínimo existencial situa-se justamente na subsistência precária do cidadão que, sem alternativa, submete-se exclusivamente às políticas públicas desenvolvidas, ou não, pelo Ente Político, notadamente no campo da saúde, educação, moradia e segurança.

Por fim, como já referido, o exercício de direitos vinculados ao *status* ativo depende diretamente da posição ocupada pelo cidadão nos demais *status* e, por isso mesmo, os excessos observados neste campo enseja direto óbice à ascensão do indivíduo ao patamar de integrante da comunidade política, preparado para atuar pelo Estado. Vale dizer, o exercício da participação política depende diretamente do respeito às liberdades públicas, considerado o estabelecimento de condições para seu exercício, bem como das prestações estatais tendentes a viabilizar o gozo da vida digna.

Decerto que a formulação de Jellinek foi concebida com séria influência do positivismo, do formalismo e do individualismo, como destaca Ricardo Lobo Torres:

> A teoria moderna ampliou o quadro dos *status* e o adaptou à nova realidade do Estado Social de Direito. Häberle defende a idéia do *status ativus processualis,* para determinar o processo de concretização dos direitos fundamentais. Isensee estabelece com maestria a diferença entre *status positivus libertatis* e o *status positivus socialis.* Hesse fala no *status* constitucional do indivíduo (*verfassunsrechtliche status des Einzelnen*), que reflete o duplo caráter – subjetivo e objetivo – dos direitos fundamentais.

---

[290] BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do Direito*. São Paulo: Manole, 2007.

[291] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 235-236.

> Alexy salienta a necessidade de inclusão dos aspectos materiais ao lado dos formais e afirma que o problema do conteúdo do *status* negativo se resolve com a introdução do conceito de "status negativo jusfundamental" (*negativen grundrechtlichen Status*), que compreende a totalidade daquilo que está liberado ao cidadão em virtude de "normas permissivas jusfundamentais" (*grundrechtlicher Erlaubnisnormen*).[292]

Viu-se que o direito é processo e, por isso mesmo, os aportes à teoria de Jellinek chegam para solidificar e fortalecer a luta pela concretização dos direitos fundamentais, em época dominada pela Constituição.

Outra referência que auxilia a compreensão de que o mínimo existencial pode ser violado nos mais diversos campos da atuação do Estado, até mesmo antes que se cogite em reconhecimento da condição de nacional – pressuposto para o exercício da cidadania –, encontra-se no fato de que o impulso que conduziu Hannah Arendt a escrever sobre a dignidade da pessoa humana não emanou da condição de pobreza, mas sim da existência da apatrídia.

A tese de Arendt lastra-se sobre a noção de *vita activa*, eu cujo âmbito a autora aponta três atividades humanas fundamentais: "labor, trabalho e ação" e esclarece que a fundamentalidade reside no fato de que cada um corresponde a uma das condições básicas sob as quais a vida na terra nos foi oferecida.[293]

Desvinculado do Estado, o exercício destas atividades humanas fundamentais, necessárias ao preenchimento das necessidades básicas dos indivíduos, é algo extremamente dificultado, principalmente pelas barreiras formais que impedem a interação com a sociedade.

Talvez uma das mais silenciosas violações expressas a direitos fundamentais que se tem notícia – com nítido conteúdo de supressão legislativa de cláusula irredutível –, malgrado a inexistência de reação significativa da comunidade jurídica, situe-se na subtração do direito fundamental a nacionalidade, promovido pela Emenda Constitucional de Revisão n. 3, de 1994, em que se observou a alteração do texto da alínea "c", do art. 12, I.[294]

---

[292] TORRES, Ricardo Lobo. *A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos.* In: TORRES, Ricardo Lobo (org). *Teoria dos Direitos Fundamentais.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 255.

[293] ARENDT, Hannah. *The Human Condition.* 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1958, p.7. No original: "all three activities and their corresponding conditions are intimately connected with the most general condition of human existence: birth and death, natality and mortality. Labor assures not only individual survival, but the life of the species. Work and its product, the human artifact, bestow a measure of permanence and durability upon futility of mortal life and the fleeting character of human time. Action, in so far as it engages in founding and preserving political bodies, creates the condition for remembrance, that is, for history. [...] The human condition comprehends more than the conditions under which life hás given to man. Men are conditioned beings because everything they come in contact with turns immediately into a condition of their existence".

[294] A redação original estabelecia que "c) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente, ou venham a residir na República Federativa do

Com aludida alteração reduziu-se o campo de incidência da nacionalidade brasileira, porquanto, suprimida a expressão "desde que sejam registrados em repartição brasileira competente" diversos "filhos de brasileiros nascidos em países que adotam a regra do *jus sanguinis* (como a Suíça, o Japão e a Alemanha) acabaram ficando privados, tanto da nacionalidade brasileira, quanto da nacionalidade do local de nascimento"[295] – vale dizer, foram lançados no severo campo da apatrídia diante da sua condição de *heimatlos.*

Impõe-se reconhecer, no caso, flagrante agressão à dignidade da pessoa humana, decorrente de ação do Estado no campo de direito fundamental à nacionalidade, de modo a prejudicar o alcance da condição de cidadão (em sentido amplo), pelo que se viola com significativa força o mínimo existencial.[296]

Nessa perspectiva é que se ousa afirmar que o mínimo existencial não possui qualquer relação de gênero-espécie com qualquer grupo específico ou geração (dimensão) dos direitos fundamentais, independente que como se classifique. Antes constitui uma consolidação de categorias parciais destes mesmos direitos, que se extraem a partir da definição daquilo que o ser humano necessita para ingressar no terreno da dignidade – vale dizer, da cidadania ampla mínima.

Forçoso reconhecer, portanto, que é do domínio legítimo da Constituição, que submete a todos com sua força normativa, que se devem extrair os pressupostos lógicos, filosóficos, teóricos e normativos, que viabilizam a identificação do conteúdo do mínimo existencial, com vistas à construção de regras que, não só combatam, mas também antecipem e previnam práticas violadoras, para que se possa por a salvo bens jurídicos extremamente sensíveis já identificados como integradores do núcleo básico da dignidade.

Brasil antes da maioridade e, alcançada esta, optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira". Com a alteração pela Emenda Constitucional de Revisão n. 3, de 1994, a Constituição passou a comandar: "c) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira".

[295] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público.* 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 689.

[296] Cumpre registrar que, malgrado entendimento jurisprudencial que buscava minimizar tal situação, o cenário legislativo de negativa do direito fundamental permaneceu até a Emenda Constitucional n. 54, de 2007, que conferiu nova redação à mesma alínea *c, verbis:* "os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, *desde que sejam registrados em repartição brasileira competente* ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira". Ademais, com o fim de corrigir a supressão ocorrida, incluiu-se o art. 95, no ADCT, com o seguinte comando, *litteris*: "Os nascidos no estrangeiro entre 7 de junho de 1994 e a data da promulgação desta Emenda Constitucional, filhos de pai brasileiro ou mãe brasileira, poderão ser registrados em repartição diplomática ou consular brasileira competente ou em ofício de registro, se vierem a residir na República Federativa do Brasil." (grifou-se).

4.3.5 Direitos sociais e o mínimo existencial – distinções e os custos dos direitos

Considerado o marco teórico fixado neste estudo – vale dizer, o do princípio republicano da liberdade como não dominação –, verificou-se que não é possível classificar com exclusividade o mínimo existencial em qualquer dos compartimentos reservados aos direitos fundamentais, já que a proteção ao que se denomina como condições mínimas para a subsistência das pessoas se encontra presente nos diversos campos em que se busca garantir o ingresso (ou manutenção) do indivíduo no campo da dignidade.

Nada obstante, a perspectiva do ser humano tocante à necessidade de proteção dos direitos se encontra diretamente influenciada pelo mundo circundante e, por conseguinte, pelos valores presentes em determinada sociedade. Assim, ao avultar a desigualdade de oportunidades e acesso às prestações materiais, será absolutamente normal que se tenha severos óbices ao desfrutar de uma vida digna.

Explique-se: se o campo de observação do investigador é aquele Estado em que se perpetram severas violações ao acesso dos indivíduos às prestações sociais, revela-se compreensível que o estudo em relação ao mínimo necessário para a subsistência humana seja preponderantemente desenvolvido neste campo, pelo que se tende a confundir mínimo existencial com direitos sociais.

Nessa perspectiva, impõe enfrentar mais detidamente o tema.

Ricardo Torres apresenta três teses principais que gravitam em torno das relações entre direitos fundamentais e direitos sociais, a saber: a) a da simbiose dos direitos fundamentais com os sociais[297]; b) a da indivisibilidade dos direitos humanos[298]; c) a da

---

[297] Torres explica que: "A tese do primado dos direitos sociais sobre os fundamentais foi defendida pelos adeptos dos socialismos e da social-democracia. Entrou em refluxo a partir do final da década de 70 do século XX. Entre os socialistas acreditava-se na superioridade dos direitos do proletariado com referência aos direitos naturais, considerados estes últimos como direitos eminentemente burgueses. A constituição da extinta União Soviética continha longa enumeração dos direitos sociais (proteção à saúde, amparo à velhice, direito de habitação e à educação gratuita), rompia com o princípio da não identificação dos deveres com os direitos fundamentais e vinculava a fruição dos direitos sociais aos programas de desenvolvimento. A corrente da social-democracia, principalmente na Alemanha, radicalizou também o seu discurso, para defender o primado dos direitos sociais. O notável grupo de constitucionalistas germânicos que pontificou nas 'décadas de ouro' do século XX (1950 a 1970), quando o Ocidente assistiu ao extraordinário incremento da riqueza das nações, defendia a prevalência dos direitos sociais mediante algumas teses: a) todos os direitos sociais são direitos fundamentais sociais; b) os direitos fundamentais sociais são plenamente justiciáveis, independentemente da intermediação do legislador; c) os direitos fundamentais sociais são interpretados de acordo com *princípios de interpretação constitucional,* tais como os da máxima efetividade, concordância prática e unidade da ordem jurídica.". (TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 43-44.).

[298] "A tese da indivisibilidade dos direitos humanos, que leva a que se considerem os direitos sociais como extensão dos direitos de liberdade ou como uma especial geração de direitos com as mesmas características e fundamentos dos direitos de 1ª geração (direitos individuais ou da liberdade), passou a ser muito seguida após o

redução da jusfundamentalidade dos direitos sociais ao mínimo existencial.

Destaca a superação das duas primeiras e filia-se à terceira, "de corte liberal, que permite a translação da lógica, da retórica e da eficácia dos direitos de liberdade para os direitos fundamentais sociais em seu conteúdo essencial".[299]

De fato, no estagio de desenvolvimento e de carências que marca o mundo contemporâneo, não é possível a defesa de teses que ignorem a capacidade de prestar do Estado, severamente vinculada às possibilidades orçamentárias e aos custos cada vez mais crescentes dos direitos, até porque o problema político-econômico levantado por Thomas Malthus nos fins do século XVIII para o começo do século XIX encontra absoluta ressonância no Estado contemporâneo.[300]

Paulo Bonavides adverte que aceitar o princípio malthusiano significa que "estamos aceitando as enfermidades sociais como oriundas de um determinismo social, das leis da natureza, contra as quais nada pode o homem em sociedade.". Todavia, se, por um lado, assevera que "temos meios de tornar verdadeiramente ridículo e destituído de toda e qualquer base científica o sombrio prognóstico malthusiano"; por outro, obtempera que "O fantasma malthusiano reaparecera, porquanto não cabe apenas à ciência dispor de recursos e meios potenciais com que debelar ou obviar venha a consumar-se através dos tempos a

---

colapso do socialismo real e a crise do Estado de Bem-estar social, simbolizados na queda do muro de Berlim (1989). NO Brasil os internacionalistas defendem a teoria da indivisibilidade, fundada nas declarações e pactos sobre direitos humanos e sociais, mas chegam à conclusão de que os direitos sociais não são plenamente justiciáveis. Noberto Bobbio, em trabalho largamente difundido no Brasil, equipara os direitos sociais (de 2ª geração) aos fundamentais e lhes estende a retórica dos direitos humanos, em busca de uma eficácia que ele próprio reconhece não ser plena, tendo em vista que 'o problema fundamenta em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los'; em outra passagem de sua obra anota que o reconhecimento de direitos sociais ao lado dos direitos de liberdade é uma das características da 'esquerda'. Na Alemanha a mudança também foi considerável. Alguns autores social-democratas emudeceram após a queda do muro de Berlim, como foi o caso de Horst Ehmke, ou mudaram o rumo da temática, como P. Häberle, que passou a se interessar pelos problemas da Constituição Européia. Outros, embora continuem a falar em direitos fundamentais sociais (*soziale Grundrechte*), não lhes dão o sentido de direitos fundamentais, senão que os subordinam à justiça social, consideram-nos vinculados à 'reserva do possível' e entendem que constituem meras diretivas para o Estado, pelo que não se confundem com os direitos da liberdade nem com o mínimo existencial.". (TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 43-50.).

[299] Ibidem, p. 43.

[300] Paulo Bonavides refere ao "Desafio do fantasma malthusiano ao Estado moderno" e leciona que "O problema político-econômico mais curioso que o incremento populacional levanta contemporaneamente continua sendo, a despeito de tudo, aquele que a teoria malthusiana pôs de manifesto há cerca de duzentos anos. Dizia Malthus que a população crescia em proporção geométrica, ao passo que os gêneros alimentícios aumentavam segundo a regra aritmética, de modo que na linha do tempo, a constante, a tendência permanente vinha a ser a de alargar a brecha entre a capacidade de manter as populações e a taxa de crescimento dessas mesmas populações. Quando esse fosso se alarga demasiado, surgem então, segundo Malthus, as guerras, as revoluções, as epidemias, as fomes devastadoras, para restaurarem, com a violência do sacrifício imposto, o equilíbrio rompido. Desaparecem os excedentes populacionais. As guerras, consoante a tese malthusiana, acarretam como se vê a destruição periódica dos efetivos populacionais excedentes, para os quais não chega o pão da subsistência, constituem fatalidade social. Apresentou Malthus sua tese, de fins do século XVIII para o começo do século XIX.". (BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política.* 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 73.).

profecia malthusiana". E por isso mesmo, "o grande enigma consiste em criar na sociedade as formas políticas e sociais de aplicação da ciência e da técnica". [301]

Stephen Holmes e Cass R. Sunstein produziram estudo que auxilia a compreensão acerca dessa dimensão político-econômica no campo de efetivação dos direitos.[302]

Defendem a tese de que a efetivação de todo e qualquer direito, independente que geração ou dimensão integre, gera custos para o Erário, pelo que a distinção entre direitos positivos e negativos, de defesa ou de prestação, é totalmente despicienda – chegam a referir à "futilidade da dicotomia" –, porquanto em qualquer caso a garantia está a depender da necessária a atuação positiva do Estado.[303]

Nessa perspectiva é que os autores defendem que a manutenção da máquina estatal, inclusive do aparato judicial à disposição do cidadão para fins de garantir a efetividade dos direitos, gera custos para o Estado, para a sociedade e, por conseguinte, para cada contribuinte individualmente considerado, o que os leva a sustentar, *litteris*:

> Os direitos são comumente descritos como invioláveis, peremptórios, e conclusivos. Mas isto claramente não passa de floreios retóricos. Nada que custe dinheiro pode ser absoluto. Nenhum direito cuja execução pressupõe um gasto seletivo dos tributos suportados pelos contribuintes pode, no final do dia, ser protegidos de forma unilateral pelo Judiciário sem que se tenha em conta as consequências orçamentais para aqueles setores do governo que detém a responsabilidade final. Dado que a protecção contra a violência privada não é barata e, necessariamente, depende de recursos escassos, o direito a tal proteção, presumindo-se que ele exista, não pode ser descompromissável ou completo.[304]

A liberdade privada, portanto, possui caráter público e "O direito dos americanos não são divinos e tampouco frutos da natureza; eles não são auto-oponíveis e não podem ser devidamente protegidos quando o governo está insolvente ou incapacitado".[305]

Na ótica dos autores, pois, as disposições constitucionais, por sua amplitude e

---

[301] BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política.* 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 74.

[302] HOLMES, Stephen et SUSTEIN, Cass. *The Cost of rights:* why liberty depends on taxes**.** New York: W. W. Norton and Company, 1999, p 37.

[303] Idem.

[304] Ibidem, p.97. No original: "Rights are familiarly described as inviolable, preemptory, and conclusive. But these are plainly rhetorical flourishes. Nothing that costs money can be an absolute. No right whose enforcement presupposes a selective expenditure of taxpayer contributions can, at the end of the day, be protected unilaterally by the judiciary without regard to budgetary consequences for which other branches of government bear the ultimate responsibility. Since protection against private violence is not cheap and necessarily draws on scarce resources, the right to such protection, presuming it exists, cannot possibly be uncompromisable or complete.".

[305] HOLMES, Stephen et SUSTEIN, Cass. *The Cost of rights:* why liberty depends on taxes**.** New York: W. W. Norton and Company, 1999, p.220. No original: "THE RIGHTS OF AMERICAN are neither divine gifts nor fruits of nature; they are not self-enforcing and cannot be reliably protected when government is insolvent or incapacitated.".

generalidade, devem ser interpretadas e especificadas pelo Judiciário, consideradas as sensibilidades morais e compromissos que variam com o tempo. E os direitos não podem ser oponíveis de forma invariável: a efetividade é sujeita a limitações orçamentárias que diferem de ano para ano.[306]

As preocupações de Holmes e Sunstein direcionam-se à capacidade do Estado em efetivar direitos de forma isonômica, de modo que a utilização irresponsável e inconsciente da maquina pública por parte da sociedade não gere privilégios para determinadas classes e desvie o Ente político da sua real finalidade, qual seja a busca do bem comum. Posição, que ademais, se alinha com a perspectiva republicana da liberdade como não dominação.

A consciência acerca dos elevados custos possibilita o exercício responsável por parte da sociedade, notadamente nas demandas direcionadas à máquina estatal, de que se tem como exemplo aquela que chega ao judiciário, repleta de pretensões absolutamente desproporcionais e absurdas, a desviar o precioso tempo que os Juízes – e todo a estrutura que envolve – deveriam direcionar para a solução de questões mais relevantes.

De igual sorte, o comportamento social e a formação dos indivíduos no que se refere ao respeito ao direito alheio revela-se como de preciosa importância para a redução da conflituosidade social e, por conseguinte, da provocação do judiciário para a solução dos conflitos, o que, por via de consequência, reduz ou aumenta o custo da maquina estatal.

Também é verdade que as ponderações Holmes e Sunstein nos levam a refletir acerca da necessária responsabilidade dos governantes e dos demais representantes do povo na condução dos recursos que são extraídos dos contribuintes e direcionados ao Erário, já que uma coisa é a capacidade limitada do Estado em relação aos recursos necessários para custear os direitos, outra é a limitação decorrer do desvio de verbas para atender a interesses particulares escusos.

Impõe-se, pois, distinguir o mínimo existencial dos direitos sociais, já que, como todo desenvolvimento humano, é preciso que se vençam etapas e, por isso, revela-se demasiado utópico defender a efetividade dos direitos sociais como possibilidade ideal no campo pragmático, notadamente porque não se observa o respeito pelo Estado às necessidades mínimas de subsistência dos indivíduos.

---

[306] Idem. No original: "Constitutional rights provisions, especially, contain broad and ambiguous generalities that must be interpreted and specified by ever-new judicial personnel possessing moral sensibilities and commitments that vary over time. [...] rights cannot be enforced in an unchanging manner for more mundane reason as well: enforcement is subject to budgetary constraints which differ from year to year.".

E não se pode admitir que a sociedade suporte a já corriqueiro espraiamento de severas agressões a bens jurídicos de tão alta relevância, decorrente do absoluto desprezo e da ausência de responsabilidade presente na gestão da coisa pública.

Mesmo quando se adentra o campo do mínimo existencial a gradação valorativa dos direitos deve seguir a máxima de se determinar o que é possível e o que não é possível sustentar.

A insuficiência de condições ideais nas escolas públicas, ainda que provoque significativo dano no desenvolvimento da sociedade, com violação nítida ao mínimo existencial, não pode ser comparada às seqüenciais fatalidades ocorridas nos corredores dos hospitais públicos e dos postos de saúde pública ou, até mesmo, nas calçadas, já que, muitas vezes, sequer se logra ingressar em tais recintos.

Assim, é preciso compreender que o falecimento de determinado indivíduo por falta de atendimento médico – básico, muitas vezes – tem por invólucro a violação de um direito subjetivo à saúde, mas tem por essência agressão ao direito coletivo às condições mínimas de tratamento digno, que representa, pois, faceta do direito ao mínimo existencial no campo do direito social à saúde.

Conquanto assista razão a Holmes e Sunstein quando apontam que "todos os direitos são positivos", é certo que a aplicação dos recursos na manutenção da maquina pública para garantia dos denominados direitos de defesa percorre trilha diversa da gestão de recursos que envolvem os direitos a prestação. É que, ao que parece, em relação aos primeiros, a previsão do gasto público enfrenta menores dificuldades; ao passo que os direitos a prestação, notadamente os direitos sociais, encerram maior complexidade para que se determine a amplitude da necessidade de atuação do Estado.

Aduza-se, outrossim, que a fruição dos direitos de defesa, que integram o *status* negativo, ou de participação democrática, que integram o *status* ativo, dependem direitamente da garantia de acesso aos direitos mínimos de subsistência, porquanto, como já se observou, o indivíduo não pode ser livre, sem ser igual.

Da mesma forma, a questão dos custos deve ser observada de maneira absolutamente diversa, consoante se esteja a tratar de direito social ou, considerada as três teses expostas por Ricardo Torres, de direito que decorre da redução da jusfundamentalidade dos direitos sociais ao mínimo existencial.

Torres afirma que a "tese do primado dos direitos sociais sobre os individuais [...], se dissolveu com o colapso do socialismo real e com a crise do Estado-Providência". Por sua vez, "a teoria da indivisibilidade dos direitos humanos chega à utopia e ao impasse na equação de sua eficácia".

Arremata o autor:

> A saída para a afirmação dos direitos sociais tem sido, nas últimas décadas: a) a redução da sua jusfundamentalidade ao mínimo existencial, que representa a quantidade mínima de direitos sociais abaixo da qual o homem não tem condições para sobreviver com dignidade; b) a otimização da parte que sobreexcede os mínimos sociais na via das políticas públicas, do orçamento e do exercício da cidadania. O equilíbrio entre os dois aspectos – de liberdade e de justiça – passa pela maximização do mínimo existencial e pela minimização dos direitos sociais em sua extensão, mas não em sua profundidade.
>
> Interessa-nos aqui o exame do mínimo existencial, que se inclui no rol dos direitos fundamentais, protege contra as constrições do Estado e de terceiros, carece de prestações positivas e é plenamente garantido pela jurisdição, independentemente da reserva orçamentária, pois goza também de garantias institucionais. Insista-se em que o mínimo existencial pode exibir o *status negativus*, que impede generalizadamente a incidência de tributos sobre os direitos mínimos, e o *status positivis libertatis*, que possibilita a entrega de prestações estatais positivas a quem se encontra abaixo de certo nível de pobreza. [307]

A necessidade de destacar o mínimo existencial dos direitos sociais decorre justamente da impossibilidade financeira do Estado de suportar todas as prestações que a Constituição garante aos cidadãos. Dessa forma, diante da escassez de recursos, importa circunscrever uma zona de proteção, cujo traspasse importaria em eliminar as possibilidades de vida com dignidade.

Portanto a prestação estatal que garantisse a todos os cidadãos a possibilidade de sempre agendar consultas médicas seletivas com prazo máximo de uma semana encerra conteúdo de direito social, cuja realização dependeria diretamente das políticas públicas de saúde, infraestrutura tecnológica e de pessoal, circunstâncias que, em caso de debilidade, sem desnaturar o direito social, poderiam ensejar a dilação daquele prazo estabelecido.

---

[307] TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 53-54.

Todavia, não se há falar em dilação de prazo quando se trata de paciente que se encontra em perigo de morte, agravada a cada minuto que se esvai, a necessitar de alocação em leito de UTI. No caso, o atraso na alocação ou a sua impossibilidade importa em séria violação à dignidade, consubstanciada na ausência de condições para a realização do direito ao mínimo existencial.

Essa afirmação não quer representar que o debate situa-se no campo da colisão entre um direito individual e um direito coletivo, mas sim em relação ao conteúdo material do direito que se busca proteger.

Ademais, também não se está a afirmar que situações pontuais não possam ensejar a invasão da área de proteção mínima – raciocínio diverso importaria em tentativa vã de se buscar a perfeição na imperfeição – que, como se verificou, não se confunde com o vastíssimo campo dos direitos sociais. O que não se admite é que o Estado atue em regra nesta diretiva, porquanto restaria comprometida a sua própria razão de existir.

Advirta-se, por oportuno, que as reflexões lançadas no particular pretendem tão somente apartar uma das dimensões do mínimo existencial dos direitos sociais, já que, como demonstrado, defende-se que não há relação de exclusividade possível entre o mínimo existencial e qualquer das espécies de direitos fundamentais, mas sim dimensões do mínimo que habita determinados grupos de direitos.

4.3.6 Conteúdo essencial dos direitos fundamentais e o direito ao mínimo existencial

Como se verificou, situam-se no campo da utopia da realização plena dos direitos os argumentos que pretendam identificar os direitos sociais ao mínimo existencial, raciocínio que decorre do fato de que, na sociedade brasileira, o direito a condições mínimas de subsistência é severamente vinculado ao acesso dos cidadãos às prestações no âmbito da moradia, saúde e educação, cujo acesso reflete na própria liberdade do indivíduo.

Ocorre que, como já argüido, não raro, o direito ao mínimo existencial pode vir a ser violado no âmbito dos direitos de defesa, quando o Estado impõe ao indivíduo, de forma ilegítima, o dever de realizar algo ou a proibição de proceder de determinada maneira, em situação que deveria ser facultado ao cidadão agir como melhor lhe aprouvesse.

É preciso ter em conta a possibilidade de existência de agressão ao conteúdo essencial (núcleo essencial) de um direito de defesa, que, por sua vez, considerado o caso

concreto, pode ou não alcançar a órbita do mínimo existencial, o que impediria a identificação do mínimo existencial ao conteúdo essencial (núcleo essencial) do direito envolvido.

O exame empreendido sobre a teoria do *status* de Jellinek, com as considerações formuladas por Alexy, além de demonstrar a necessidade de releitura à luz da teoria das posições jurídicas fundamentais, serviu para constatar que o mínimo existencial não pode ser vinculado com exclusividade a qualquer das posições, já que em qualquer das relações indivíduo-Estado, indivíduo-Sociedade e indivíduo-indivíduo é possível identificar violação ao que se denomina de condições mínimas para a existência digna.

Ricardo Torres situa o mínimo existencial como uma regra – aplicada, portanto, por subsunção –, constituindo direitos definitivos e não sujeita a ponderação. Assim, o mínimo existencial não possuiria natureza de valor ou de princípio, mas sim de conteúdo essencial dos direitos fundamentais, imantado permanentemente pelos valores da liberdade, da justiça, da igualdade e da solidariedade.[308]

Por sua vez, o autor conceitua conteúdo essencial como "o núcleo intocável e irrestrigível dos direitos fundamentais (da liberdade ou sociais). Constitui limite para a atuação dos poderes do Estado". E acrescenta: "O tema do conteúdo essencial se desenvolve sobretudo em torno das questões ligadas às restrições a direitos fundamentais". [309]

Cabe, pois, indagar: como se estabelece esse "limite para a atuação dos poderes do Estado?". Como identificar o conteúdo essencial de determinado direito fundamental em determinado sistema jurídico?

A resposta a ambas as questões impõe necessária incursão nas teorias que versam sobre as restrições aos direitos fundamentais.

Alexy afirma que só é possível admitir que se restrinja um direito fundamental se, em um caso concreto, for necessário atribuir maior peso a um do que a outro, importando, assim, em restrição da órbita de proteção de determinado bem jurídico. Os direitos fundamentais representam restrições impostas à sua própria restrição e restringibilidade. [310]

---

[308] TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 83-89.

[309] Ibidem, p. 85.

[310] ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 4. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 267. No original: "Eine Einschränkung der Grundrecht ust nur dann zulässig, wenn gegenläufigen Prinzipen im konkreten Fall gegenüber dem grundrechtlichen Prinzip ein h¨heres Gewicht zukommt. Mann kann deshalb sagen, dass die Grundrecht als solche Beschränkungen ihrer Einschränkung und Einschränkbarkeit sind.".

Para os adeptos da teoria externa (*Aussentheorie*), o conceito de restrição de um direito enseja a existência de duas coisas, o direito e sua restrição, entre as quais há uma relação especial, qual seja a de limitação ou de restrição. Assim, há o direito em si (*Recht an sich*) e o direito restringido (*eingeschränkte Recht*).

Malgrado propugne o domínio quase que exclusivo de direitos restringidos em determinado ordenamento jurídico, a teoria externa admite a concepção de direitos sem restrições, pelo que aponta para a inexistência de relação necessária entre o conceito de direito e o conceito de restrição. Tal relação é estabelecida tão somente a partir da necessidade de compatibilização entre os interesses individuais e os bens coletivos.[311]

Outra perspectiva orienta a teoria interna (*Innentheorie*), que nega a existência de direito e restrição como duas coisas apartadas, mas defende que somente existe o direito com um determinado conteúdo. Assim, o conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite e as dúvidas acerca do limite do direito não se referem ao alcance possível de sua restrição, mas a que conteúdo ele possui. Portanto, ao se falar em "limites" (*Grenzen*) no lugar de "restrições" (*Schranken*) se está a falar de "restrições imanentes" (*Immanenten Schranken*).[312]

Adverte Alexy que a controvérsia entre a teoria interna e a teoria externa não se limita, absolutamente, ao plano terminológico ou conceitual. Aquele que defenda a teoria individualista da sociedade e do Estado alinha-se com a teoria externa. Por sua vez, quem nutre a perspectiva da integração dos indivíduos em comunidade inclina-se para a teoria interna.

Nessa diretiva, o investigador deve partir da compreensão do que deve ser o conteúdo essencial dos direitos fundamentais em determinado sistema jurídico, considerando eventuais delimitações já previstas na Constituição, mas atento ao fato de que "o exame das restrições aos direitos individuais pressupõe a identificação do âmbito de proteção do direito fundamental ou o seu núcleo. Esse processo não pode ser fixado em regras gerais, exigindo, para cada direito fundamental, determinado procedimento".[313]

É certo que a correlação entre mínimo existencial e conteúdo essencial dos direitos fundamentais sempre reclama exame mais detido, notadamente pelo fato de que, no

---

[311] ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 4. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 250.
[312] Idem.
[313] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 14.

âmbito de muitos dos direitos fundamentais, é possível destacar conteúdo essencial que não se transmuda em mínimo existencial.

A história nos mostra que o ato de entregar a sociedade à sua própria sorte parece ser etapa necessária à evolução humana. E assim os povos devem sobreviver ao abandono e passar pelo individualismo, para enfim perceber que somente se concebe o ser humano se inserido no contexto social.

O elemento natural, caráter definidor de significativas diferenças entre dos seres humanos, antes de ser desprezado, há que ser levando em conta para que se possa evoluir no sentido da construção de uma sociedade mais próxima do utópico ideal de justiça e igualdade material.

Como já observado, a liberdade é uma construção política e, portanto, uma sociedade não pode ser livre sendo ela puramente natural, já que "o formalismo igualitário das regras coexiste mal com a exaltação das diferenças naturais".[314]:

Na verdade, a compreensão do homem acerca dos direitos que lhe são inerentes ainda desloca-se lentamente em direção à almejada plenitude. A ausência de consciência em relação à proteção constitucional de determinados bens jurídicos revela o campo de tensão que ainda paira por sobre os direitos fundamentais, sua justificação e realização.

Vale relembrar as reflexões empreendidas por Dirley Cunha, destacadas linhas atrás, acerca da necessidade de fundamentalização dos direitos humanos.

Também a esse respeito, importa por em relevo o que assevera Silva Neto [315]:

> Por mais que pareça devidamente consolidado o sistema de proteção aos direitos fundamentais das pessoas, por mais que se afirme que o grande problema dos direitos humanos, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas sim o de protegê-los (BOBBIO, 1992), os dados da experiência têm insistentemente demonstrado que há, sim, conjunto de direitos fundamentais ainda em estado de justificação.
>
> Se não for assim, como compreender a pífia tutela conferida aos direitos humanos em sistemas jurídicos que, por exemplo, extirpam o clitóris de meninas recém-nascidas em nome de tradições e crenças religiosas?
> Se não for assim, como admitir a recusa sistemática quanto à proteção ao trabalho da prostituta?

---

[314] GUÉHENNO, Jean-Marie. *O futuro da liberdade – A democracia no mundo globalizad*o – A democracia no mundo globalizado. Rio de Janeiro: Bertrand Brazil, 2003, p. 36.

[315] SILVA NETO, Manoel Jorge. *A Proteção Constitucional ao Trabalho da Prostituta*. Revista do Ministério Público do Trabalho, Brasília, ano XVIII, n. 36, p. 13-34, set. 2008.

Verifica-se, pois, que as questões levantadas por Silva Neto – representativas de sérias violações ao núcleo mínimo da dignidade – põem em evidência a incipiente proteção que recebem determinados bens jurídicos, notadamente quanto sua violação decorre de fatores que encerram importante caráter religioso e sócio-cultural, o que torna ainda mais espinhoso o caminho para a solução das controvérsias.

Examinada à luz da teoria democrática, essa problemática desperta sentimentos os mais diversos, que ensejam uma série de indagações, todavia, a sua complexidade presente na espécie forçosamente projetaria as reflexões para fora dos limites epistemológicos deste trabalho, o que, portanto impede que se faça análise mais aprofundada.

Resta sublinhar a noção de que os elementos aptos a definir a preservação do mínimo existencial não são passíveis de exame em abstrato. Ainda que se possa lançar conceitos ou parâmetros, é da realidade concreta, submetida a exame à luz da teoria dos direitos fundamentais, da teoria dos princípios e da teoria da democracia, que se deve extrair as balizas, sejam no âmbito das liberdades públicas seja no âmbito dos direitos a prestações.

A construção das regras que devem integrar o conceito substancial do mínimo existencial é tarefa diuturna dos atores jurídicos – Magistratura, Ministério Público, Advocacia e Defensoria Pública – que, a partir dos casos concretos que lhes são submetidos pelas diversas esferas da sociedade democrática ou por indivíduos isoladamente considerados, devem buscar conformar a ordem jurídica, de modo que as demais instâncias de Poder – Legislativo e Executivo – sejam compelidas a observar as disposições constitucionais e a adotar providências que impeçam as recorrentes violações à dignidade dos indivíduos.

Vidal Serrano, malgrado, como já se destacou, faça coincidir *mínimo vital* e *mínimo existencial,* contribui, de forma incisiva, para diferenciar o "mínimo vital" (que para ele é mínimo existencial) do conceito de núcleo essencial dos direitos, ainda que pretenda vincular o mínimo existencial ao campo dos direitos sociais, *literris:*

> O chamado conteúdo mínimo aponta que cada direito tem um núcleo mínimo irremissível, associado à sua própria razão de ser. Evoca, assim, uma abstração que enuncia a essência do direito cogitado, que não pode ser objeto de supressão ante qualquer panorama histórico ou ante quaisquer eventuais limites. Já o chamado mínimo vital opera com vetores quantitativos, ou seja, aponta quais as necessidades mínimas que um ser humano, só por sê-lo e exatamente para preservá-lo em sua dignidade, deve observar.[316]

[316] NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988.* São Paulo: Verbatim, 2009, p. 70.

É preciso refletir, pois, que a identificação do mínimo existencial ao núcleo essencial dos direitos fundamentais encontra sérias dificuldades, já que não se pode afastar a possibilidade de se fixar, em determinado Estado, consideradas as condições estruturais do Ente político, núcleo essencial acima daquilo que se pode definir como mínimo necessário à existência os indivíduos.

Nessa perspectiva, o mínimo existencial seria, na verdade, um limite a ser imposto à eventual redução do escopo protetivo delineado pelo núcleo essencial de determinado direito.

4.4 Mínimo existencial e neoconstitucionalismo

O estudo do mínimo existencial não pode ser elevado a efeito sem a devida incursão na doutrina neoconstitucionalista, para que se torne mais fácil compreender que os caracteres que hoje demarcam a noção de cidadão decorrem da significativa alteração de postura do intérprete na busca por soluções mais adequadas (mais humanas) para os graves problemas que atingem a sociedade nos tempos atuais.

Não é admissível que se pense o direito sem situá-lo de forma imbricada no complexo campo das ciências sociais, porquanto qualquer solução jurídica que se pretenda dotada do mínimo de efetividade social depende diretamente dos subsídios oferecidos, por exemplo, pela ciência política, pela filosofia e pela sociologia.

Já não se pode mais admitir a mera importação/transposição técnica de institutos, construídos em culturas alienígenas (ou, até mesmo, decorrentes do tecnicismo jurídico pátrio) para a aplicação na realidade brasileira, sem que se perceba o papel desta realidade no *iter* interpretativo.

Cabe referência ao pensamento de Ludwig Wittgenstein, para quem: “Sentimos que, mesmo depois de serem respondidas todas as questões científicas possíveis, os problemas da vida permanecem completamente intactos".

Deveras, a complexidade humana, cada vez mais evidenciada no desenvolvimento social, está sempre a exigir soluções novas para os novos problemas, bem como soluções novas para problemas antigos, pelo que a ciência estará sempre um passo atrás do fornecimento de respostas para as complexas questões que são postas pela vida ao ser humano.

Nesse cenário de complexidade emerge o pensamento denominado neoconstitucionalista, tendente a projetar a com maior força o arcabouço normativo constitucional na direção dos graves problemas sociais, com vistas à construção de soluções que possam privilegiar a dignidade do homem.

Costuma-se delinear o neoconstitucionalismo como a doutrina que fixa novo paradigma para o Estado, em cujo âmbito se identifica o reconhecimento de valores aptos à efetivação dos direitos fundamentais, a centralidade da Constituição e a sua supremacia jurídico-axiológica, a projeção dos princípios para o campo da normatividade e a promoção da total releitura da teoria das fontes.

Écio Duarte propõe modelo que sistematiza as seguintes propriedades do neoconstitucionalismo: I - pragmatismo; II - ecletismo; III - principialismo; IV- estatalismo garantista; V - judicialismo ético-jurídico; VI - interpretativismo moral-constitucional; VII - pós-positivismo; VIII - juízo de ponderação; IX - especificidade interpretativa; X - ampliação do conteúdo da *Grundnorm*; XI - Conceito não-positivista de direito.[317]

---

[317] DUARTE, Écio Oto Ramos. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico.* In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição.* 2. ed. São Paulo: Landy, 2010, p. 63-73. No particular detalha Duarte: "1. **Pragmatismo**: [...] o sentido do pragmatismo se evidenciaria quando a determinação do conceito de direito se toma como ponto útil e, portanto, orientado à prática. 2. **Ecletismo (sincretismo) metodológico**: O paradigma neoconstitucionalista requer uma via que se situe entre a orientação analítica e a hermenêutica fazendo depender a exegese e aplicação jusfundamental de um conjunto de metodologias que se interconectam. 3. **Principialismo**: Fundamentado desde a distinção conceitual estabelecida entre princípios e regras, o 'argumento dos princípios', vinculado ao propósito neoconstitucionalista, junta-se a outros dois argumentos (argumento da correção e argumento da injustiça) para consolidar uma fundamentação de corte constitucionalista que aceita a tese da conexão do direito com a moral. 4. **Estatalismo garantista**: consiste esta propriedade no fato de que é imperiosamente necessário para a consecução da segurança jurídica no meio social que os conflitos sejam solucionados por intermédio de instituições estatais. 5. **Judicialismo ético-jurídico**: o neoconstitucionalismo exige dos operadores jurídicos cada vez mais a elaboração de juízos de adequação e juízos de justificação com natureza ética ao lado das técnicas estritamente subsuntivo-jurídicas. 6. **Interpretativismo moral-constitucional**: A perspectiva interpretativa da moralidade da Constituição pressupõe que o intérprete constitucional considere que a iniludível intervenção dos juízos de valor levados a efeito no exercício da discricionariedade judicial deve levar em conta os valores morais da pessoa humana e conferir, em última instância, a efetivação desses na aplicação da Constituição. 7. ***Pós-positivismo***: [...] antagonicamente ao positivismo jurídico, este modelo modifica (e supera) o método de análise daquela [...] 8. ***O juízo de ponderação:*** O neoconstitucionalismo propugna que, na resolução dos chamados *hard cases* (casos difíceis) – nos quais nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção –, diferentemente da postura do juiz indicada pela teoria do positivismo jurídico [...] A exigência de ponderação entre os princípios constitucionais revela, no plano metodológico e dos critérios da interpretação no neoconstitucionalismo, a insuficiência dos tradicionais critérios utilizados para resolver as antinomias normativas [...] 9. ***Especificidade interpretativa:*** O neoconstitucionalismo sustenta a tese de que existe uma especificidade da interpretação constitucional em relação aos demais materiais normativos. 10. ***Ampliação do conteúdo da GRUNDNORM.*** Ultrapassado o esquema positivista kelseniano, que fundamenta a validez de todas as normas a partir de uma norma fundamental completamente neutra, no que respeita ao seu conteúdo, o neoconstitucionalismo defende que a obrigatoriedade jurídica assumida em função da Constituição se deve à inclusão, no conceito de Grundnorm, de conteúdos morais. 11. ***Conceito não-positivista de direito:*** [...] Dreier está convencido de que o conceito não-positivista de direito explica de uma forma mais adequada o processo constitucional próprio do neoconstitucionalismo ou até mesmo a natureza dos direitos fundamentais. Precisamente porque 'os princípios juridicamente válidos desbordam o conceito positivista de direito na medida em que, estruturalmente, elevam a obrigação jurídica à

Malgrado seja possível identificar posições doutrinárias que combatem esse ou aquele aspecto da sistematização proposta por Duarte[318], o fato é que a reflexão sobre essas propriedades permite concluir que a visão neoconstitucionalista enxerga o direito como orientado à solução de problemas de ordem prática, que afligem a sociedade, desvinculado de qualquer exclusividade no domínio metodológico, fundado em princípios normativos submetidos à ponderação e construído por juízos éticos.

O neoconstitucionalismo pensa o Estado como seriamente demandado pela interpretação ampliativa, específica e moral da Constituição, a atuar na diretiva da garantia dos direitos fundamentais, especialmente aqueles sem os quais não se pode afirmar que o ser humano tenha adentrado o campo da dignidade.

Advirta-se, de logo, acerca da significativa diferença de perspectiva entre o constitucionalismo social e o neoconstitucionalismo, uma vez que o primeiro objetivou a inclusão dos direitos sociais nas Constituições, ao passo que o segundo não se inclina para um momento específico da história constitucional; antes se volta sobre todo o Texto Maior, para afirmar: a) a necessidade de densificação de sua força normativa; b) a força dos princípios; c) a inafastabilidade da reflexão hermenêutica; e, enfim, na parte que mais se identifica com o constitucionalismo social, para promover a evolução da justiça distributiva.

Leciona Luis Roberto Barroso que, enquanto o marco histórico do constitucionalismo social localiza-se nas Constituições mexicana (1917), soviética (1918) e alemã (1919); a Lei Fundamental de Bonn[319], de 1949 e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951, servem de referências do desenvolvimento do novo direito constitucional, em cujo âmbito identifica-se a "fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica". Como segunda referência de destaque, Barroso aponta

---

realização aproximativa de uma idéia moral', o neoconstitucionalismo atribui às Constituições atuais, além de uma força formal de validez, uma densidade material normativa. Essa densidade material normativa atribuída à Constituição, por sua vez, levará o conceito de direito a uma dimensão ou âmbito de fundamentação que qualifica a validez das normas jurídicas desde um grau mínimo de justificação ética.

[318] STRECK, Lenio Luiz. Diálogo neoconstitucionais. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição.* 2. ed. São Paulo: Landy, 2010, p. 208-229.

[319] Em nota, Luis Roberto Barroso esclarece que: "A Constituição alemã, promulgada em 1949, tem a designação originária de "Lei Fundamental", que sublinhava seu caráter provisório, concebida que foi para uma fase de transição. A Constituição definitiva só deveria ser ratificada depois que o país recuperasse a unidade. Em 31 de agosto de 1990 foi assinado o Tratado de Unificação, que regulou a adesão da República Democrática Alemã (RDA) à República Federal da Alemanha (RFA). Após a unificação não foi promulgada nova Constituição. Desde o dia 3 de outubro de 1990 a Lei Fundamental vigora em toda a Alemanha." (BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.* In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Constituição e Crise Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.).

a Constituição da Itália, de 1947, e a subseqüente instalação da Corte Constitucional, em 1956, bem assim explica que "ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional". [320]

No Brasil, a Constituição de 1988 representa o momento da quebra do paradigma civilista da propriedade para a instauração do paradigma da dignidade da pessoa humana. Para Barroso:

> [...] 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. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito.
>
> Mais que isso: a Carta de 1988 tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país. E não foram tempos banais. Ao longo da sua vigência, destituiu-se por *impeachment* um Presidente da República, houve um grave escândalo envolvendo a Comissão de Orçamento da Câmara dos Deputados, foram afastados Senadores importantes no esquema de poder da República, foi eleito um Presidente de oposição e do Partido dos Trabalhadores, surgiram denúncias estridentes envolvendo esquemas de financiamento eleitoral e de vantagens para parlamentares, em meio a outros episódios. Em nenhum desses eventos houve a cogitação de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional. Nessa matéria, percorremos em pouco tempo todos os ciclos do atraso [04].
>
> Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um *sentimento constitucional* no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor. [321]

Não há espaço para o formalismo positivista no âmbito dessa abertura interpretativa, possibilitada pela adoção do "modelo prescritivo de Constituição como norma"

---

[320] Ibidem.

[321] BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.* In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Constituição e Crise Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

[322], mormente porque resultou da importação do positivismo filosófico[323] para o mundo do Direito, na pretensão de se criar uma ciência jurídica aos moldes das ciências exatas e naturais, pelo que restou projetado ao campo da objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica.[324]

Barroso destaca que "o direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia no positivismo jurídico", porquanto a aproximação quase absoluta entre direito e norma e o afastamento da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. [325]

O preenchimento da lacuna de que ressentia a percepção da cidadania ampla não poderia ser tarefa do positivismo, uma vez que a solução de diversos problemas que afligem o ser humano em sociedade não se coloca ao alcance de modelos pré-estabelecidos fundados em juízos de fato, mas sim dependem de postura ética e orientada a extrair valores imanentes ao texto para a construção de normas aptas a homenagear a dignidade humana.

---

[322] POZZOLO, Susanna. *O neoconstitucionalismo como último desafio ao Positivismo Jurídico.* In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição.* 2. ed. São Paulo: Landy, 2010, p. 78. Pozzolo pretende sustentar a tese de que "as exigências interpretativas avançadas do neoconstitucionalismo são estreitamente dependentes do modo em que tal doutrina concebe a Constituição. Sustento que o modo de interpretar a Constituição é estreitamente relacionado com o modo de concebê-la, isto, é a metodologia interpretativa e suas exigências conexas não dependem da configuração, por assim dizer, neutra, objetiva ou verdadeira, mas sim de uma específica reconstrução neoconstitucionalista, em particular, da adoção do modelo prescritivo da Constituição como norma; e a partir daí derivam critérios interpretativos específicos, úteis para caracterizar a mesma doutrina neoconstitucionalista".

[323] Impõe-se destacar que essa tese de que o positivismo jurídico resultou da importação do positivismo filosófico não encontra na doutrina posição unívoca. Noberto Bobbio, por exemplo, assevera que "A expressão 'positivismo jurídico' não deriva daquela de 'positivismo', em sentido filosófico, embora no século passado tenha havido uma certa ligação entre os dois termos, posto que alguns positivistas jurídicos eram também positivistas em sentido filosófico; mas em suas origens (que se encontram no início do século XIX) nada tem a ver com o positivismo filosófico – tanto é verdade que, enquanto o primeiro surge na Alemanha, o segundo surge na França. A expressão 'positivismo jurídico' deriva da locução *direito positivo* contraposta àquela de *direito natural.* Para compreender o significado do positivismo jurídico, portanto, é necessário esclarecer o sentido da expressão *direito positivo.* Toda a tradição do pensamento jurídico ocidental é dominada pela distinção entre 'direito positivo' e 'direito natural', distinção que, quanto ao conteúdo conceitual, já se encontra no pensamento grego e latino; o uso da expressão 'direito positivo' é, entretanto, relativamente recente, de vez que se encontra apenas nos textos latinos medievais.". (BOBBIO, Noberto. *O positivismo jurídico.* São Paulo: Ícone, 1995, p. 15).

[324] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 322. O autor refere que: "As teses fundamentais do positivismo filosófico, em síntese simplificadora, podem ser assim expressas: (i) a ciência é o único conhecimento verdadeiro, depurado de indagações teológicas ou metafísicas, que especulam acerca de causas e princípios abstratos, insusceptíveis de demonstração; (ii) o conhecimento científico é objetivo. Funda-se na distinção entre sujeito e objeto e no método descritivo, para que seja preservado de opiniões, preferências ou preconceitos; (iii) o método científico empregado nas ciências naturais, baseado na observação e na experimentação, deve ser estendido a todos os campos do conhecimento, inclusive às ciências sociais.

[325] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 322.

Essas as razões que levam o autor a apontar o pós-positivismo com marco filosófico do novo direito constitucional, especialmente pelo fato de que:

> A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo 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. [326]

No plano teórico, Barroso assinala que três significativas transformações, que "subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional."[327]

Susanna Pozzolo indica os seguintes traços característicos do neoconstitucionalismo:

> a) a adoção de uma noção específica de Constituição como norma; b) a defesa da tese segundo a qual o direito é composto (também) de princípios; c) a adoção da técnica interpretativa denominada "ponderação" ou "balanceamento"; d) consignação de tarefas de integração à jurisprudência e de tarefas pragmáticas à Teoria do Direito.[328]

---

[326] BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.* In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Constituição e Crise Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

[327] Ibidem.

[328] POZZOLO, Susanna. *O neoconstitucionalismo como último desafio ao Positivismo Jurídico.* In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição.* 2. ed. São Paulo: Landy, 2010, p. 79. Em relação à "consignação de tarefas de integração à jurisprudência", a autora sustenta que "É importante, agora, considerar a jurisprudência, procurar esclarecer a função no âmbito de uma visão que abandonou o mito de uma jurisprudência meramente aplicativa de um ditado legislativo 'pronto para uso', mas que ao mesmo tempo não quer abandonar a doutrina da separação dos poderes como todas as suas garantias, nem pode dar-se por satisfeita com uma teoria moralista do direito. Barberis chamou de contradição fundamental aquela que atrasa a cultura jurídica em pelo menos dois séculos: "o juiz não deve criar o direito, mas não pode não criá-lo". Já no que concerne às "tarefas pragmáticas à Teoria do Direito", Susanna Pozzolo refere Luigi Ferrajoli, para quem: "A idéia de que os discursos científicos tenham uma insuprimível dimensão pragmática é um dos traços distintivos da moderna epistemologia pós-empirista. Já de muitos anos a reflexão epistemológica reconheceu que não somente as ciências sociais e jurídicas, cujo objeto inclui normas e valores, mas também as ciências naturais não são nunca pura e inteiramente assertivas, incluindo uma inevitável dimensão valorativa e normativa, assim na construção dos conceitos e das teorias como nas estratégias de pesquisa empírica". Aduz Pozzolo: "Essas palavras de Luigi Ferrajoli bem introduzem o problema do papel da teoria e da ciência do direito positivista. Se a neutralidade valorativa é uma mera ilusão, isto é, se o conhecimento e a descrição do direito são uma quimera, não pode existir uma teoria do direito que se limite a mostrar o que o direito é, mantendo-se separado do que deveria ser. A ciência e a teoria do direito participal de uma obra valorativa e construtiva do direito positivo, abraçando também o que o no paradigma positivista pertencia à teoria da Justiça".

Sustenta a autora: "[...] à Constituição se atribui a função específica de moldar as relações sociais por meio da 'verdadeira' concretização dos princípios expressos por ela". [329]

A perspectiva neoconstitucionalista não mais se conforma com a existência de pautas sociais insertas nas Constituições com caráter educativo e sinalizadoras de processo de mudança, mas exige que os direitos sociais prometidos na modernidade sejam agora, na pós-modernidade, efetivamente concretizados.

No Estado neoconstitucional os indivíduos devem ser cuidados para possibilitar a construção da cidadania em sentido amplo, não se revelando razoável admitir a existência de cidadãos sem o acesso às condições mínimas de sobrevivência, justamente porque tal circunstância revela, em certa medida, a falência pragmática das idéias neoconstitucionalistas.

É preciso arriscar afirmar que antes mesmo dos direitos civis e políticos é preciso ter acesso aos direitos necessários à subsistência – vale dizer: precisa-se de um mínimo de dignidade. É que não se há como falar de liberdade sem a garantia da igualdade, ainda que em seu patamar mais tímido, qual seja o de viabilizar o acesso aos bens mais elementares à sobrevivência, sem os quais a vontade do ser humano e até ele próprio transforma-se em peça de mercancia no domínio dos privilegiados oportunistas.

O "modelo prescritivo de Constituição como norma", referido por Susanna Pozzolo, marca da doutrina neoconstitucionalista, representa a opção pela realização do catálogo de direitos fundamentais previstos na Constituição e, para tanto, há que se garantir, de início e de logo, o necessário para que se possa reconhecer no indivíduo a condição mínima de cidadania, sem o que não se há que falar em inclusão.

E mais, a afirmação do respeito à dignidade humana no Estado Constitucional depende da manutenção dessa nova forma de pensar o direito constitucional, que requer, no magistério de Manuel Aragón Reyes, além da "existência de unos instrumentos jurídicos que garanticen la aplicación de la Constiuición", a prevalência de:

---

[329] POZZOLO, Susanna. *O neoconstitucionalismo como último desafio ao Positivismo Jurídico.* In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição.* 2. ed. São Paulo: Landy, 2010, p. 91/92. E acrescenta: "A Constituição, definitivamente, não é mais pensada com olimite e garantia da atividade política, mas sim como direção e meta para o legislador; a Constituição não tem mais a tarefa de preservar o mais alto grau de legalidade, mas, sim, aquela de remodelar as relações sociais segundo uma concepção determinada de bem. Confrontando positivismo jurídico e neoconstitucionalismo se delineiam dois modelos ou duas concepções da Constituição. Por um lado, a Constituição é moldura e garantia, o seu conteúdo se declina positivamente ou se concretiza por meio do livre debate entre as forças políticas, com respeito a alguns limites. Por outro, a Constituição é endereço vinculante, é um ordenamento de valores objetivos, estruturados e dominantes para o desenvolvimento da legislação".

> [...] una cultura constitucional y obliga superpetuación, pues la Constituición democrática descansa, más que ninguna outra, no solo em las garantias políticas y jurídicas, sino sobre todo, em las garantias sociales, esto és, em la aceptación popular de la Constituición. Sin garantias jurídicas (de ahí su carácter inexorabçe) no hay Constituición deradera. La educación constitucional, o si se queire la cultura política democrática, se presenta pues, como la condición necesaria para la consolidación del constitucionalismo.
>
> Pero el constitucionalismo es también uma actitud, um modo de hacer política que obliga a los hombres públicos a aceptar las reglas del juego, a conducir las contiendas políticas por los cauces de la Constituición. Dificilmente podrá haber Estado constitucional sin uma constitucionalización de la política y, especificamente, de la política profesional: em esse sentido, el constitucionalismo de la política no es solo um modo de <<hacerla>>.
>
> No basta, sin embargo, com la <<constitucionalización>> de la política, pues siendo, como es, el constitucionalismo um fenômeno sobre todo jurídico, su consolidación y desarrollo obligan a uma <<constitucionalización>> también de la cultura jurídica.[330]

Na diretiva da *actitud* neoconstitucionalista, pois, a recursiva impossibilidade de efetivação do direito ao mínimo existencial representa certa crise ética no âmbito do Estado de Justiça Social, mormente quando o óbice se origina nos severos desvios de conduta que operam em desfavor da higidez da máquina estatal, em absoluto menoscabo aos fundamentos principiológicos que sustentam o Estado Democrático de Direito.

Essa circunstância, tolerável na compreensão que dissocia o discurso jurídico do discurso moral, típica do positivismo jurídico metodológico, não se compatibiliza com o Direito do Estado Constitucional, que rejeita abordagem meramente descritiva, insusceptível de compreensão das exigências internas da justiça substancial[331] e inviabilizadora de qualquer processo de inclusão social que se pretenda empreender.

A atitude meramente explicativa frente aos severos fenômenos que se desdobram na órbita da cidadania mínima não é tolerável à luz da doutrina neoconstitucionalista, porquanto a pretensão de concretude do direito ao mínimo existencial depende de uma atitude

---

[330] REYES, Manuel Aragón. *La Constituición como paradigma.* In: CARBONEL, Miguel (Org). *Teoria del neoconstitucionalismo – Ensayos escorigidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

[331] POZZOLO, Susanna. *O neoconstitucionalismo como último desafio ao Positivismo Jurídico.* In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição.* 2. ed. São Paulo: Landy, 2010, p. 86. Leciona Pozzolo que: "O modelo de Estado de Direito, através da neutralização das pretensões de justiça operada como princípio da legalidade (as normas jurídicas eram caracterizadas não pela sua justiça intrínseca, mas pela adequação ás metanormas sobre produção jurídica), de qualquer forma, favoreceu a separação entre Direito e Justiça, contribuindo para uma abordagem do tipo positivista. O modelo de Estado de Direito Constitucional, por outro lado, retoma esse vínculo e rejeita uma abordagem meramente descritiva, que não seria capaz de compreender as exigências internas de justiça substancial".

valorativa, que se debruce sobre a situação de fato, ofensiva à dignidade, não só com o objetivo de conhecê-la, mas de modificá-la.[332]

O pensamento neoconstitucionalista visualiza a concepção de cidadania como absolutamente dependente da plena integração do indivíduo ao cenário de consecução dos direitos fundamentais, que representa, incorporadas as conquistas iluministas, a efetivação do direito ao mínimo existencial (condição elementar) e o alcance dos direitos sociais, a possibilitar o gozo de uma vida digna, sem o que se tem a dominação arbitrária, que enseja severo prejuízo à participação nos destinos do Estado.

4.5 O direito ao mínimo existencial e a oposição da reserva do possível

É posição consolidada na jurisprudência do STF – ainda que nem tanto na doutrina – afirmar que diante de decisão judicial que determine ao Poder Público a realização de prestação tendente a preencher necessidade vinculada ao exercício do direito ao mínimo existencial não é possível opor a reserva do possível.[333]

Ocorre que referido argumento, ausente as condições fáticas e jurídicas, bem assim a higidez argumentativa do provimento judicial, no tocante à fundamentação da medida, pode se revelar absolutamente vazio, sobretudo sob a ótica que se pretende sustentar neste estudo, qual seja a de que as demandas que versam sobre o mínimo existencial –

---

[332] Nelson de Souza Sampaio ao distinguir os "Juízos de existência e juízos de valor" explica que: "Podemos ter para com os fenômenos políticos duas atitudes mentais perfeitamente definidas: a atitude explicativa e a atitude valorativa. A primeira posição é a de quem procura apenas explicar os fatos políticos, conhecê-los como eles são na realidade, descobrindo as relações que há entre eles e os demais fenômenos naturais e sociais. É a atitude de quem procura satisfazer a sua curiosidade intelectual, despreocupado de qualquer outro fim. O estudioso visa então a emitir juízos de ser ou juízos de existência sobre o Estado ou qualquer outro fenômeno político. Quando assumimos a atitude valorativa, o nosso fito não é o de conhecer as coisas tal como são na realidade, mas o de julgá-las de acordo com determinados padrões ideais. Indagamos se os fatos que estamos estudando são bons ou maus, justos ou injustos, nobres ou vis. Em vez de explicar a realidade, queremos julgá-la em face do ideal; em vez de procurar saber como são as coisas, buscamos saber como deveriam ser. Numa palavra, valorizamos as coisas de acordo com os códigos morais, jurídicos, religiosos, artísticos, etc., que defendemos. Nessa postura de espírito, emitimos juízos de dever ser ou juízos de valor. Essa atitude valorativa parece ser inextirpável do nosso espírito. Podemos achar que a realidade corresponde ao nosso ideal, que o que é o que deve ser, mas mesmo assim estamos julgado os fatos e, nessa conclusão a que chegamos, está patente ou, pelo menos, subtendido um ato de julgamento". (SAMPAIO, Nelson de Souza. *Prólogo à Teoria Geral do Estado.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 14.).

[333] "Impossibilidade de invocação, pelo Poder Público, da cláusula da reserva do possível sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial" (BRASIL. STF. AI 583.476/SC, DJe 24.5.2010).

consideradas a sua natureza – devem ser projetadas do campo da microjustiça para o campo da macrojustiça.

Costuma-se indicar como a pedra de fundação do conceito de reserva do possível a decisão prolatada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no caso *numerus clausus,* que versava sobre o direito de acesso ao ensino superior, em cujo âmbito restou firmado o entendimento de que, "mesmo quando os direitos a prestação positivas não encontram restrições construídas a *priori,* submetem-se à reserva do possível, no sentido de que a prestação pleiteada pelo indivíduo deve corresponder a aquilo que se pode razoavelmente reclamar da sociedade"[334].

Impõe-se concordar com Andreas Krell que a importação do instituto da reserva do possível é "fruto de um direito constitucional equivocado"[335], mais ainda quando utilizado para retirar a legitimação do Poder Judiciário na intervenção nas funções do Legislativo e Executivo, em defesa do programa constitucional de proteção à dignidade humana.

A reserva do possível (*Der Vorberhalt des Möglichen*) possui direta vinculação ao princípio da razoabilidade, o qual, no campo da jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal, é utilizado, por diversas vezes, com o significado do princípio da proporcionalidade, que, consoante já se destacou, não prescinde da observância de um conjunto de operações com vistas a evitar a indesejável ponderação em abstrato, marcada pelo criticado subjetivismo.

É importante destacar que o julgado da Corte Constitucional Alemã enfrentava demanda coletiva, em que se buscava a determinação de que o Poder Público criasse número suficiente de vagas para todos os candidatos. Assim, malgrado a inexistência de hierarquia constitucional entre os direitos fundamentais, há que se reconhecer que essa hierarquia se deve instalar na dimensão axiológica, pelo que não se poderá comparar – mais ainda em se tratando de Estados com realidades sociais tão distintas – o acesso à universidade com as graves deficiências que impedem os indivíduos de preservar a própria vida.

Nesse sentido, são elucidativas as idéias de Andreas J. Krell:

> No Brasil, como em outros países periféricos, é justamente a questão analisar quem possui a legitimidade para definir o que seja "o possível" na área das prestações sociais básicas face á composição distorcida dos orçamentos dos diferentes entes federativos. Os problemas de exclusão social no Brasil de

[334]ALEMANHA. *BverfGE. 33, 303*. No original: Auch soweit Teilhaberechte nicht von vornherein auf das jeweils Vorhandene beschränkt sind, stehen sie doch unter dem Vorbehalt des Möglichen im Sinne dessen, was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann".

[335] KRELL, Andreas J. *Direito Social e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (dês) caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: SAF, 2002, p. 51.

> hoje se apresentam numa intensidade tão grave que não podem ser comparados à situação social dos países-membros da União Européia.[336]

Aponta-se a dimensão tríplice da reserva do possível, a compreender a) a existência de recursos; b) possibilidade jurídica, especialmente em relação ao orçamento; c) proporcionalidade da prestação.[337]

Saulo Casali pondera que, na acepção fática, os problemas guardam menores dificuldades, já que a "absoluta inexistência de meios materiais quase nunca deixa de ser vista como impediditiva do reconhecimento do direito a alguma prestação"; verificação que, na linha de argumentação de Gustavo Amaral, alcança-se com a demonstração judicial, pelo Estado, de que "tem motivos fáticos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas".[338]

Nada obstante, é preciso se ter em conta que a reserva do possível é conceito que demanda, ele próprio, significativas reservas, notadamente pela complexidade de se verificar no caso concreto se a oposição levada a efeito pela Administração – que decorre da ausência de especialização do Judiciário – lastra-se em fatos ou em argumentos falaciosos, construídos para se furtar ao cumprimento da ordem judicial.

Maiores dificuldades, portanto, encontra-se no campo das possibilidades jurídicas, conforme elucida Casali Bahia, em raciocínio escalonado que logra descortinar os diversos óbices que se colocam ao Magistrado no enfrentamento de questão que comporta colisão entre o direito ao mínimo existencial e a reserva do possível, considerada a amplitude coletiva ou reiterada da prestação.[339]

---

[336] Ibidem, p. 53.

[337] SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Maria Filchtimer. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde.* In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (orgs.). Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível". 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

[338] AMARAL, Gustavo. *Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes.* In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

[339] BAHIA, Saulo José Casali. *O Poder Judiciário e a efetivação dos direitos fundamentais.* In: CUNHA JR., Dirley da; DANTAS, Miguel Calmon (coord.). *Desafios do Constitucionalismo Brasileiro*. Salvador: Edições *Jus*Podivm, 2009, p. 301-302. "O problema ganha relevo quando se está diante da acepção jurídica da "reserva do possível". Neste caso, não se está diante da inexistência absoluta de recursos, mas tão apenas de inexistência relativa, como, por exemplo, no caso de ausência de previsão na lei orçamentária para a despesa (correspondente a não-eleição da prestação pretendida como prioritária para o Poder Público). Os recursos existem, mas foram atribuídos a outra finalidade pública. Entendem muitos que a discricionariedade administrativa não pode ser tida como existente quando a omissão estatal implique em um desatendimento a qualquer direito fundamental, notadamente quando relativo ao mínimo existencial. Como superar este problema? Não é infreqüente que decisões judiciárias invadam o campo da discricionariedade administrativa ou da "reserva do possível" para impor prestações pelo poder público além da competência que deve possuir o Judiciário de eleger a conveniência e aoportunidade da prática de certas medidas, ou ignorando a capacidade do orçamento suportar as despesas judicialmente imputadas. Como garantir um tratamento médico a um desvalido, ante a necessidade de garantia do "mínimo existencial" relacionado ao direito á vida, substituindo a ação de construção de uma estrada ou uma

Em momento anterior neste trabalho, tratou-se da necessidade de especialização do Magistrado no campo das técnicas de ponderação, já que as questões que envolvem direitos fundamentais – cujas normas definidoras ou são princípios ou são regras vinculadas a princípios e, por isso, ponderáveis – sempre estarão vinculadas a casos concretos, em cujo âmbito não se admitem ponderações *a priori*, mas sim a construção de solução que observe os princípios da "adequação" e da "necessidade", bem assim as "possibilidades fáticas e jurídicas", tais como delineadas por Alexy.

É importante observar que não se está a falar de política pública já existente, descumprida pelo Poder Publico, já que, neste caso, não se há o que ponderar, notadamente pela vinculação do Administrado ao planejamento por ele mesmo efetuado.

A história tem demonstrado que o caminho para acesso a prestações positivas, especialmente aquelas relacionadas ao mínimo existencial, não raro, passa, em primeiro lugar, pela dedução de pretensão isolada e atomizada, para, posteriormente, ingressar em demanda coletiva e, por fim, em determinado momento, chegar até a Administração que, pressionada pela sociedade e pela comunidade jurídica, institui a correspondente política pública.

No campo da saúde, segmento em que o Estado brasileiro ainda não fez ingressar nos domínio da dignidade coletiva, podem-se referir diversos exemplos. Veja-se.

Em maio de 2007, o Supremo Tribunal Federal inadmitiu Recurso Extraordinário, em que se pretendia eximir o Poder Público do fornecimento de medicamentos para a Hipertensão Arterial Pulmonar (HAP). O argumento de que "o medicamento não é comercializado no Brasil e de que não há registro junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária" foi rechaçado pela Corte ao seguinte fundamento: "Constitui inafastável dever do Poder Público, previsto no artigo 196 da Carta Magna, o fornecimento, às suas expensas, a pessoas carentes e portadoras de moléstia grave, de medicamentos destinados a assegurar-lhes a continuidade da vida e a preservação da saúde."[340]

Demandas de igual teor se multiplicavam nas diversas unidades da Federação, o que ensejou resposta – algumas mais lentas e outras mais rápidas – das Secretarias de Saúde dos Estados, bem assim do próprio Ministério da Saúde.

---

usina hidrelétrica (ao forçar o deslocamento dos recursos a elas destinados), que podem, respectivamente dar acesso rápido a um hospital ou garantir o funcionamento, neste, de um UTI, e isto para um universo muito maior de pessoas? [...] Como atuar diante do que seja suportável para o Poder Público,por parte de quem desconhece a complexidade do emprego dos recursos públicos, e ao decidir monocraticamente sobre a aplicação produz uma interferência ou uma afetação na boa governança e para a administração, realizando interação com agentes de outros Poderes que foram eleitos para atuar com a discricionariedade possível, diante de recursos limitados e necessidades ilimitadas?"

[340] BRASIL. STF**.** AI 575832, Dj 25 mai. 2007.

No mesmo ano de 2007, o Estado de São Paulo aprovou o "Protocolo para Tratamento dos portadores de Hipertensão Arterial Pulmonar – HAP"[341], que regulamenta o diagnóstico e o tratamento de referida patologia, com o fornecimento dos medicamentos pelas Farmácias Populares.

Outro exemplo paradigmático é o caso "Nair Brito", pedagoga, portadora do vírus HIV, que, 1996, provocou o Judiciário para ter acesso aos coquetéis para tratamento da doença, pelo que logrou o deferimento de medida liminar. Seguiram-se, então, diversas demandas com o mesmo propósito até que, em 13 de novembro de 1996, foi sancionada a Lei n. 9.313, que, em seu artigo 1º, estabelece: "Os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento.".

Na mesma *ratio* se insere a recentíssima política do Governo Federal destinada à disponibilização gratuita de medicamentos para hipertensão e diabetes, ação que se presta a beneficiar milhões de brasileiros, muitos dos quais encontraram no Judiciário sua primeira porta para acesso ás substâncias medicamentosas e outros tantos devem ter perdido suas vidas por força da falta do tratamento.

Resta, portanto, demonstrado, que o papel do Ministério Público, da Advocacia e do Judiciário na construção da dignidade dos indivíduos não deve ser o de eterno caminho para obtenção das prestações positivas, mas o de integrantes de grupos de pressão que, na esteira da realização do Projeto Constitucional, conscientizam o Poder Público de que a solução para os graves problemas que impedem o acesso dos cidadãos ás condições mínimas de subsistência não se encontra no plano processual, mas sim no orçamentário.

As demandas que envolvem o mínimo existencial estão, na maioria das vezes, relacionadas às atividades rotuladas como essenciais do Estado, que "atendem a interesses primários da Administração Pública [...], dentre eles a saúde, a segurança pública, a justiça etc. O Estado nasce exatamente para evitar os conflitos individuais e cuidar daquilo que é importante para a subsistência da sociedade".[342]

---

[341] SÃO PAULO. Resolução SS - 321, de 30-10-2007. Disponível em < http://www.saude.sp.gov.br>. Acesso em: 14 set. 2010.

[342] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 112. Aduz o autor que: "A distinção entre atividades essenciais e instrumentais do Estado, no sentido de que as finalidades identificam atividades-fim, enquanto a estrutura de arrecadação implica mera atividade-meio,ainda subsiste, no direito financeiro, mesmo que possa estar prejudicada diante do plexo de normas que disciplina o direito tributário. É que, por força dos instrumentos tributários,pode-se buscar a identificação de comportamentos desejáveis e imprescindíveis para o Poder Público".

Nessa perspectiva, tais grupos de pressão não devem se limitar a remediar as situações de violação já consolidadas, mas atuar nas diversas frentes de construção do espaço democrático e republicano, obstruindo o acesso ao Poder daqueles que já demonstraram descaso com a coisa pública, bem como exercendo controle mais severo sobre a arrecadação e aplicação de recursos públicos, com o fim de expurgar, na medida do possível, as práticas de corrupção e improbidade que desgastam o Estado e prejudicam a sua atuação.[343]

Do combate prévio aos desvios é que se possibilita a redução da atuação jurisdicional e, por conseguinte, o arrefecimento das questões que envolvem a batalha judicial do mínimo existencial e da reserva do possível, em cujo âmbito, invariavelmente se encontra a subalternização do humano e a negativa da dignidade.

[343] Como anota Marcelo Figueiredo, "Os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito normalmente têm como consequência jurídica também o prejuízo ao erário público. De fato, se o agente público se enriquece ilicitamente à custa do patrimônio público (amplamente considerado), há, logicamente, uma perda, um prejuízo, uma parcela de lá retirada que deverá ser recomposta, sem embargo das demais cominações legais". (SANTOS, Marcelo Fausto Figueiredo. *Probidade Administrativa.* 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 101.). Cumpre observar, todavia, que diversas das práticas ímprobas são escamoteadas e jamais descobertas, pelo que se revela impossibilitada o ressarcimento ao erário.

5 RACIONALIDADE DISCURSIVA E MÍNIMO EXISTENCIAL

5.1 Por uma argumentação jurídica racional

O exame acerca da racionalidade argumentativa das decisões judiciais deve partir de motivação prática, orientada a legitimar a atuação das instâncias jurisdicionais no seu diuturno mister de solucionar os conflitos gestados no ambiente social, sobretudo em questões que envolvem a dignidade dos indivíduos.

Nessa perspectiva, o estudo sobre a construção de discursos de justiça e não dominação impõe incursão, decerto que breve, no campo das teorias da argumentação jurídica, para que se firme posição da importância de cada uma delas, malgrado as mútuas críticas – nítido academicismos, como se demonstrará – na construção de soluções para os casos de violação ao mínimo existencial.

5.1.1 A Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy

Alexy, em sua "Teoria da Argumentação Jurídica: teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica", desenvolve discussão acerca da racionalidade do discurso jurídico, conduzindo um embate acadêmico entre as diversas teorias argumentativas.

Parte, pois, de resolução da Primeira Turma do Tribunal Constitucional Federal, de 14 de fevereiro de 1973, que determinou que as decisões dos juízes deveriam basear-se em "argumentos racionais", para sustentar que: "o que é argumentação racional ou argumentação jurídica racional não é um problema que interessa apenas aos teóricos ou filósofos do Direito. Ela se apresenta com a mesma urgência ao jurista prático e interessa a todo cidadão que seja ativo na arena pública".[344]

---

[344] ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica – A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 5.

Alexy apresenta, inicialmente, o discurso prático na Ética Analítica e os conceitos que distinguem os enunciados, as preposições e as orações normativas, uma vez que "uma teoria sobre fundamentação pressupõe uma teoria da linguagem normativa".[345] Assim, declinando o propósito de afastar teorias metaéticas que se mostram incompatíveis com a teoria do discurso racional, examina a possibilidade de se justificar convicções morais no sentido defendido pelos naturalistas e intuicionistas.

Alexy sustenta a total inaceitabilidade do naturalismo, uma vez que "o discurso moral não pode ser reduzido a um discurso puramente empírico"[346]. De igual sorte, o intuicionismo se mostraria insustentável, notadamente pelo fato de que "diferentes pessoas respondem de modos diferentes à mesma evidência", falecendo a teoria de critérios para "distinguir as corretas das falsas, as autênticas das não-autênticas". Assim, "a teoria tem de prover esses critérios se desejar que sua proposição tenha estabelecido a possibilidade do conhecimento objetivo e da verdade moral no campo da ética. Na ausência desses critérios para escolher entre as alternativas, o intuicionismo chega ao mesmo resultado do subjetivismo ético [...] o intuicionismo [...] é um teoria igualmente insustentável." [347]

Verifica-se, pois, que as teorias naturalista e intuicionista foram, no caso, trazidas à reflexão apenas para serem literalmente dizimadas do campo de exame do discurso racional prático, já que, para Alexy, seus postulados se revelam insustentáveis a esse propósito.

O emotivismo, por sua vez, é apresentado em contraste com as duas correntes anteriores, representando, pois, um novo conceito de linguagem moral. Sustenta Alexy que o emotivismo deve ser diferenciado do subjetivismo, já que, segundo este último, "as proposições normativas não servem para expressar ou evocar, mas antes para descrever sentimentos ou atitudes [...] o subjetivismo é um caso especial de naturalismo".

Causa espécie, todavia, a referência ao pensamento de Stevenson: "a mais impressionante versão do emotivismo, *enriquecida com elementos subjetivos e descritivos*, é aquela defendida por Stevenson. Segundo Stevenson, a função essencial dos juízos morais não é a de referir-se a fatos, mas de influenciar pessoas. 'Em vez de simplesmente descrever os interesses das pessoas, eles o modificam ou intensificam'".[348] (grifou-se).

---

[345] ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica – A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 57.
[346] Ibidem, p. 61.
[347] Ibidem, p. 62.
[348] Ibidem, p. 63.

Stevenson se afasta da corrente subjetivista, enfraquecendo a tese do significado descritivo, que somente é apresentada para demonstrar a criação de definições persuasivas que servem justamente para "influenciar as opiniões mediante a determinação ou mudança do significado descritivo ao mesmo tempo em que preservam o significado emotivo".[349]

Nada obstante, reconhecendo a importância do pensamento emotivista de matiz stevensiana para sua investigação, Alexy esclarece:[350]

> [...] que não é possível falar em argumentos morais válidos ou inválidos, porque os juízos morais não podem ser considerados verdadeiros ou falsos, isto é, não são susceptíveis de verdade. Em relação a isso, pode-se objetar que a questão de se as proposições normativas são susceptíveis de verdade permanece não-decidida. Em especial, *pode-se pensar que a possibilidade de validade de um argumento não depende de que o que se fundamenta seja verdadeiro ou falso, mas que uma proposição seja verdadeira ou falsa depende da possibilidade de validade dos argumentos que a sustentam*. Embora isso torne impossível seguir a teoria de Stevenson, em seus pontos-chave, sua teoria mesmo assim é de considerável importância para o presente trabalho.
> Ela torna claro que a função da linguagem moral é muito mais do que a da mera descrição, como acham tanto o naturalismo quanto o intuicionismo, mas serve (ao menos também) para dirigir e coordenar o comportamento.
> As investigações de Stevenson conduzem ao problema central do presente exame, a questão da existência de regras para distinguir as fundamentações válidas das proposições normativas daquelas inválidas. (grifou-se).

Alexy passa, em seguida, pelos fundamentos da filosofia da linguagem de Wittgenstein e Austin, concentrando especial atenção à teoria dos atos de fala, indicando três motivos que justificam a sua importância para investigação acerca do discurso racional prático: "contém (1) uma precisão do que significa dizer que falar uma língua é uma atividade governada por regras; porque deixa claro que (2) o uso da linguagem normativa não se diferencia, em alguns pontos importantes, da linguagem descritiva; porque oferece (3) um sistema de conceitos básicos cuja utilidade se tornará evidente durante o curso da investigação".[351]

Critica, de igual sorte, as teorias de Hare, Toulmin e Baier sobre a argumentação moral, sustentando que deixam muitos problemas sem solução, todavia, por outro lado, reconhece que elas oferecem indicadores que contribuem para a elaboração de uma teoria do discurso prático racional que é suficientemente forte para servir de base para a teoria da argumentação jurídica.

---

[349] ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica – A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 65.
[350] Ibidem, p. 69.
[351] Ibidem, p. 79.

Conclui Alexy, nessa parte, como que fixando um divisor de águas na sua jornada investigativa, com a apresentação de alguns resultados a que chama de provisórios.[352]

> 1. Ao contrário das proposições do naturalismo e do intuicionismo, a função da linguagem moral não se exaure com a descrição de objetos, propriedades e relações empíricas e não-empíricas.
> 2. O discurso moral é uma atividade regida por regras de tipo próprio, em que se trata do equilíbrio racional de interesses. A mais importante tarefa da teoria do discurso prático racional é a elaboração das regras que governam essa atividade. Para fazer isso, é necessário distinguir entre a descrição e a análise das regras dos jogos de linguagem faticamente existentes e a justificação ou fundamentação dessas regras. A primeira pertence ao âmbito empírico ou analítico de uma teoria do discurso prático; a segunda, à sua parte normativa.
> 3. As regras de argumentação prática devem ser distinguidas das várias formas de argumento.
> 4. Proposições normativas são universalizáveis. Ao lado desse conceito de universalidade há distintas versões do conceito de generalizabilidade.
> 5. A argumentação prática obedece outras regras, por exemplo, que não as da argumentação nas ciências naturais. Isso, contudo, não é motivo para negar o caráter de atividade racional à primeira.

Depois de percorrer diversas teorias no campo da metaética, Alexy parece chegar ao cerne de suas reflexões: "dentre as mais significativas teorias sobre a fundamentalidade das proposições normativas desenvolvidas na língua alemã são a Teoria Consensual da Verdade de Habermas e a Teoria de Deliberação Prática da Escola de Erlangen".

Observa-se, malgrado as contundentes críticas de Alexy ao pensamento de Habermas, a marcante influência habermasiana no arcabouço de regras estabelecidas como orientação à racionalidade do discurso prático alexiano, já que são incorporados fundamentos da ética do discurso desenvolvidos pelo teórico da ação comunicativa.

A aparente objeção que Alexy tenta impor a Habermas não resiste a um exame perfunctório da sua obra. Revela, em verdade, um embate de natureza muito mais acadêmica do que propriamente prático, consoante se verificará mais adiante.

Na mesma linha situam-se as críticas a Chäim Perelman, com a "renúncia ao instrumental analítico moderno" que, segundo sustenta, "afetaria especialmente a investigação sobre as técnicas de argumentação",[353] bem como a suposta obscuridade do conceito de auditório universal.

---

[352] Ibidem, p. 117.

[353] ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica – A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 174.

Alexy, ressalvados o naturalismo e o intuicionismo, reflui para reconhecer instrumentais de importante relevância oferecidos pelas diversas teorias no aparelhamento de sua investigação acerca da racionalidade do discurso prático.

A tese central defendida por Alexy situa o discurso prático jurídico como um caso especial do discurso prático geral, justificado pelo fato de que ambos se orientam ao manejo de questões práticas com pretensão de correção, situando a especialidade do segundo nas condições restritivas estabelecidas pelas leis, pela dogmática e pelos precedentes.

Nesse sentido, Alexy sustenta que as regras que definem o discurso prático geral são distintas, sendo que algumas exigem um cumprimento estrito e outras contêm exigências que só se podem cumprir de forma aproximada.

Veja-se, pois, as regras e formas que resultam das suas investigações:

O primeiro grupo – das regras fundamentais – é posto como condição de possibilidade de qualquer comunicação lingüística em que se trate da verdade ou da correção:

> 1.1 Nenhum falante pode contradizer-se;
> 1.2 Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita.
> 1.3 Todo falante que aplique um predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer objeto igual a A em todos os aspectos relevantes.
> 1.4 Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados.

O segundo grupo – das regras da razão –, que se orienta ao estabelecimento de condições de racionalidade do discurso com foco na fundamentalidade daquilo que se pretende expressar ou nas razões que possam justificar a negativa de fundamentação:

> 2 Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação. (regra geral de fundamentação).
> 2.1Quem pode falar, pode tomar parte no discurso.
> 2.2 Todos podem problematizar qualquer asserção.
> a) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso;
> b) Todos podem expressar suas opiniões, desejos ou necessidades;
> 2.3 A nenhum falante se pode impedir de exercer seus direitos fixados em 2.1 e 2.2, mediante coerção interna ou externa ao discurso.

O terceiro grupo – das regras sobre a carga da argumentação –, que pretende regular a extensão e a distribuição da carga de argumentação ou da fundamentação. No particular, Alexy refere-se exatamente ao princípio da inércia de Perelman:

> 3.1 Quem pretende tratar uma pessoa A de maneira diferente de uma pessoa B está obrigado a fundamentá-lo.
> 3.2 Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão, deve dar uma razão para isso.
> 3.3 Quem aduziu um argumento, está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos.
> 3.4 Quem introduziu no discurso uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades que não se apresentem como argumento a uma manifestação anterior, tem, se lhes for pedido, de fundamentar por que essa manifestação foi introduzida na afirmação.

O quarto grupo não constitui exatamente regras, mas sim formas de argumento características do discurso prático, cujo objeto imediato são as proposições normativas singulares (N). Assim, para Alexy, existem duas maneiras principais de fundamentar essas proposições:

> 4.1 Toma-se como referência uma regra (R) pressuposta como válida.
> 4.2 Assinalam-se as consequências (F) de seguir no imperativo implicando N.

Nesse ponto, Alexy incorpora o pensamento de Hare, segundo o qual nenhum imperativo pode seguir de proposições puramente descritivas. Tampouco podem as valorações ser deduzidas delas. Valorações implicam imperativos. Se as valorações pudessem ser deduzidas de proposições descritivas, então os imperativos também seriam igualmente dedutíveis. A tese do prescritivismo conduz a que "não pode haver uma dedução lógica de juízos morais a partir de afirmações sobre fatos". [354]

Portanto, para que uma regra seja utilizada em uma fundamentação faz-se necessário que condições de aplicação dessa regra sejam cumpridas. Condições estas que "podem ser características de uma pessoa, de uma ação ou de um objeto, a existência de um determinado estado de coisas ou o que ocorre após um determinado acontecimento. [...] Isto significa que quem aduz uma regra como razão pressupõe como verdadeiro um enunciado (*T*) que descreve tais características, estado de coisas ou acontecimentos". [355]

Sustenta, ainda com Hare, que "quem apresenta como razão para *N* uma asserção sobre conseqüências pressupõe uma regra que expressa que a produção destas consequências é obrigatória ou é boa".

Distingue, pois, as seguintes formas de argumento:

---

[354] ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica – A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 81

[355] Ibidem, p. 199.

Forma geral: G R. ----- N.

As subformas que decorrem da forma geral, em primeiro nível:

4.1 T R ----- N	4.2 F R ----- N

Estabelece, posteriormente, formas de argumento de segundo nível que também decorrem da forma geral, discorrendo, de igual sorte, acerca das regras de prioridade, que se destinam a prescrever as preferências que determinadas regras possuem sobre as demais.[356]

O quinto grupo – das regras de fundamentação –, por sua vez, considera que as formas expostas no grupo anterior permitem justificar qualquer proposição normativa e qualquer regra, devendo-se continuar a buscar regras para as fundamentações efetuadas com estas formas.

No caso, Alexy cria uma divisão, para fixar no primeiro subgrupo variantes do princípio generalizante, invocando, para tanto, Hare, Habermas e Baier:

> 5.1.1 Quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas, deve poder aceitar as conseqüências de dita regra também no caso hipotético de ele se encontrar na situação daquelas pessoas.
> 5.1.2 As conseqüências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem ser aceitas por todos.
> 5.1.3 Toda regra deve ser ensinada de forma aberta e geral.

O segundo subgrupo se orienta à resistência das regras morais frente à comprovação da sua gênese histórico-crítica, bem como da sua formação histórica, tornando-se, pois, possível criticar as regras que surgem no processo de desenvolvimento dos correspondentes sistemas e que determinam o raciocínio prático:

> 5.2.1 As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua gênese histórico-crítica. Uma regra moral não resiste a tal comprovação: a) se originariamente se pudesse justificar racionalmente, mas perdeu depois a sua justificação, ou b) se originariamente não se pôde

[356] Ibidem, p. 200-202.

justificar racionalmente e não se podem apresentar também novas razões suficientes.

5.2.2 As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua formação histórica individual. Uma regra moral não resiste a tal comprovação se se estabeleceu com base apenas em condições de socialização não justificáveis.

A última regra objetiva estabelecer a necessidade de que seja alcançada a finalidade do discurso na diretiva da resolução de questões práticas realmente existentes:

5.3 Devem ser respeitados os limites de realizabilidade faticamente dados.

Por fim, o sexto grupo – das regras de transição –, que permite que se passe a outras formas de discurso, sempre que os problemas surgidos no âmbito dos discursos práticos não possam ser resolvidos com os meios da argumentação prática:

6.1 Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso teórico (empírico);
6.2 Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de análise da linguagem;
6.3 Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de teoria do discurso.

Esse exame superficial das regras do discurso prático desenvolvidas por Alexy serve para rechaçar algumas críticas lançadas do decorrer de sua obra, já que, como ele próprio admite: "o seguimento das regras que se indicaram e a utilização das formas de argumento que se descreveram aumentam certamente a probabilidade de alcançar um acordo racional nas questões práticas, *mas não garantem que se possa obter um acordo para cada questão, nem que qualquer acordo alcançado seja definitivo e irrevogável*. [357] (grifou-se). O que faz seu pensamento convergir com a Tópica, com a Teoria da Argumentação de Perelman, com a Teoria Consensual da Verdade de Habermas, com a Teoria dos Atos de Fala de Austin[358], dentre outras.

---

[357] ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica – A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 207.

[358] No particular, sobreleva a crítica acerca de uma suposta problematicidade no significado de ato locucionário. Todavia, o que se percebe é uma total integração na teoria alexiana das dimensões estabelecidas por Austin – vale dizer, aquela "relativa ao ato ilocucionário, de ter êxito ou fracassar e a relativa ao ato locucionário, de verdade ou falsidade". (ver ALEXY, Robert. op. cit, p.78).

Forçoso reconhecer, pois, que as divergências doutrinárias não passam de meros academicismos, já que o objetivo de Alexy com as regras do discurso é a busca da correção e de critérios de racionalidade. Isto não significa nada mais do que o estabelecimento de condições ideais a serem perseguidas – não se garantindo, todavia, que serão atingidas.

5.1.2 A Teoria da Argumentação de Chäim Perelman

A essencialidade argumentativa representa também ponto central no pensamento de Chäim Perelman, sobrelevando em sua teoria o conceito de auditório universal, que converge exatamente para o estabelecimento da verdade como um consenso, sendo que, para Perelman, pode-se distinguir três elementos – o discurso, o orador e o auditório -, representando o acordo de um auditório universal, não é uma questão de fato, mas de direito:

> Uma argumentação dirigida a um auditório universal deve convencer o leitor do caráter coercitivo das razões fornecidas, de sua evidência, de sua validade intertemporal e absoluta, independente de contingências locais ou históricas. "A verdade", diz-nos Kant, "repousa no acordo com o objeto e, por conseguinte, com a relação a tal objeto, os juízos de qualquer entendimento devem estar de acordo." Toda crença objetiva pode comunicar-se, pois é "válida para a razão de todo homem". Apenas uma asserção assim pode ser afirmada, ou seja, expressa "como um juízo necessariamente válido para todos". [359]

O exame das premissas da argumentação considera o que deve ser aceito como ponto de partida de raciocínios. Assim, Perelman distingue os fatos, as verdades e as presunções como objetos caracterizados pelo acordo do auditório universal. Falam-se em fatos para designar objetos de acordo precisos, limitados; designam-se como verdades sistemas mais complexos, relativos a ligações entre fatos, que se trate de teorias científicas ou de concepções filosóficas ou religiosas que transcendem a experiência. Já as presunções, diversamente dos fatos das verdades, necessitam de reforço para que se opere a adesão do auditório. [360]

Paulo Mendonça sustenta que: "no que se refere ao auditório, cabe destacar que Perelman o trata a partir de um prisma simbólico. Não se trata de um auditório fisicamente

---

[359] PERELMAN, Chäim. *Tratado da argumentação – A nova retórica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 35.
[360] Ibidem, p. 75-79.

considerado, constituído a partir de um discurso oralmente apresentado a um grupo de pessoas, mas de uma concepção ideal, que, para Perelman, forma o denominado auditório universal". [361]

Perelman estabelece a dicotomia, processos de ligação e processo de dissociação – que decorrem da natureza da fundamentação correlacionada ao argumento –, sustentando que "as duas técnicas são complementares e sempre operam conjuntamente": [362]

> Entendemos por processos de ligação esquemas que aproximam elementos distintos e permitem estabelecer entre estes uma solidariedade que visa, seja estruturá-los, seja valorizá-los positiva ou negativamente um pelo outro. Entendemos por processos de dissociação técnicas de ruptura com o objetivo de dissociar, de separar, de desunir elementos considerados um todo, ou pelo menos um conjunto solidário dentro de um mesmo sistema de pensamento. A dissociação terá o efeito de modificar tal sistema ao modificar algumas das noções que constituem suas peças mestras. É por isso que esses processos de dissociação são característicos de todo pensamento filosófico original. [363]

Formula, em linhas gerais, o seguinte esquema de argumentos:

a. Argumentos de ligação ou de associação
    i. Argumentos quase-lógicos
        1. Contradição e incompatibilidade
        2. Identidade
    ii. Argumentos baseados na estrutura do real
    iii. Argumentos que fundamentam a estrutura do real
b. Dissociação de noções

Os argumentos quase-lógicos são assim definidos pelo fato de que parecem ser lógicos, todavia, não o são. Realiza-se uma operação de redução que pode ser comparada a uma estrutura lógico-formal. Neste grupo, a contradição pode ser identificada como uma colisão de asserções ou uma incorreta explicação de possibilidades que se revelam incompatíveis. Perelman sustenta que como as incompatibilidades não são formais, mas só existem com relação a certas situações, podem ser adotadas três atitudes no modo de tratar os problemas. A primeira seria a lógica – em que preocupa, de antemão, resolver todas as dificuldades; a segunda seria a do homem prático – que só resolve os problemas à medida que

---

[361] MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 228.
[362] PERELMAN, Chäim. op. cit, p. 215.
[363] PERELMAN, Chäim. *Tratado da argumentação – A nova retórica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 35.

eles vão se apresentando; e a terceira, a diplomática- em que se inventam procedimentos para evitar que a incompatibilidade apareça.[364]

No âmbito dos argumentos quase-lógicos das incompatibilidades, a *retorção* se apresenta como um argumento que "tende a mostrar que o ato empregado para atacar uma regra é incompatível com o princípio que sustenta esse ataque".[365] Por sua vez, o *ridículo* representa uma "sanção da transgressão de uma regra aceita (...) Uma afirmação é ridícula quando entra em conflito, sem justificação, com uma opinião aceita. Fica de imediato ridículo aquele que peca contra a lógica ou se engana no enunciado dos fatos".[366] A *ironia,* a seu turno, apresenta-se quando "quer-se dar a entender o contrário do que se diz", em geral trata-se de um procedimento argumentativo de defesa, porquanto se pressupõe-se que se conhece a opinião do orador e, por meio da ironia, buscar-se-á colocá-lo em situação complicada.

Já em relação ao argumento quase-lógico da espécie *identidade*, Perelman esclarece que:

> Todo uso de conceitos, toda aplicação de uma classificação, todo recurso à indução implica uma redução de certos elementos ao que neles há de idêntico ou intercambiável; mas só qualificaremos essa redução de quase-lógica quando essa identificação de seres, de acontecimentos ou de conceitos não for considerada nem totalmente arbitrária, nem evidente, isto é, quando ela dá ou pode dar azo a uma justificação argumentativa.[367] (grifou-se).

A identidade representa, por exemplo, realizar a redução dos aspectos de determinadas coisas a uma categoria, desprezando outras características que as diferenciam, estabelecendo certa analiticidade. Pode-se, de igual sorte, considerar *analítica* a igualdade entre as expressões declaradas sinônimas – *v.g*. "a floresta é muito densa" equivale a "as árvores dessa região são muito próximas umas das outras".[368] A *regra de justiça* também é um argumento de identidade a partir do qual se estabelece que a mesma regra deve ser aplicada a pessoas que estejam na mesma situação – permite, por exemplo, a utilização do precedente como argumento quase-lógico. Neste mesmo âmbito da identidade, "a acusação de *tautologia* equivale a apresentar uma afirmação como resultado de uma definição, de uma convenção puramente linguística, que nada nos ensina no tocante às ligações empíricas que um fenômeno pode ter com outro".[369]

---

[364] Ibidem, p. 228-229.
[365] PERELMAN, Chäim. *Tratado da argumentação – A nova retórica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 231.
[366] Ibidem, p. 233.
[367] Ibidem, p. 238
[368] Ibidem, p. 244.
[369] Ibidem, p. 245.

Por sua vez, os *argumentos de reciprocidade* visam aplicar o mesmo tratamento a duas situações correspondentes, mas que não são idênticas.[370] Já os *argumentos de transitividade* permitem "passar de uma afirmação de que existe a mesma relação entre os termos *a* e *b* e entre os termos *b* e *c*: as relações de igualdade, de superioridade, de inclusão, de ascendência são relações transitivas" [371] – trata-se, pois, de uma redução (se A é superior a B e B é superior a C, então A é superior a C). É quase-lógico.

A seu turno, a *inclusão da parte no todo* permite a redução de que "o que vale para o todo vale para a parte" e a *divisão do todo em partes* enseja a concepção do todo como a soma de suas partes.[372] Segue-se, ainda, uma série de outras espécies, tais como os argumentos por comparação e pelo sacrifício.

Ingressando na categoria dos argumentos baseados na estrutura do real verifica-se que, diversamente dos anteriores, que possuem pretensão de validade em virtude do seu aspecto lógico formal, estes procuram estabelecer uma relação entre juízos admitidos e outros que se procura promover.[373] "São organizados a partir do estabelecimento de conexões entre a tese apresentada e a experiência do auditório. [...] não se parte da vivência do auditório para moldar a argumentação e sim de certos padrões previamente estabelecidos, que serão passados do auditório como os mais adequados.[374]

Finalmente, os argumentos construídos a partir de *dissociação de noções.* No particular, esclarece a distinção entre *ruptura de ligação e dissociação de noções,* asseverando que, a primeira, "consiste em afirmar que são indevidamente associados elementos que deveriam ficar separados e independentes"; já a segunda "pressupõe a unidade dos elementos confundidos no seio de uma mesma concepção, designados por uma mesma noção". Assim, a "dissociação de noções determina um remanejamento mais ou menos profundo dos dados conceituais que servem de fundamento para a argumentação. Já não se trata, nesse caso, de cortar os fios que amarram elementos isolados, mas de modificar a própria estrutura destes".[375]

---

[370] PERELMAN, Chäim. *Tratado da argumentação – A nova retórica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 250.
[371] Ibidem, p. 257.
[372] Ibidem, p. 262-265.
[373] Ibidem, p. 297.
[374] MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, op. cit, p. 232-233.
[375] PERELMAN, Chäim. op. cit, p. 468.

Esclarece Paulo Mendonça: "o que se pretende é exatamente separar fatos, conceitos ou valores pela via da argumentação, exaltando as diferenças entre eles e minimizando os pontos em comum" [376].

O exame do pensamento de Alexy e de Perelman conduz à conclusão na diretiva da inegável complementação de conceitos, que terminam por fortalecer a pretensão de correção no âmbito do discurso racional prático.

5.1.3 A natureza academicista das múltiplas e mútuas objeções

Impõe-se inaugurar este tópico para examinar, ainda que perfunctoriamente, a natureza absolutamente academicista das supostas divergências teóricas que permeiam a discussão acerca da racionalidade no âmbito do discurso.

Alexy sustenta que os argumentos não são predeterminados; que a atividade de correção do discurso é, de fato, uma atividade lingüística; que o discurso é prático e que as afirmações são normativas. O que se busca, pois, são critérios de racionalidade, de uma forma concreta e orientada a uma necessária realizabilidade, como fixado no quinto grupo de regras por ele concebido. Persegue-se, portanto, a correção.

Essas conclusões e o cotejo entre as diversas teorias orientadas à racionalidade do discurso revelam, todavia, exatamente na linha das reflexões empreendidas por Saulo Casali,[377] que muito mais do que as divergências noticiadas, exsurge, em verdade, uma total congruência e compatibilidade entre diversos conceitos.

Maior exemplo desse fato é o número significativo de críticas direcionadas por Alexy a Habermas, as quais, com já sustentado, não resistem ao perfunctório exame no âmbito da sua própria teoria.

Alexy, ao criticar a teoria consensual, chega a afirmar, "que o acordo de todos é inatingível, visto que os que morreram até o momento não podem mais participar da conversação e não está determinado em que sentido se teriam pronunciado".[378] Todavia, ele

---

[376] MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 235.

[377] Aulas ministradas no âmbito da Disciplina Hermenêutica Jurídica no Mestrado em Direito Público da Universidade Federal da Bahia – 2009.1.

[378] ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica – A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 127.

próprio destaca que Habermas pressupõe a situação ideal de fala "quando não pode ser impedida nem por fatores contingentes externos, nem por coações internas da própria estrutura de comunicação".[379] Portanto, resta nítido que o acordo de todos e a situação ideal de fala constituem pretensões orientadas à correção do discurso.

De idêntica natureza academicista se mostra a crítica de Alexy a Perelman: "o maior problema desta análise consiste na renúncia a utilizar instrumental da filosofia analítica [...] que deveria ter-se distinguido, por exemplo, entre juízos simples (atômicos) e compostos (moleculares), singulares e gerais, de valor e de dever".[380] Aduz, ainda, que "a diferença entre os argumentos que se baseiam na estrutura do real e os que a fundamentam não é clara" e que "a obscuridade do conceito de auditório universal" é um dos pontos frágeis da teoria. [381]

Tais críticas, todavia, não se sustentam, já que, como já se verificou no exame da teoria perelmaniana, além de não haver qualquer obscuridade no conceito de auditório universal, a distinção entre os argumentos que se baseiam na estrutura do real e aqueles que a fundamentam se apresenta clara e viável.

Por outro lado, a Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy também é alvo de críticas que também se revelam insubsistentes, tais como aquelas lançadas por Atienza:

> de acordo com Alexy, a pretensão de correção ocorre em todos os tipos de argumentação jurídica de que se falou. Contudo, me parece que as coisas não são exatamente assim; na verdade a ambiguidade atinge em cheio a segunda parte de sua tese, pois a especificidade da argumentação jurídica – as deficiências de racionalidade que ela suscita – varia a cada tipo de argumentação, e isso é algo que não é suficientemente enfatizado em por Alexy. [382]

Ocorre, todavia, que a pretensão de correção que Alexy persegue com as regras do discurso prático geral e do discurso prático jurídico é, obviamente, condicionada à observância dessas mesmas regras – que, advirta-se, objetivam justamente viabilizar a racionalidade do discurso. Assim, Alexy oferece um procedimento a ser observado com pretensão de correção, não se podendo confundir com a ocorrência de absoluta correção. Se há, como afirma Atienza, "deficiências de racionalidade" (e advirta-se, a própria natureza falível do ser humano afasta a possibilidade de uma racionalidade sem qualquer deficiência), forçoso reconhecer que a correção pretendida não será atingida em sua totalidade.

---

[379] Ibidem, p. 134.
[380] Ibidem, p. 174.
[381] Ibidem, p. 179.
[382] ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica***. 3.** ed. Sdão Paulo: Landy, 2003, p. 196.

Paulo Mendonça também nos apresenta mais um desses embates: "a crítica de Canaris à Tópica de Viehweg funda-se em uma visão completamente abstrata da atividade jurídica. O mito da assistematicidade da tópica já foi devidamente afastado nesta obra [383], o que faz com que a grande premissa do debate de Canaris com a tópica fique bastante comprometida". [384]

Tais críticas chegam ao seguinte ponto:

> Quando se pergunta o que pode prestar a tópica dentro da Ciência do Direito, torna-se de antemão claro que ela é impraticável na medida em que se ligue à retórica; pois o indagar pelo justo não é nenhum problema de pura retórica, por muito que sempre se possa alargar também esse conceito. Que, apesar disso, VIEHWEG não tenha tomado claramente posição, mas antes, pelo contrário, também queira, de modo patente, utilizar também esta componente da tópica para a sua análise da Ciência do Direito é um lapso pesado e prejudicou gravemente a discussão em torno da sua tese; uma afirmação como a "de que as premissas fundamentais são legitimadas através da aceitação do parceiro na conversa", pode, na verdade, ajustar-se a determinadas formas de discussão, mas é, dentro da Ciência do Direito, puramente inaceitável: as premissas são fundamentalmente determinadas para os juristas através do Direito objetivo, em especial através da lei e não são susceptíveis de uma "legitimação" por via do "parceiro na conversa" (qual?!), nem disso carecem. [385]

A aceitação pode ser compreendida à luz do consenso acerca do que, dentro do arcabouço jurídico-objetivo, deve ou não-deve ser aplicado ao caso concreto. Forçoso reconhecer, pois, que essa "legitimação" do "parceiro na conversa" não se apresenta incompatível com as premissas que devem ser extraídas do Direito Objetivo.

Com idêntica *ratio* situa-se a objeção lançada por Boaventura Santos à retórica, notadamente no que diz com a relação orador-auditório, pelo que entende necessário o estabelecimento do que denomina de "novíssima retórica": "A dimensão dialógica é, porém, reduzida ao mínimo indispensável e só se admite por ser necessária para influenciar o

---

[383] Refere-se Paulo Mendonça ao item 4.4.1, em que enfrenta um dos mitos: "sistema jurídico e tópica não são harmonizáveis". No particular, à objeção de Canaris de que seria "absolutamente contraditório falar em um 'sistema tópico'" (MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 244), Paulo Mendonça sustenta que "O sistema jurídico concebido de forma dissociada de seus vínculos históricos leva justamente à conclusão equivocada de que o raciocínio tópico não é harmonizável com a própria idéia de sistema" (Ibidem, p. 246).

[384] Ibidem, p. 261.

[385] CANARIS, Claus-Wilhelm**.** *Pensamento Sistemático e o Conceito de Sistema na Ciência do Direito***.** 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2008, p. 255.

auditório. Por outras palavras, a relação entre o orador e o auditório tem algumas semelhanças com a relação entre sujeito e objeto". [386]

O que se percebe, em verdade, é que existe uma profunda interação entre as diversas teorias. Antes de colidirem, seus conceitos se complementam nessa árdua tarefa de encontrar um ponto aceitável de correção no âmbito do discurso prático.

Portanto, a observação – que não pode ser chamada de crítica – possível de se depreender de todas as objeções lançadas seria a da falta de completude de qualquer dessas teorias. Não se percebe uma suposta insubsistência ou inaplicabilidade de propostas (a não ser as que violam a própria natureza das coisas), já que, como se verificou, ao fim e ao cabo, objeções lançadas terminam por incorporar a formulação teórica do próprio criticado.

Assim é que, no campo da argumentação jurídica, as possibilidades são vastas, pelo que os mesmos fundamentos podem servir para que se chegue a conclusões diversas. Além da argumentação racional, que pretende tornar o discurso compreensível, os valores que sustentam as concepções de vida daquele que argumenta é que orientará a construção do discurso.

Nesses termos, a especialização do Juiz é algo absolutamente imprescindível para que a prestação jurisdicional seja hígida e se preste a atender ao papel de realização do programa constitucional. O domínio das regras do discurso, das técnicas argumentativas, bem como da compreensão do que, em essência, representam os graves problemas sociais que impedem o acesso ao mínimo existencial, constituem condições inelutáveis para a construção de soluções que privilegiem a dignidade.

---

[386] SANTOS**,** Boaventura de Souza. *Crítica da Razão Indolente – Contra o desperdício da experiência.* 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007, p. 105.

6 DIMENSÕES DO MÍNIMO EXISTENCIAL E A ATUAÇÃO JURISDICIONAL NA PRESERVAÇÃO DA ESSÊNCIA DA REPÚBLICA

A garantia do direito ao mínimo existencial jamais poderá ser alcançada se a atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público centrar-se no combate às conseqüências de sua violação, limitando-se a moverem-se diante das provocações individuais decorrentes do descumprimento do programa constitucional perpetrado pelo Legislativo e pelo Executivo.

O mínimo existencial não deve guardar relação de exclusividade com qualquer categoria de direitos e, como examinado, também não se confunde com o núcleo essencial; antes consubstancia, em essência, conjunto de condições mínimas que garantem o ingresso do ser humano no campo da dignidade. Por isto mesmo, insusceptível de definição apriorística.

Dessa forma é que se defende a antecipação e intensificação de ações que afastem do trato com a coisa pública condutas que representem perigo à missão estatal de proteção e garantia ao mínimo existencial, passo primogênito na construção de ambiência digna e apta a viabilizar a construção da felicidade possível, empresa que se forma a partir da vontade de cada membro da sociedade, considerada a presença de respeito à sua dignidade.

Assim, as dimensões do mínimo existencial relacionam-se com a missão primordial do Estado de preservação dos membros da comunidade no patamar mínimo de dignidade, prevenindo desvios de conduta que, ao ilegitimamente privilegiarem alguns poucos, terminam por projetar para fora dos braços da dignidade um sem número de indivíduos.

A visão apaixonada e romântica da comunidade de irmãos, do altruísmo, da solidariedade, não se presta a solucionar as graves mazelas que assolam a sociedade contemporânea, marcadamente individualista e tecnicista. É preciso que a compreensão racional das diversas dimensões do mínimo existencial seja trasladada aos discursos jurídicos, de forma a impedir, nas origens das ações estatais, o surgimento dos embriões de fatos que seguramente obstruirão a missão do Estado, especialmente no campo da correta aplicação dos recursos.

Com essa ótica é que se chega ao presente capítulo, pretendendo-se demonstrar que a construção do discurso racional de dignidade e não dominação é condição da atuação do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Advocacia privada, no sentido de retornar a ação dos demais poderes aos trilhos que reconduzem o Estado ao caminho da preservação social.

Vale dizer, a condução da discussão em torno do mínimo existencial para o campo coletivo, bem como a intensificação das ações de fiscalização orçamentária e controle de acesso aos cargos públicos eletivos são posturas que devem marcar a atuação do atores que digladiam no campo de defesa dos excluídos, o que demanda a construção de discursos jurídicos cada vez mais centrados em argumentos racionais; afastado o subjetivismo que marca as pré-compreensões ilegítimas e que maculam a aplicação da proporcionalidade e da ponderação.

6.1 Atuação jurisdicional na formação da representação republicana

As possibilidades de violação ao mínimo existencial, malgrado identificadas de forma preponderante na atuação (ou ausência de atuação) do Estado no campo do preenchimento das necessidades básicas do povo, são explicitamente identificáveis (e, portanto, possível de ser minimizadas) durante o processo eleitoral, oportunidade em que os pretensos candidatos aos cargos eletivos submetem a sua vontade à aprovação popular.

Ao se tratar do Estado republicano restou delineado que a representatividade e a eletividade constituem características indissociáveis, que devem ser observadas de maneira a respeitar a essência do republicanismo, qual seja o respeito à coisa pública e à dignidade dos cidadãos.

Quando François Perroux afirma que "Se o Estado moderno costuma ter um rosto feio, é porque, em larga medida, as sociedades cujo esforço de reunião ele expressa não têm grandeza de generosidade" [387], há que se compreender que este "rosto feio" tem sua eventual formação iniciada no processo eleitoral, já que a ausência de "grandeza de generosidade" no bojo dos sentimentos que movem os candidatos à representação os distancia dos reais fins do republicanismo.

Ser representante do povo no Estado republicano significa, antes de tudo, doação da individualidade em benefício do bem comum.

Nesse sentido, é de se indagar: o que exigir daquele que pretende representar o povo, seja para integrar qualquer das casas legislativas, seja para comandar as políticas públicas orientadas à preservação do ser social?

---

[387] BURDEAU, Georges. *O Estado.* São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 37.

A resposta não se apresenta como das mais simples, já que a característica ideal aos indivíduos que pretendem exercer a representação no âmbito da República revela-se algo inalcançável para as possibilidades humanas, mormente pela crise de moralidade que atinge de forma cada vez mais intensa a frágil estrutura da vida coletiva, fazendo com que o individualismo sobreponha-se ao coletivismo.

O mínimo é preciso se exigir. E esse mínimo nada mais é do que a existência de consciência acerca de que o esforço da representação pressupõe atuação objetiva tendente à redução das graves desigualdades sociais, o que pressupõe a humanização da política.

O problema exsurge na indagação acerca da possibilidade de se garantir a existência de qualidades ideais para a representação política.

No caso, a resposta é simples: não é possível.

Nada obstante, malgrado não se possa garantir que a representação popular estará imune de práticas violadoras da República e do Estado Democrático de Direito, é possível perceber que determinado indivíduo representa séria ameaça a tais instituições, o que deve ensejar o seu afastamento ou a mantença do seu afastamento da *res publica.*

Essa providência decorre do "mais longo período de estabilidade institucional da história republicana nacional", propiciada pela ordem jurídica inaugurada pela Constituição de 1988[388], que permitiu descortinar e combater práticas – perpetradas justamente por aqueles a quem se confiou a coisa pública – que vilipendiam as bases do Estado e comprometem sobremaneira a sua capacidade de prestar.

Em atualização ao rol exposto por Barroso, cumpre relembrar o episódio que culminou com verdadeira cassação em série de mandatos eletivos, que, pela vez primeira na história da República, atingiu toda a linha sucessória e de substituição do Executivo do Distrito Federal – e, por isso mesmo, ensejou Representação Interventiva proposta pelo Procurador Geral da República por violação a princípios sensíveis –, em cujo âmbito recursos públicos foram desviados para "bolsos" de particulares, enquanto a população sofria, e segue sofrendo, nas filas dos postos de saúde pública.

---

[388] Luis Roberto Barroso, ao referir à "estabilidade institucional" firmada pelo Texto de 1988, destaca que: "Ao longo de sua vigência, destituiu-se por impeachment um Presidente da República, houve um grave escândalo envolvendo a Comissão de Orçamento da Câmara dos Deputados, foram afastados Senadores importantes no esquema de poder da República, foi eleito um Presidente de oposição e do Partido dos Trabalhadores, surgiram denúncias estridentes envolvendo esquemas de financiamento eleitoral e de vantagens para parlamentares, em meio a outros episódios". (BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.* In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Constituição e Crise Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.).

Nessa perspectiva é que se encontram diversos instrumentos que, sob o comando da Constituição, são vazados em leis infraconstitucionais, tal como é a recentíssima Lei n. 135/2010, denominada "Lei da Ficha Limpa", decorrente de iniciativa legislativa popular, que, como sustenta Silva Neto, "dos instrumentos de democracia semidireta [...] aquele mais apto à preservação da vontade do povo, mais ainda se constatado ser a única modalidade dependente apenas do desígnio do cidadão" [389],

A Lei da "Ficha Limpa", portanto, traz nos seus dispositivos verdadeiro arsenal destinado a promover o afastamento – decerto que temporário – do cenário político daqueles que, de alguma forma, agiram com desrespeito à coisa pública, provocando, pois, lesão, direta ou indireta, a direitos que, via de regra, integram o mínimo existencial.

Admitir a possibilidade de investidura em cargo eletivo daquele que já demonstrou o seu descaso com a coisa pública – que se materializa, na maioria das vezes, no desvio de recursos públicos para satisfazer desejos individuais ou de grupos específicos, de todo ilegítimos – é o mesmo que autorizar por meio da democracia a subjugação daqueles que se situam à margem dos direitos mínimos. E não basta proteger os mais frágeis; é preciso conter os mais fortes, já que, como afirmou Carlos Ayres Brito, "ao direito muitas vezes não basta levantar cercas em volta das ovelhas. É preciso gradear a toca dos lobos". [390]

É de clareza solar a estreita relação entre o mínimo existencial, a eletividade e a representação.

Se a função precípua do Estado é viabilizar a busca da felicidade para seu povo, tal desiderato somente pode ser alcançado a partir da investidura legítima e ética daqueles que se arvoram a representar os interesses da sociedade no exercício dos cargos públicos eletivos.

A primeira missão do representante do povo, seja administrador ou legislador, é a de preservar o patrimônio público e promover a destinação de recursos para o preenchimento de necessidades básicas que viabilizem a subsistência digna – vale dizer, prover os indivíduos dos meios aptos à construção de uma sociedade livre e igual.

---

[389] SILVA NETO, Manoel Jorge da. *O Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional*. São Paulo: LTr, 1999, p. 69.

[390] Em voto proferido no julgamento do registro de candidatura de Joaquim Roriz. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/OpiniaoPublica/inc/senamidia/notSenamidia.asp?ud=20100923&datNoticia=20100923&codNoticia=463300&nomeOrgao=&nomeJornal=Correio+Braziliense&codOrgao=47&tipPagina=1>. Acesso em: 15 jan. 2011.

Assim, como esperar que determinado indivíduo represente, de fato, os interesses da sociedade se os motivos que o levaram a optar pela representação possuem lastro precipuamente individualista? Se a busca é, na verdade, pela sua felicidade individual (e, evidentemente, dos seus entes queridos) e não pela construção de meios que viabilizem a felicidade de seus representados, como esperar que o Estado cumpra a sua missão primeira?

Deveras, em uma sociedade marcada pelas diferenças como é a sociedade brasileira, em que se observam indivíduos sobrevivendo à margem do acesso a bens que integram o núcleo básico da dignidade, impõe-se reconhecer que o desvio de finalidade da máquina pública atinge em primeiro lugar as classes mais desfavorecidas, uma vez que o sofrimento que decorre da ausência do mínimo necessário à subsistência não pode ser sequer comparado com eventual angustia gerada pela inacessibilidade de direitos de outra natureza.

Os desmandos perpetrados no manejo dos recursos públicos ensejam a negação de direitos, fato que constitui uma das causas da intensa e crescente provocação do Poder Judiciário para corrigir tais distorções. Ocorre, como já se destacou, o Poder Judiciário não possui vocação para interferir em questões que tocam as políticas públicas, pelo menos naqueles casos em que faz necessário exame orçamentário.

Por sua vez, em casos isolados e específicos a intervenção do Poder Judiciário é compreendida e esperada, todavia, não se pode conviver em um Estado em que a ausência de atuação dos outras duas instâncias de Poder torne recorrente e "normal" a intervenção do Poder Judiciário no desenvolvimento diário das atividades legislativas e executivas.

Como se costuma afirmar, o Judiciário é a última trincheira do Cidadão. Entretanto, o acesso a essa última instância deve ser tomado pela exceção e não pela regra, já que o conflito não deve ser a tônica do convício social, mesmo que se admita viver em uma sociedade conflituosa.

Por essa razão, a formação moral dos representantes do povo, seu compromisso com a *res publica* e, por conseqüência, com as graves demandas sociais, é condição *sine qua non*, para que o Estado possa promover as prestações materiais aos cidadãos, notadamente aquelas que se inserem no núcleo mínimo da dignidade.

Nessa perspectiva, impõe-se relacionar em caráter meramente exemplificativo, já que não se objetiva empreender exame minudente, hipóteses extraídas da Lei Complementar n. 64/1990, com alterações incorporadas pela Lei Complementar 135/2010, em que se revela absoluto perigo à efetividade do direito ao mínimo existencial reconduzir a cargo público aqueles indivíduos que já demonstraram ausência de idoneidade para o trato com a coisa pública.

> ➢ os que tiverem *suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa,* e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição; (grifou-se).
>
> ➢ os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que *beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político*, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes; (grifou-se).
>
> ➢ o Presidente da República, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa, das Câmaras Municipais, que *renunciarem a seus mandatos* desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura. (grifou-se).

A perpetração de atos de improbidade administrativa por indivíduos que foram sufragados nas urnas revela absoluta ausência de moralidade mínima, bem assim flagrante quebra da confiança depositada pelo eleitor.

Como ensina Marcelo Figueiredo

> Em todos os tempos, em toda sociedade, há um mínimo de moralidade que não pode ser violado pelo indivíduo. Não se requer que ele seja *puro*, mas que seja *honesto*. O direito não cogita de 'santos', mas – como escreve Barassi – 'não pode dar mão forte a uma situação ou um fato que sejam imorais'. De modo que, em resumo, haverá improbidade em todo ato que ofenda aquelas normas de moral, que, em determinado meio e em determinado momento, a sociedade não tolera sejam violadas. É uma noção *relativa*, já que 'moralidade' varia no espaço e no tempo. Mais do que em qualquer outro caso, se aplica, na configuração da improbidade, na noção de standard jurídico, que é 'processo pelo qual se prescreve ao juiz que tome em consideração o tipo médio de conduta social correta, para a categoria determinada de atos que se trata de julgar'[391]

[391] SANTOS, Marcelo Fausto Figueiredo. *O Controle da Moralidade na Constituição.* São Paulo: Malheiros, 2003, p. 50-51. Outrossim, esclarece Figueiredo: "O núcleo fundamental da improbidade [...] concerne à violação do princípio ético que deve presidir as relações jurídicas estabelecidas no desempenho de atividades estatais (públicas) ou equiparadas. [...] Genericamente, podemos conceituar a probidade como o dever constitucional dos agentes públicos de somente agir honestamente e de acordo com os limites traçados na

A rejeição das contas de gestão e o abuso de poder econômico consubstanciam práticas que envolvem a malversação de recursos públicos, com impactos significativos na capacidade de prestação do Estado, especialmente naqueles segmentos em que a sociedade se mostra mais frágil, como, por exemplo, a saúde, âmbito em que se encontram sérias violações ao mínimo existencial.

Não se pode admitir que aquele que recebeu do povo a missão para representá-lo possa, no curso do seu mandato, perpetrar tais condutas e, posteriormente, ter o direito de pleitear a sua manutenção no cargo público que ocupa ou a investidura em outro cargo eletivo.

Constitui etapa fundamental para a construção do Estado republicano a verificação das condições de elegibilidade e das causas de inelegibilidades que eventualmente poderão impedir a manutenção ou a nova investidura de quem já demonstrou potencialidade para prejudicar a missão do Estado.

Não se trata, pois, de descumprimento das promessas de campanha, mas de ausência de idoneidade representativa, por força do menoscabo já demonstrado em relação ao sofrimento de seus próprios representados.

Talvez seja esse o grande desafio da Justiça Eleitoral no Estado contemporâneo, que, saliente-se, comporta em seus quadros Magistrados com as mais diversas posições, que se debatem entre o direito político individual e o interesse público pela ética na política.

Fala-se muito da intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas ao, por exemplo, determinar, no âmbito de um processo individual, que o Estado suporte os custos de determinado tratamento médico à parte requerente.

Todavia, o papel do Poder Judiciário no processo eleitoral, especialmente quando julga casos em que se questiona a moralidade política e administrativa para buscar impedir a acessão de determinado candidato ao Poder, não costuma ser examinada, ao menos na seara científica, sob a ótica da contribuição para a redução das desigualdades sociais e da garantia de cidadania mínima a todos os representados.

Constituição e nas leis pertinentes. Tecnicamente, o ato de improbidade traduz a violação de um dever jurídico – dever estabelecido em lei que define a desonestidade punível". (Ibidem).

Ocorre que quando o Juiz, no exercício de funções eleitorais, decide acerca do deferimento ou indeferimento de um registro de candidatura está a decidir, muitas vezes, mesmo sem ter consciência, acerca da condenação de determinada parcela da população ao sofrimento, já que as preocupações com a idoneidade da representação são direcionadas a garantir a observância dos princípios que regem a Administração Pública por aqueles que terão privilégio de representar o povo.

Decerto que o presente estudo não pretende fazer qualquer incursão no campo desses princípios, todavia é impossível, sob todos os aspectos, não perceber que, principalmente as ofensas à moralidade e à impessoalidade produzem efeito devastador sobre aqueles que diretamente dependem das prestações estatais, sem as quais resta inviabilizada o acesso à vida digna.

Por isso mesmo, quando Silva Neto, ao tratar sobre a distinção entre igualdade e impessoalidade e ao elucidar que este último princípio situa-se exclusivamente no campo do "relacionamento do Estado-administrador/cidadão", insiste que:

> Malgrado parte da doutrina se utilize ainda da denominação tradicional, vimos fazendo referência ao termo 'cidadão' e não 'administrado'. A primeira expressão está, no nosso entendimento, muito mais adequada a um "Estado Democrático de Direito". Prosseguir com a denominação 'administrado' é deixar transparecer, de modo equivocado, a idéia de que a Administração Pública detém superioridade em face do indivíduo ou, pior ainda, que conforma sempre a atividade das pessoas. [392]

Defender que o princípio da impessoalidade incide sobre a relação entre Administração e Cidadão e não entre Administração e administrado é privilegiar a tônica no respeito em detrimento da tônica na superioridade. E a noção de tônica no respeito encerra ainda menor tolerância com aqueles que em função da sua "condição pessoal privilegiada política e administrativamente" desvia a força do Estado e a direciona para a consecução dos seus mais subalternos propósitos pessoais, enquanto Cidadãos são literalmente dizimados por ausência de acesso aos bens mais comezinhos da vida e que deveriam ter sido postos ao seu alcance pelo Ente estatal.

---

[392] SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção constitucional dos interesses trabalhistas: difusos, coletivos e individuais homogêneos.* São Paulo: Ltr, 2001, p. 461. nota 13. No particular, o autor, inclusive, reporta-se ao pensamento de Carmem Lúcia Antunes Rocha, segundo quem: "na impessoalidade, a ênfase está na ausência de subjetividade e voluntarismo do administrador público, para que ele exerça a sua função com vistas ao interesse de todo o povo, voltando-se à finalidade pública. Por este princípio o que se busca impedir é o benefício obtido pela condição pessoal privilegiada política e administrativamente, em detrimento de toda a sociedade, o que é juridicamente inválido. O privilégio mais facilmente obtido pelo administrador público para si ou para seus 'parentes e amigos' em razão da sua proximidade do poder é injusto socialmente e inválido juridicamente. A Administração personalizada não é pública, não é democrática, não é justa".

Nesse contexto se inserem as reflexões de Cunha Junior no sentido de que "Efetivamente, longe de representar a sociedade, a 'vontade geral', a 'vontade do povo', o Legislativo e o Executivo são fiéis a interesses espúrios de lobistas e organizações que contribuíram para os 'caixas de campanha'". [393]

No âmbito do processo eleitoral são inúmeros os casos em que perpetradores de improbidade administrativa, com sérios desvios de recursos públicos, utilizam-se dos mais diversos instrumentos para contornar a ilegalidade e retornar ou permanecer no poder.

A renúncia para fugir da cassação do mandado era um destes instrumentos que, com a Lei Complementar n. 135/2010, passou a ser causa de inelegibilidade, proporcionando ao Judiciário meio para afastar do trato com a coisa pública indivíduos que não ostentem condição moral para tanto.

Ocorre que a aplicação do referido Diploma nas Eleições de 2010 foi questão controvertida que dividiu os Tribunais Regionais Eleitorais. De um lado, posicionamentos alinhados a uma interpretação constitucionalmente adequada defendiam que o artigo 14, § 9º, da Constituição Federal autorizava a incidência das novas causas de inelegibilidade sobre fatos pretéritos; de outro, posicionamentos que, ancorados no princípio da irretroatividade de Lei prejudicial, afastavam a aplicação da Lei Complementar n. 135/2010 a fatos passados.

Essa colisão de interesses conduziu à séria violação ao princípio da isonomia, já que, consoante o entendimento da respectiva Corte Regional, registros de candidatura eram deferidos ou indeferidos, presente a mesma situação fática.

Não raro, situações ainda mais teratológicas se desenvolveram no curso dos julgamentos, já que, até mesmo no âmbito de um mesmo Tribunal, considerados os Juízes presentes ou ausentes nas Assentadas, a divisão de posicionamento ensejava o deferimento e o indeferimento de registros, impugnados com supedâneo em fundamentação absolutamente idêntica, ao talante de formação majoritária volátil e insegura da Corte.

Cumpre, para compreensão, examinar a dicção do artigo 14, § 9º, da Constituição Federal, *litteris*:

> Art 14, § 9º *Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação*, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato *considerada vida pregressa do candidato*, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (grifou-se).

---

[393] CUNHA JUNIOR, Dirley da. *A Interpretação Constitucional e a Criação Judicial do Direito: Contributo para a Construção de uma Doutrina da Efetividade dos Direitos Fundamentais.* In: CUNHA JR., Dirley da; DANTAS, Miguel Calmon (coord.). *Desafios do Constitucionalismo Brasileiro*. Salvador: Edições *Jus*Podivm, 2009, p. 39-60.

Assim, na hipótese de candidato que havia renunciado antes da promulgação da LC n. 135/2010, para fugir da cassação do mandato, desdobravam-se no curso dos julgamentos dois entendimentos diversos e colidentes, a saber: I - a expressão constitucional *considerada vida pregressa do candidato* autoriza a aplicação do Diploma às renúncias anteriores à sua promulgação; II - A aplicação da LC n. 135/2010 a fatos passados malferiria os princípios da anterioridade eleitoral, da irretroatividade e da segurança jurídica.

Narrado em abstrato, talvez se enfrentem maiores dificuldades na compreensão acerca do impacto social que decorre dessas duas posições, principalmente no que se refere à capacidade de prestar do Estado. Assim, revela-se de fundamental importância referir a um caso concreto, ocorrido no âmbito das Eleições gerais de 2010, que envolve recursos da saúde pública.

Trata-se do Requerimento de Registro de Candidatura n. 1886-41.2010.6.05.0000, com impugnação pela Procuradoria Regional Eleitoral da Bahia, pelo fato do pretenso candidato ter renunciado para elidir a iminente cassação do seu mandato de deputado federal decorrente de seu envolvimento com a denominada "máfia das ambulâncias", investigada pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito ("CPMI das Sanguessugas"), fato que, em face da gravidade do ilícito imputado, ensejou, inclusive, o ajuizamento de Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa no âmbito da Procuradoria da República no Estado da Bahia.[394]

Malgrado a gravidade do ilícito cometido, o Tribunal Regional Eleitoral da Bahia houve por deferir o registro de candidatura, em Acórdão assim ementado:

> Registro de registro de candidatura. Impugnação. Alegação de que o impugnado estaria envolvido na chamada "Máfia das Ambulâncias", objeto de apuração *pel*a denominada "CPMI das Sanguessugas". Oferecimento de representação no Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados. Renúncia do impugnado na mesma data. Incidência do art. 1°, I, alínea "K", da Lei Complementar n. 64/90. Impossibilidade de aplicação, às eleições que se realizarão em outubro de 2010, das normas inseridas na Lei Complementar n. 64/90 pela Lei Complementar n. 135/2010. Inelegibilidade. Não configuração. Improcedência da impugnação. Quitação eleitoral. Atendimento da condição de elegibilidade. Deferimento do registro.

[394] BRASIL. TRE-BA. Ação de Impugnação ao Registro de Candidatura n. 1886-41.2010.6.05.0000. Disponível em: <http://www.tse.gov.br/internet/home/push.htm>. Acesso em: 10 out. 2010.

> 1. Julga-se improcedente a impugnação, por entender que a aplicação das alterações trazidas pela Lei Complementar n° 135/2010 às condenações a ela anteriores malfere os princípios da anterioridade eleitoral, da irretroatividade e da segurança jurídica.
> 2. Defere-se o pedido de registro de candidatura, uma vez que foi julgada improcedente a impugnação oferecida e restou atendida condição de elegibilidade consistente na quitação eleitoral.
> 3. Impugnação improcedente e requerimento de registro de candidatura deferido. (grifado no original).

Para se ilustrar a intensidade dos debates em torno da aplicação da Lei Complementar n. 135/2010 para as Eleições 2010, de modo a permitir o indeferimento de registros de candidatos que já haviam demonstrado ausência de idoneidade para a representação popular, examine-se o seguinte extrato de ata referente ao julgamento em destaque:

> Após os votos do Relator e do Juiz Eserval Rocha acolhendo a impugnação e indeferindo o registro do candidato e dos Juízes Josevando Souza Andrade e Renato Reis Filho divergindo, pediu vista o Juiz Cássio Miranda. Prosseguindo no julgamento, o Juiz Cássio Miranda proferiu voto no sentido de acompanhar o Relator, após pediu vista o Juiz Maurício Kertzman Szporer. Prosseguindo no julgamento, o Juiz Maurício Kertzman Szporer proferiu voto no sentido de acompanhar a divergência e julgar improcedente a impugnação. Julgou-se improcedente a impugnação, nos termos do voto do Juiz Josevando Souza Andrade, pelo voto de desempate, vencidos o Relator e os Juízes Eserval Rocha e Cássio Miranda. Após sobrestou-se o julgamento e converteu-se o feito em diligência para que o relator analise a documentação juntada aos autos. Prosseguindo no julgamento, proferiu voto no sentido de deferir o registro. Deferiu-se o registro do candidato, à unanimidade. Publicou-se."

A razão da referência a esse caso é que se trata de hipótese que representa, em grande medida, as diversas discussões havidas no âmbito dos Tribunais Regionais Eleitorais do Estado brasileiro, sendo oportuno observar que à época, o Tribunal Superior Eleitoral já havia firmado entendimento em torno da matéria, no sentido de que a Lei Complementar n. 135/2010 era aplicável às Eleições de 2010, conforme se verifica da decisão proferida no âmbito da Consulta n. 1120/DF. [395]

---

[395] "CONSULTA. ALTERAÇÃO. NORMA ELEITORAL. LEI COMPLEMENTAR N. 135/2010. APLICABILIDADE. ELEIÇÕES 2010. AUSÊNCIA DE ALTERAÇÃO NO PROCESSO ELEITORAL. OBSERVÂNCIA DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. PRECEDENTES. Consulta conhecida e respondida afirmativamente." No voto do Relator, seguido pela maioria do TSE, consta o seguinte: "Seus termos não deixam dúvida quanto a alcançar situações anteriores ao início de sua vigência e, consequentemente, as eleições do presente ano, de 2010. Confira-se, para certeza das coisas, o artigo 3º da Lei Complementar nº 135/2010, verbis: "Art. 3º Os recursos interpostos antes da vigência desta Lei Complementar poderão ser aditados para o fim a que se refere o caput do art. 26-C1, introduzido por esta Lei Complementar". da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. Lado outro, nenhum óbice a tal incidência imediata se estabelece em consequência do

Matéria idêntica à versada na espécie foi a primeira a ser enfrentada, e decidida, pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito das impugnações aos registros de candidatura nas Eleições 2010 – com decisão no sentido de opor óbice à candidatura daqueles que haviam renunciado para evitar a cassação do mandato.[396]

Os argumentos lançados nos votos proferidos pelos Juízes dos diversos Tribunais Regionais Eleitorais, bem como do Tribunal Superior Eleitoral, invocavam os mais diversos fundamentos para, em uma direção, defender o direito subjetivo do candidato ao deferimento do seu registro; e em outra, para sustentar a ameaça ao desenvolvimento das funções do Estado o retorno à investidura em cargo público eletivo daquele que já haviam se envolvido em situações que violam os princípios que regem a Administração Pública, em especial o da moralidade e o da impessoalidade.

---

princípio da anualidade. Consoante o artigo 16 da Constituição Federal, "Art. 16. 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". Infere-se do caso em tela que as inovações trazidas pela Lei Complementar nº 135/2010 têm a natureza de norma eleitoral material e em nada se identificam com as do processo eleitoral, deixando de incidir, destarte, o óbice esposado no dispositivo constitucional. (...) Com base em entendimento desta Corte em situação análoga à dos presentes autos, sobre a aplicabilidade de lei eleitoral, o Tribunal manifestou-se nos seguintes termos: "- Inelegibilidade. Desincompatibilização. Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Presidentes e demais membros das Diretorias dos Conselhos e Subseções. Vigência da Lei Complementar nº 64-90. - Aplicação imediata do citado diploma (art. 1º, II, g), por se tratar da edição de lei complementar, exigida pela Constituição (art. 14, § 9º), sem configurar alteração do processo eleitoral, vedada pelo art. 16 da mesma Carta. - Devem afastar-se de suas atividades, quatro meses antes do pleito, os ocupantes de cargo ou função de direção, nas entidades representativas de classe, de que trata a letra g do item II do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, entre as quais se compreende a O.A.B." Cta nº 11.173/DF, Relator Min. OCTÁVIO GALLOTTI, DJ 9/7/90."

[396] "O Plenário, ante o empate na votação, manteve acórdão do Tribunal Superior Eleitoral - TSE que, ao enfatizar a aplicabilidade imediata das alterações introduzidas pela LC 135/2010, concluíra pela inelegibilidade de candidato a cargo de Senador da República. O acórdão impugnado assentara a inelegibilidade do candidato para as eleições que se realizassem durante o período remanescente do mandato para o qual ele fora eleito e para os 8 anos subseqüentes ao término da legislatura, nos termos da alínea k do inciso I do art. 1º da LC 64/90, acrescentado pela aludida LC 135/2010 ["Art. 1º São inelegíveis: I – para qualquer cargo: ... k) o Presidente da República, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas, da Câmara Legislativa, das Câmaras Municipais, que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura."]. Considerara o fato de o candidato ter renunciado a mandato de igual natureza, em 2001, após o oferecimento de representação capaz de autorizar a abertura de processo por infração a dispositivo da Constituição. Na espécie, passados 9 anos da data da renúncia e tendo sido o candidato eleito, nesse ínterim, Deputado Federal, por duas vezes, a ele fora negado o registro de sua candidatura às eleições de 3.10.2010. No presente recurso extraordinário, alegava-se ofensa: a) ao princípio da anualidade eleitoral (CF, art. 16); b) aos princípios da segurança jurídica e da irretroatividade das leis (CF, art. 5º, XXXVI); c) ao art. 14, § 9º, da CF, pois a cláusula de inelegibilidade em questão não se amoldaria aos pressupostos constitucionais autorizadores de novas hipóteses de inelegibilidade e d) ao princípio da presunção de inocência ou de não-culpabilidade (CF, art. 5º, LVII). RE 631102/PA, rel. Min. Joaquim Barbosa, 27.10.2010. (RE-631102) ." (STF. Informativo n. 66. Referente ao RE n. 631102, de 09/11/2010)

Examinem-se os seguintes trechos do voto favorável à imediata aplicação da Lei n. 135/2010, proferido no âmbito de julgamento de Requerimento de Registro de Candidatura, cujo inteiro teor, pela densidade jurídica que encerra, mereceria inteira reprodução, todavia, esta providência extrapolaria os limites da pesquisa, pelo que apenas se destacam partes com maior aptidão para sustentar a tese delineada.

> A lei objetivou evitar candidaturas de pessoas que já foram consideradas de alguma forma incompatíveis com o que se espera da gestão da coisa pública.
> [...]
> A Constituição Federal no § 9º, do seu art. 14 diz que os casos de inelegibilidade a serem tratados em uma Lei Complementar visam a proteger a "probidade administrativa, e a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato". Muito bem, então diz-se que uma norma que tem por objetivo dar eficácia a um comando constitucional seria uma norma violadora da segurança jurídica. Com todas as vênias ao meu eminente amigo e Juiz Cássio Miranda. Segurança Jurídica. Segurança Jurídica de que? Qual a segurança jurídica que se pretende preservar, afinal de contas? É a segurança jurídica da sociedade ou é a segurança jurídica de uns tantos que, tendo violado as normas e tendo reconhecida a ocorrência de tais violações, pretendem voltar a ocupar cargos públicos?
> [...]
> É a segurança jurídica da comunidade, é a segurança jurídica de todos?
> [...]
> Ou é a segurança jurídica de uns gatos pingados que se amoitam no poder e dele não querem mais sair? Que mesmo condenados insistem em voltar ao poder, valendo-se dos meios mais ilícitos com os quais nós aqui constantemente nos deparamos, para conseguir alcançar a quantidade de votos suficiente para serem considerados eleitos?
> [...]
> Não se trata de pressão, de clamor social, do que a sociedade está desejando. Não podemos sacrificar a Constituição por conta de pressão social. O Poder Judiciário tem que ter coragem para dizer isso. O Poder Judiciário pode dizer isso escorado na própria Constituição Federal. Qual é a opção que a sociedade quer de nós? Para que estamos aqui no exercício de um poder constituído, do qual fomos investidos e investidos por conta da existência de um poder maior? Poder maior que inseriu na Constituição Federal, de que todos nós somos vassalos, inseriu na Constituição Federal normas claras e expressas: normas que regem a elegibilidade, que têm por objetivo proteger a probidade e a moralidade.
> [...]
> Senhor Presidente, *este é o momento, senhores membros desta Corte, para demonstrar que o Poder Judiciário da Bahia sabe, sim, quais são os valores que a Constituição Federal protege*, e esses valores estão muito longe de serem os valores de *uns gatos pingados que um dia praticaram atos malfazejos e que agora exculpam na proteção de interesses individuais*, como se esses interesses individuais pudessem prevalecer sobre os interesses de toda a sociedade. Posiciono-me, pois, Senhor Presidente, por acolher o pedido contido na impugnação. [397] (grifou-se).

[397] BRASIL. TRE-BA. Ação de Impugnação ao Registro de Candidatura n. 2492-69.2010.6.05.0000. Disponível em: <http://www.tse.gov.br/internet/home/push.htm>. Acesso em: 10 out. 2010.

A sedução acadêmica em se desejar aprofundar nos possíveis desdobramentos decorrentes de uma e outra posição para a consecução dos objetivos do Estado é profunda, todavia a pesquisa deve se adstringir ao seu corte epistemológico, pelo que se revela suficiente a referência já promovida para que se possam perceber os devastadores efeitos que dimanam da viabilização da candidatura de "uns gatos pingados que um dia praticaram atos malfazejos e que agora se exculpam na proteção de interesses individuais, como se esses interesses individuais pudessem prevalecer sobre os interesses de toda a sociedade".

Talvez se pudesse questionar o que uma discussão em torno das Eleições está a fazer no corpo de um trabalho que se presta a refletir sobre o mínimo existencial. É que se propugnou e repisa-se: não é possível garantir o direito às condições mínimas de existência simplesmente por meio da discussão no campo da obrigação estatal de garantir os direitos sociais. É preciso agir com precedência, já que a atuação de representantes inidôneos e corruptos é justamente a pedra central da incapacidade de prestar do Estado.

Nesse sentido é que a proteção ao mínimo existencial é questão que não pode aguardar as ações decorrentes da provocação jurisdicional pela inacessibilidade de direitos, mas deve antecipar-se para prevenir que tais violações - muitas delas provocadas pela malversação de recursos públicos - ocorram.

Na mesma linha de intelecção, devem se pautar as providências judiciais no sentido de afastar dos cargos públicos, com a maior brevidade possível, aqueles indivíduos que demonstraram ter logrado a vitória nas urnas por meio de comportamento ilícitos, no mais das vezes com a utilização da condição subumana que atinge a população, como a oferta de bens em troca de votos.

Subalternizados na própria existência, carentes das necessidades mais básicas da vida, eleitores sucumbem diante das promessas e ofertas perpetradas por candidatos que, na verdade, o que desejam é a perpetuação da situação de miséria e indignidade, porque nela se sustenta a possibilidade de manutenção no poder.

Na verdade, os recursos que o candidato "aplica" na compra de votos e no abuso do poder econômico durante sua campanha, muitas vezes oriundos de particulares que possuem interesse em contratar (ou já contratam) com a administração pública, retornam à sua origem por meio dos desvios de verbas públicas, do superfaturamento e de outras práticas que comprometem a atuação do Estado nas áreas mais sensíveis, tais como educação, saúde e segurança pública.

Não bastasse, mesmo com a cassação do mandato em primeiro grau pela prática de captação ilícita de sufrágio, é comum candidatos eleitos recorrerem por meio de Ações Cautelares às instâncias superiores, em busca de efeito suspensivo ao recurso interposto, ao falacioso argumento de que, com a sentença está submetida a recurso, haveria malferimento ao princípio da não culpabilidade e lesão ao interesse público pela alternância antecipada e ainda não confirmada do poder.

Considerado o bem jurídico protegido na espécie e a colisão entre o direito individual ao cargo eletivo e o direito coletivo da representação legítima, o entendimento firmado no sentido da execução imediata da sentença, com o conseqüente afastamento do candidato cassado é o que mais se coaduna com o princípio republicano e o que mais protege a capacidade de prestar do Estado e, por isso mesmo, reflete diretamente no direito ao mínimo existencial.

Veja-se o entendimento firmado pelo Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, que – malgrado não abraçado por todos os Juízes, o que muitas vezes leva a decisões colidentes –, reflete, em grande medida, a compreensão nos demais Tribunais, inclusive do Tribunal Superior Eleitoral, *verbis*:

> [...] é de todo conveniente assentar que a ordem jurídica prevê a imediata execução da sentença exatamente para evitar mais prejuízos para a comunidade, que está sendo administrada por que – tudo está a indicar, pois há uma sentença, mesmo que ainda impugnável por recurso, reconhecendo a situação – ganhou as eleições por meios ilícitos. [...] os cuidados a serem adotados para se evitar os efeitos deletérios de sucessivas alternâncias na Chefia do Poder Executivo municipal devem tomar por base aquilo que a ordem jurídica prevê. Destarte, se, em casos como o destes autos, o que o sistema jurídico prevê é a execução imediata da sentença, a alternância que deve ser evitada é aquela que derivaria do retorno do candidato que – de acordo com a sentença – somente se elegeu porque lançou mão de artifícios vedados pelo Direito. [398]

A Transparência Internacional tem sistematicamente advertido acerca do desgaste da máquina estatal e dos prejuízos para o combate à pobreza e às condições indignas de subsistência, provocados pela corrupção.

Veja-se o seguinte excerto:

> Um evitável desvio e abuso de fundos públicos resultam da corrupção. A corrupção na contratação pública leva a uma distorção da concorrência leal,

[398] BRASIL. TRE-BA. Ação Cautelar n. 725-93.2010.6.05.0000. Relator Juiz Salomão Viana. Disponível em: <http://www.tse.gov.br/internet/home/push.htm>. Acesso em: 03 nov. 2010.

> ao desperdício de recursos escassos e à negligência das necessidades básicas, perpetuando a pobreza. [...] Se a corrupção na contratação pública não for contida, ela vai crescer. Estima-se que a corrupção sistêmica pode ensejar aumento de 20-25% nos custos governamentais nos contratos de prestação de serviço, e freqüentemente resulta em produtos de qualidade inferior e serviços e compras desnecessárias.
> Argumenta-se que, em média, cerca de 70% dos gastos do governo central se transforma em uma forma ou de outra em contratos. Os contratos são fontes de poder para os contratantes, e alvos de ambição para os contratados, o que transforma os contratos públicos em meios de abuso às expessas das necessidades públicas. O risco de corrupção na contratação pública existe mesmo antes de iniciado o processo de contratação, talvez até mesmo no momento da alocação orçamentária, perpetuando-se até a sua implementação.[399]

A Federação das Indústrias do Estado de São Paulo publicou estudo, com lastro em dados do ano de 2008 – quando o Brasil ocupava a 75ª posição no ranking dos países menos corruptos, elaborado pela Transparência Internacional –, que descortina os impactos das práticas delituosas no cenário brasileiro, notadamente no que se refere à capacidade de prestar do Estado, justamente nos segmentos em que mais se observam violações ao mínimo existencial, conforme se verifica de alguns dos resultados, *litteris:*

> Educação – O número de matriculados na rede pública do ensino fundamental saltaria de 34,5 milhões para 51 milhões de alunos. Um aumento de 47,%, que incluiria mais de 16 milhões de jovens e crianças.
> Saúde – Nos hospitais públicos do SUS, a quantidade de leitos para internação, que hoje é de 367.397, poderia crescer 89%, que significariam 327.012 leitos a mais para os pacientes.
> Habitação – O número de moradias populares cresceria consideravelmente. A perspectiva do PAC é atender 3.960.000 de famílias; sem a corrupção, outras 2.940.371 poderiam entrar nessa meta, ou seja, aumentaria 74,3%.
> Saneamento – A quantidade de domicílios atendidos, segundo a estimativa atual do PAC, é de 22.500.00. O serviço poderia crescer em 103,8%, [400]somando mais 23.347.547 casas com esgotos. Isso diminuiria os riscos de saúde na população e a mortalidade infantil.
> Infraestrutura – Os 2.518 km de ferrovias, conforme as metas do PAC, seriam acrescidos de 13.230 km, aumento de 525% para escoamento de

[399] "An avoidable misuse and abuse of public funds results from corruption. Corruption in public contracting leads to a distortion of fair competition, the waste of scare resources and the neglect of basic needs, perpetuating poverty. Massive market inefficiencies can also arise from corruption and, in the extreme, lead to the destruction of development opportunities. If corruption in public contracting is not contained, it will grow. It is estimated that systemic corruption can add 20-25% to the costs of government procurement, and frequently results in inferior quality goods and services and unnecessary purchases. It is argued that, on average, approximately 70% [1] of central government expenditure turns in one way or another into contracts. Contracts are sources of power to those who give them out, and targets of ambition for those who may receive them, making public contracts particularly prone to abuse at the expense of public need. The risk of corruption in public contracting exists even before the contracting process has started, perhaps even at the moment when public budgets are allocated, and it perpetuates beyond the awarding of a contract to its implementation." Disponível em: < http://www.transparency.org/global_priorities/public_contracting>. Acesso em: 10 out. 2010.

> produção. Os portos também sentiriam a diferença, os 12 que o País possui poderiam saltar para 184, um incremento de 1537%. Além disso, o montante absorvido pela corrupção poderia ser utilizado para a construção de 277 novos aeroportos, um crescimento de 1383%.[401]

Tais dados servem de justificação – decerto que não exclusiva –, para o crescente número de cidadãos que buscam no Judiciário a sua última chance de acesso a direitos básicos: "o custo extremamente elevado da corrupção no Brasil prejudica o aumento da renda per capita, o crescimento e a competitividade do país, compromete a possibilidade de oferecer à população melhores condições econômicas e de bem estar social [..]"[402]

Impõe-se, pois, além da "criação e fortalecimento dos mecanismos de prevenção, monitoramento e controle da corrupção na administração pública", a atuação firme do Ministério Público e do Judiciário na busca da "redução da percepção de impunidade, por meio de uma justiça mais rápida e eficiente, de modo a induzir a mudança do comportamento oportunista". [403]

Essa percepção, portanto, há que ser incorporada pelos Juízes ao apreciarem o pedido de registro de candidatura de indivíduos que contribuíram para o cenário exposto pela Transparência Internacional e pela FIESP, notadamente porque os prejuízos provocados pelas ações que envolvem malversação de verba pública, especialmente no campo da saúde, revelam-se irreversíveis, pelo que a punição dos culpados é absolutamente incapaz de oferecer resposta idônea à sociedade.

Saulo Casali, em lição absolutamente aplicável no caso, defende que a postura realista é a única a ser adotada,

> [...] pois, não deve o Judiciário, detentor do quase absoluto monopólio do *jus puniendi* estatal, ser desnaturado pelos apelos constantes de tolerância e de impunidade, fruto talvez de nosso legado histórico, onde as leis eram mecanismos úteis em mãos dos poderosos, servindo contra os inimigos ou esquecidas para os amigos, mas sempre um instrumento útil, e por isto mesmo tão desprestigiadas e contornadas por aqueles contra quem deveriam ser aplicadas, e inúteis para aqueles que não a desejavam aplicar. Este quadro apenas é alterado pela compreensão de que as leis servem para todos, e a todos alcança de modo proporcional. [404]

---

[401] Relatório Corrupção: custos econômicos e propostas de combate. FIESP, São Paulo, mar. 2010. Disponível em:< http://www.fiesp.com.br/agencianoticias/2010/06/30/decomtec_relatorio_burocracia_custos_propostas.pdf >. Acesso em: 10 nov. 2010.
[402] Ibidem.
[403] Ibidem.
[404] BAHIA, Saulo José Casali. *Atuação dos Juízes de Zonas Eleitorais nas Eleições do ano 2006 na Bahia.* In: Revista Semestre Eleitoral, Salvador, v. 10, n.1/2, jan.-dez, 2006.

A direção abraçada por cada julgador indica, com o sói acontecer, suas convicções e compreensões, bem como sua resposta a influxos externos e pressões alusivas ao seu ambiente de trabalho, na perspectiva do que afirmou Richard A. Posner, ao refletir sobre sua própria condição de Juiz: "juízes não são gigantes morais ou intelectuais (infelizmente), profetas, oráculos, portavozes ou máquinas de calcular. Eles são trabalhadores por demais humanos, respondendo reagindo, como fazem outros trabalhadores, às condições do mercado em que trabalham.". [405]

Talvez tais essas condições tenham levado a Corte Eleitoral da Bahia a abraçar posicionamento oposto àquele defendido por Salomão Viana, em absoluto dissídio com a maioria dominante das Cortes Regionais pátrias, em colisão com o entendimento do TSE, que, posteriormente, restou confirmado pelo Supremo Tribunal Federal.

Conclusões nesse campo são complexas, notadamente porque, como adverte Posner:

> Justamente porque o comportamento é motivado pelo desejo, temos que considerar o que os juízes querem. Eu penso que eles querem as mesmas coisas básicas que as demais pessoas desejam, como renda, poder, reputação, respeito, auto-respeito e lazer. Se a ponderação judicial típica dos vários bens é distinta, decorre dos incentivos e restrições que o cargo de juiz cria, ou mais amplamente do contexto da ação judicial. Uma parte de suma importância deste contexto é a insegurança legal, que cria o espaço aberto em que os ortodoxos (o legalista) métodos de análise ensejam rendimento insatisfatório e, às vezes, nenhuma conclusão, permitindo, desta forma, ou até mesmo determinando que emoção, personalidade, intuições políticas, ideologia, política, formação e experiência determinem a decisão de um juiz. [406]

---

[405] POSNER, Richard A. *How Judges Think.* HAvard: Havard University Press, 2010, p. 7. No original: "My analysis and the studies on which it builds find that judges are not moral or intellectual giants (alas), prophets, oracles, mouthpieces, or calculating machines. They are all-too-human workers, responding as other workers do to the conditions of the labor market in which they work.".

[406] POSNER, Richard A. *How Judges Think.* Havard: Havard University Press, 2010, p. 7. No original: "Because behavior is motivated by desire, we must consider what judges want. I think they want the same basic goods that other people want, such as money, power, reputation, respect, self-respect, and leisure. If the typical judicial weighting of the various goods is distinctive, it is because of the incentives and constraints that the office of judge creates, or more broadly the context of judicial action. An importante part of that context is legal uncertainty, which creates the open area in which the orthodox (the legalist) methods of analysis yeild unsatisfactory and sometimes no conclusions, thereby allowing or even dictating that motion, personality, policy intuitions, ideology, politics, background, and experience will determine a judge's decision.".

Sem que se deseje adentrar o tema da colisão entre direitos do indivíduo e direitos da coletividade, há que ser sobrelevado o fato de que, em matéria de representatividade e eletividade, malgrado a ordem jurídica de regência pretenda também proteger os direitos daqueles que desejam exercer a representação, o fato é que, na ponderação de interesses, máxime quando há fundadas razões para se vislumbrar lesão à sociedade, há que prevalecer o direito dos representados.

Raciocínio diverso importa em séria violação aos valores republicanos, na perspectiva da liberdade como não dominação.

A Constituição da República italiana, depois de estabelecer, em seu artigo 3º, que "todos os cidadãos terão a mesma dignidade social", comanda:

> Constitui obrigação da República remover os obstáculos de ordem econômica e social que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a participação efetiva de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país.[407]

Luigi Ferrajoli, refletindo sobre a observância dessas orientações pela cultura jurídica de seu país, lança posição que se amolda perfeitamente ao cenário político delineado no Brasil. Veja-se:

> Esta norma é em grande parte ignorada pela cultura jurídica do nosso país. O que mais conta, pois, o reclamo quanto a não efetividade dos direitos e a sua valorização do ponto de vista externo não teve, de fato, qualquer ressonância axiológica nem ao menos deontológica na cultura e na prática de nosso meio político e administrativo. **Parece um destino comum a todas as máquinas políticas – não apenas às instituições estatais, mas também ás burocracias dos partidos e sindicatos – alhearem-se de suas bases sociais, perderem a sua própria função de instrumento para finalidades externas, assumir a si mesmas como fins e valores**.[408] (grifou-se).

---

[407] ITÁLIA. La Costituziuone della Repubblica italiana (1947). "Art. 3. Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono Il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese". Disponível em:
<dhttp://www.governo.it/governo/costituzione/costituzionerepubblicaitaliana.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2010.

[408] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 754.

Esse afastamento das bases sociais a que se refere Ferrajoli decorre da deterioração de valores superiores, provocada pelo desvirtuamento moral que não raro alcança o ser humano alçado ao poder, que o faz privilegiar desejos individuais em detrimento aos interesses da sociedade, que prometeu defender.

Ocorre que, devido ao próprio desvirtuamento do sistema, é possível afirmar que, antes mesmo de lograr a posição política, os motivos que subjazem de forma ardilosa ao seu discurso de defesa dos interesses coletivos já são completamente relacionados ao preenchimento dos seus desejos individuais.

Keith S. Rosenn destaca que no âmbito do sistema colonial português e espanhol o patronato produziu alastrante corrupção, uma incrível propensão à burocracia e um sistema jurídico altamente personalístico e imprevisível, em cujo âmbito desenvolveu-se a tradição do presentinho, que continua até hoje. [409]

Saulo Casali empreende a seguinte leitura acerca da obra de Rossen:

> [...] a atenção deve se voltar para a inusitada discussão, realizada por ROSENN, acerca das raízes do Jeito no Brasil, por meio de uma análise histórica, sociológica e antropológica comparativa e profunda. Em que pese certa desatualização do texto (o autor tomou exemplos existentes em uma fase de extremo patrimonialismo, paternalismo e dificuldades econômicas derivadas da inflação, basicamente nas décadas de 1960 e 1970), muitas questões são atuais, e por vezes coincidem com análises que levam em consideração a herança luso-católica ou a cultura do perdão (ou da piedade católico-cristã), tal como fez MAX WEBER ao conceber o ascetismo intramundano (a santificação da vida cotidiana) como motor do capitalismo (em seu livro A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo). São estudadas a herança dualista do direito romano, o pluralismo legal, a influência do catolicismo, o legado burocrático da administração colônial, o personalismo, o sentimentalismo, a cordialidade, o paternalismo, o legalismo e o formalismo.[410]

Refere Rosenn a Ricardo Vélez Rodríguez, segundo quem: "Não existe, na mentalidade do povo, nem das elites, claramente definida, a linha de demarcação entre interesses familiares e aqueles pertencentes à esfera pública [...] a coisa pública é patrimônio familiar para ser distribuído entre consangüíneos, amigos e paniaguados". E complementa: "nunca se desenvolveu no Brasil uma tradição de tratar os recursos públicos como uma obrigação fiduciária. Pelo contrário, existem abundantes evidências de que a falta de moralidade pública tem sido um problema persistente desde a descoberta do Brasil.". [411]

---

[409] ROSENN, Keith S. *O Jeito na Cultura Jurídica Brasileira.* Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 26-28.
[410] BAHIA, Saulo José Casali. Jeito e Corrupção. Jornal da AJUFER, BRASILIA, p. 7, 01 mar. 2010.
[411] ROSENN, Keith S. *O Jeito na Cultura Jurídica Brasileira.* Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 28-29.

Pertinentes as lições de Regis de Oliveira:

> [....] mas a má gestão, a falta de meios eficazes de controle, a notícia de dotações orçamentárias globais, levaram ao descompasso completo entre os objetivos do Estado e à interferência indevida na economia. Passaram as empresas do Estado a servir de dóceis instrumentos na mão de políticos inábeis, ganaciosos e irresponsáveis, de sorte a transformarem as estatais em quintais de cooperação e desvio de verbas públicas. Já não preponderavam nobres interesses, nem estavam eles alinhados com reais necessidades públicas. Ao contrário, ignobilmente, eram bens e serviços das entidades gastos em serviços particulares e escusos, tornando as empresas altamente deficitárias.
>
> Com tal perfil, era necessária injeção de recursos do Estado, que a elas destinava parte substancial das receitas públicas, como subsídio, fazendo sangrar os cofres públicos. Não menos vezes, eram empréstimos nacionais ou internacionais que faziam horrorosa sangria no Erário, sempre em detrimento dos interesses maiores do Estado e normalmente em benefícios de interesses escusos de administradores incompetentes e corruptos.[412]

Impende ressaltar que não integra o objeto de estudo desta pesquisa a investigação das origens da corrupção no Brasil, tampouco os motivos que ainda fazem do comportamento corrupto e fraudulento uma constante no âmbito da Administração Pública. Todavia, quando se estar a tratar da capacidade de prestar do Estado, não é possível ignorar o fato de que a corrupção é um dos grandes dutos pelos quais fluem os recursos do Estado, com sério impacto na vida das pessoas, notadamente das menos favorecidas.

Em comentário acerca dos aludidos dados apresentados pela Transparência Internacional, aduz Saulo Casali:

> [...] E a modernidade parece apontar para o abandono do Jeito e o combate à impunidade como únicos modos de evoluir em escalas como a elaborada pela Transparência Internacional, que coloca o Brasil em 75º lugar na ordem de percepção de corrupção no setor público, dentre 180 países, com apenas 3,7 pontos na escala [5].
>
> O Brasil criou instituições ímpares, como a prescrição retroativa e a sua consequência natural, a prescrição em perspectiva, verdadeiras jabuticabas nacionais. É também da cultura jurídica do país do Jeito (Jeito´s Land) os institutos da descriminalização de delitos tributários (desde que pago o tributo), do foro privilegiado (inexistente em vários países do hemisfério norte), do exagero do aspecto ressocializador da pena (sem o qual não se justificaria a prisão) e do formalismo que grassa no processo penal brasileiro, sob a alcunha moralizante de garantidor dos direitos fundamentais (criando-se em muitos casos um abismo entre a law on the books e actual practice). [413]

---

[412] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 200.

[413] BAHIA, Saulo José Casali. Jeito e Corrupção. Jornal da AJUFER, BRASILIA, p. 7, 01 mar. 2010.

Essa circunstância desdobra-se em conflitos difusos e intensos, impondo que a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário emerja com mais força, porquanto é justamente no campo da coibição aos desvios de recursos públicos que se mostra ainda mais relevante e imprescindível a ação destas instâncias de Poder para a correção dos rumos do Estado.

Por isso mesmo é que não se pode admitir, sob qualquer hipótese, que tais órgãos sejam contaminados pela sanha desenfreada pelo Poder, orientado a demover o bom e justo proceder dos seus membros.

De igual sorte, verifica-se que há certo desvio de entendimento que leva a confundir privilégios com prerrogativas. Este desvio é consequência direta da ausência de domínio social, assumido historicamente pelo vocábulo, conforme esclarece Carlos Ayres Brito: "privilégio é resquício do regime monárquico: prerrogativas não são privilégios". O desnaturar de prerrogativas enseja severos prejuízos para a sociedade, sobretudo pela indissociável missão de primar pela efetiva aplicação dos princípios de justiça.[414]

A sedução de um só contamina e prejudica a classe; de forma rápida, porque provoca estragos imediatos na prestação jurisdicional, e, lentamente, pelo fato de se tratar de um câncer que se espalha de forma gradativa contaminando a máquina judicial e retirando do cidadão as últimas trincheiras que lhe restam para a consecução dos direitos negados pelo Estado.

Examine-se a seguinte reflexão de Eliana Calmon:

> O bom juiz é um sacrificado; é um profissional que não consegue terminar a sua tarefa, que é inesgotável; é peça indispensável ao funcionamento de qualquer sociedade organizada, principalmente quando desejamos construir um Estado Democrático de Direito. Entretanto, na proporção da importância do bom juiz, o mau juiz, aquele que se vende a interesses pessoais escusos, merece a repulsa de todos e dura punição para que não se esqueça da gravidade do seu ato. [415]

A construção de uma República à luz da liberdade como não dominação, como nas referenciadas idéias de Philip Pettit, pressupõe a formação de representação que, de fato, defenda os interesses do povo, sobrelevando-se aquela parcela que, situada fora do já diminuto círculo que delimita o mínimo existencial, não possui forças para defender a sua posição em uma sociedade tão desigual como a brasileira.

---

[414] BARBOSA, Charles Silva. *Em resgate à ética nas carreiras jurídicas: a necessária ruptura com o modelo acadêmico científico-positivista.* In: Diálogos & Ciências. Ano III, n. 8, mar. 2009.

[415] Coragem e competência para superar desafios. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano XIV, n. 332, Nov. 2010.

Pode-se alegar, como o fazem tantos, que o julgamento há que advir das urnas. Todavia, sabe-se que tal discurso não resiste ao mínimo enfrentamento argumentativo, porquanto não se pode atribuir o mister de julgar a indivíduos que ainda não alcançaram a sua "carta de alforria" em relação à dominação do poder econômico e político.

Na verdade, a julgamento deveria ocorrer nas urnas, todavia a ausência de cultura constitucional ou, antes, a ausência de condições materiais de existência, retira de grande parcela da população a condição de discernir e decidir, já que, como cediço, é das dificuldades do povo que os "maus políticos" se valem para desenvolver suas práticas abusivas e fraudulentas.

O julgamento das urnas somente pode ser considerado idôneo em uma sociedade livre das "castas" inferiores, que sobrevivem em condições abaixo da linha da cidadania mínima, cuja existência obsta qualquer tentativa de se estabelecer em determinado Estado o mínimo de cultura constitucional.

Por isso mesmo, o óbice à realização do direito ao mínimo existencial de um único indivíduo, sem que se entremostre justificação plausível para tanto – qual seja, o maior prejuízo para proteções equivalentes sob a ótica coletiva ou a impossibilidade de prestação pelo Estado – equivale, em termos de efetividade dos direitos, a uma célula cancerígena, que pode comprometer todo o sistema social.

Quando se critica a atuação incisiva do Ministério Público – violadora de direito, como argumentam alguns – e se tenta macular a ação prospectiva do Poder Judiciário, denominada de ativista, é justamente porque não se está a perceber que esse proceder é provocado justamente por aqueles que mais criticam, já que são os principais responsáveis pelos "custos do jeito", suportados pela sociedade.

Afirma Rosenn: "São óbvios os vários problemas criados pelo componente de corrupção que existe no jeito. Recursos públicos são frequentemente mal aproveitados quando prevalece o critério do ganho particular [...].". E aduz: "o poder do governo para redistribuir rendas, estimular condutas desejáveis, ou desincentivar condutas indesejáveis, por intermédio de impostos ou intervenção regulamentar, é profundamente limitado pelas válvulas de escape provenientes da corrupção". [416]

[416] ROSENN, Keith S. *O Jeito na Cultura Jurídica Brasileira.* Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 97.

Se aqueles que chegam ao Poder por meios democráticos agissem em consonância com os ditames constitucionais, não seria necessária atuação tão incisiva e penetrante dos Juízes e membros do *Parquet,* que, por óbvio, não podem remanescer inertes, sob pena de estarem também seguindo a mesma estrada do menoscabo à Constituição.

Ao fim e ao cabo, parece assistir razão a Saulo Casali ao sustentar que: "No fundo, tudo redunda no que está na cabeça do brasileiro, no nível de tolerância da sociedade brasileira. E, por óbvio, no que está na cabeça do Poder Judiciário e dos seus juízes."[417]

6.2 Dos conflitos atomizados à tutela coletiva do mínimo existencial

Questão de central importância que deve ser examinada na relação do Estado como os indivíduos se refere ao grau de atomização e de coletivização de conflitos presente em determinada sociedade política.

As questões que versam sobre direitos sociais tendem a possuir contornos coletivos, sobretudo porque exigem do Estado prestações destinadas ao preenchimento de necessidades dos cidadãos que impedem homenagem ao postulado isonômico, cujo conteúdo político, filosófico e jurídico serve de sustentação para o ideário republicano.

Por essa razão, a crescente atomização de conflitos a envolver direitos sociais descortinam cenário de inobservância pelo Estado das pautas inscritas nas Constituições, o que representa flagrante violação à dignidade humana, fundamento do Estado brasileiro, ainda mais quanto as demandas envolvem o mínimo existencial.

Justifica-se, pois, o estudo da tutela coletiva, para que se possa demonstrar que as providências neste âmbito constituem solução intermédia para o problema da violação à isonomia decorrente dos provimentos individualizados. Isto porque, o ajuizamento de demanda individual, cuja pretensão situe-se no campo do mínimo existencial, malgrado não possa ter seus efeitos projetados para além da órbita das partes, impõe providência que melhor homenageie os princípios de justiça distributiva, qual seja, deflagrar procedimento tendente a estender a prestação àqueles que estejam, ou possam estar, de alguma forma, conectados pela situação de fato identificada.

---

[417] BAHIA, Saulo José Casali. Jeito e Corrupção. Jornal da AJUFER, BRASILIA, p. 7, 01 mar. 2010.

A doutrina costuma identificar o interesse público [418] ao interesse da sociedade, titularizado pelo Estado, que, muitas vezes, se contrapõe ao interesse individual. Por sua vez, o interesse privado ou particular[419] seria aquele titularizado pelo indivíduo, que não se relaciona aos anseios da sociedade e se opõe, muitas vezes, ao interesse alheio. Todavia, o interesse individual pode trazer consigo significativa carga de interesse público, principalmente quando a pretensão envolve o acesso a direitos sociais.

Dicotomia também assente na doutrina, considerado que, muitas vezes o Estado atua de modo a contrariar o interesse público, dissociando-se a conduta estatal do conteúdo de bem comum social, é a que se traduz em interesse público primário e interesse público secundário.

Para Hugo Nigro Mazzilli:

> Ao tomar decisões na suposta defesa do interesse público, nem sempre os governantes fazem o melhor para a coletividade: políticas econômicas e sociais ruinosas, guerras, desastres fiscais, decisões equivocadas, malbaratamento dos recursos públicos e outras tantas ações daninhas não raro contrapõem governantes e governados. Estado e indivíduos.
>
> Como o interesse do Estado ou dos governantes não coincide necessariamente com o bem geral da coletividade, Renato Alessi entendeu oportuno distinguir *o interesse público primário* (o bem geral) do *interesse público secundário* (o modo pelo qual os órgãos da Administração vêem o interesse público); com efeito, em suas decisões, nem sempre os governantes atendem ao real interesse da comunidade (Sistema instituzionale del diritto amministrativo italiano. 3ª ed. p. 197-198, Milão, Giuffrè, 1960). [420]

Dessa forma, o elevado grau de conflituosidade que marca a sociedade contemporânea, conduz ao aumento de tensão entre os diversos interesses, sobretudo quando o conteúdo da ação estatal não traduz os fins desejados pela sociedade e contraria direitos de grupos de indivíduos, cuja garantia encontra suporte na Constituição da República.

O conflito é ainda mais crônico quando os interesses violados, malgrado em uma primeira perspectiva se mostrem como pretensões individuais ou coletivas, encerram conteúdo de verdadeiro interesse público, considerada a estatura do bem jurídico em tela, o

---

[418] De Plácido e Silva, em definição utilizada por diversos administrativistas, conceitua interesse público: "ao contrário do particular, é o que assenta em fato ou direito de proveito coletivo ou geral. Está, pois, adstrito a todos os fatos ou a todas as coisas que se entendem de benefício comum ou para proveito geral, ou que se imponham por uma necessidade de ordem coletiva" (SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 760).

[419] Idem. "É o interesse *individualizado, direto, imediato*. É o interesse próprio, isto é, que afeta diretamente à pessoa, o seu patrimônio, mostrando-se vantagem que lhe é inerente ou que lhe pertence. Opõe-se, assim, ao *interesse alheio*, que é de outrem, que não é próprio. (Grifado no original).

[420] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo.* 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 49.

que despertaria na sociedade como um todo o objetivo de proteção.

Os denominados interesses transindividuais, que se situam em posição intermediária entre o interesse público e o interesse privado, compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas, malgrado na maioria das vezes não constituam interesse público[421], alcançam muitas vezes tal dimensão.

É o que se observa quando se identifica na sociedade grave patologia que atinge determinado grupo de pessoas, para as quais o Estado é obrigado a providenciar certo tratamento (disponível e não experimental), mas que a prestação somente é garantida àqueles que provocam o judiciário, em demandas individuais ou coletivas.

Nesses casos, é flagrante o interesse público envolvido, porquanto a prestação estatal se situa no âmbito do direito à saúde, especificado no particular pelo conteúdo de mínimo existencial da prestação.

---

[421] Explica Mazzilli, que "situados numa posição intermediária entre o interesse público e o interesse privado, existem os interesses transindividuais (também chamados de interesses coletivos, em sentido lato), os quais são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas (como os condôminos de um edifício, os sócios de uma empresa, os membros de uma equipe desportiva, os empregados do mesmo patrão). São interesses que excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam propriamente a constituir interesse público. (Idem, p. 50). "Na tutela coletiva, é freqüente a conflituosidade entre os próprios grupos envolvidos (enquanto nos conflitos tipicamente individuais a lide se estabelece entre autor e réu, ainda que agindo isoladamente ou em conjunto com litisconsortes, já nos conflitos coletivos temos, não raro, grupos, categorias ou classes de pessoas com pretensões colidentes entre si – também chamados de "interesses macrossociais" –, como as de um grupo que, ao invocar o direito ao meio ambiente sadio, deseje o fechamento de uma fábrica, e as de outro grupo de pessoas que dependam, direta ou indiretamente, da manutenção dos respectivos empregos ou da continuidade da produção industrial, para sua própria subsistência)". "A defesa judicial coletiva faz-se por meio de legitimação extraordinária (enquanto nos conflitos individuais aquele que pede a prestação jurisdicional é, de regra, quem invoca a titularidade do direito a ser defendido, já nos conflitos coletivos, o autor da ação civil pública ou coletiva defende mais do que o direito próprio à reintegração da situação jurídica violada, pois, também e especialmente está a defender interesses individuais alheios, não raro até mesmo divisíveis, os quais são compartilhados por grupo, classe ou categoria de pessoas". Na tutela coletiva, a destinação do produto da indenização normalmente é especial (enquanto nas ações civis públicas ou coletivas que versem interesses difusos e coletivos o produto da indenização vai para um fundo fluido, de utilização flexível na reparação do interesse lesado, já nas ações individuais, o produto da indenização destina-se diretamente aos lesados; somente quando da defesa coletiva de interesses individuais homogêneos é que o produto da indenização será repartido entre os integrantes do grupo lesado). Na tutela coletiva, como os colegitimados ativos para a ação civil pública ou coletiva não são titulares dos interesses transindividuais objetivados na lide, é necessário que a imutabilidade do *decisum* ultrapasse os limites das partes processuais (coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*), ao contrário do que ocorre com a coisa julgada nas ações tipicamente individuais (nas quais a imutabilidade do dispositivo fica restrita às partes do processo). Na tutela coletiva, preponderam os princípios de economia processual (enquanto na tutela coletiva se discute numa só ação o direito de todo o grupo, classe ou categoria de pessoas, já na defesa individual, as ações judiciais dos lesados ficam pulverizadas, o que normalmente enseja julgamentos contraditórios, com grande desprestígio para a administração da Justiça, pois indivíduos em idêntica situação fática e jurídica acabam recebendo soluções díspares; essas incoerências, aliadas às despesas do processo, levam muitos lesados a abandonarem a defesa de seu direito e desistirem do acesso individual à jurisdição). A seu turno, o art. 81, do Código de Defesa do Consumidor, estabelece a seguinte categorização: "I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.".

Importa recorrer às lições de Silva Neto, para quem se faz relevante a diferenciação entre direito e interesse, pelo fato de que "[...] no campo da conflitualidade de ordem coletiva, não seria correto adotar a terminologia direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, em virtude de não haver atrelamento ao indivíduo isolado, o que configuraria direito individual [...]".[422]

Nesses termos, interesses transindividuais (interesses transcendentes à órbita individual do sujeito de direito, cuja lesão afeta um número considerável de pessoas), na espécie interesses difusos, compreendem interesses que abrangem um universo considerável de indivíduos, podendo até mesmo estar afeto a toda a humanidade, do qual sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.[423]

Para Silva Neto, "O fenômeno da politização do Judiciário guarda, destarte, estreito relacionamento com a tutela dos interesses transindividuais, notadamente os de natureza difusa, em virtude da condução de interesses sociais relevantíssimos para o plano processual, tornando o julgador um instrumento de sua concretização." [424] (grifou-se).

A seu turno, são características relativas aos interesses coletivos [425]:

> - Natureza indivisível, na medida em que, não se traduzindo meramente em feixe de interesses individuais, mas síntese deles, resta inviabilizada a busca da proteção judicial dos diversos indivíduos componentes da coletividade;
> - De que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas, o que equivale a concluir a respeito da determinabilidade dos detentores dos interesses coletivos;
> - Indivíduos ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base, o que significa dizer que no campo dos interesses coletivos, a pesquisa da causa do agrupamento dos indivíduos conduz à existência de uma relação jurídica que os une e os personifica como grupo

---

[422] SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção constitucional dos interesses trabalhistas: difusos, coletivos e individuais homogêneos.* São Paulo: Ltr, 2001, p. 23-24.) Esclarece Silva Neto que "[...] a noção de direito, de modo particular a de direito subjetivo, estar atrelada à concepção liberal-individualista que não presenciava a possibilidade de existência de direito que não estivesse preso a um sujeito certo, preciso e determinado e, portanto, direito subjetivo somente seria identificável ao interesse individual. A partir do momento em que os sistemas jurídicos despertaram para a necessidade indeclinável de proteção normativa de valores que não enfeixavam ou se limitavam ao altiplano das situações individuais; a partir do instante em que a tutela legal de bens caros à comunidade se transformou em real preocupação no Estado pós-moderno – presumivelmente em decorrência dos importantes efeitos desencadeados pela Revolução Técnica, como a explosão do consumo e toda a gama variada de problemas originários da sociedade de massa –, enfim, tão logo os conflitos de ordem coletiva passaram a ingressar na "ordem do dia" dos corpos legislativos, a doutrina dos direitos subjetivos como categoria de bens fruíveis apenas pelo sujeito individualmente considerado se tornou dissonante da realidade social, que acenava para a existência de valores cujos destinatários, por vezes, sequer podiam ser identificados".

[423] Idem, p. 29-31.

[424] Idem, p. 34.

[425] Idem, p. 36.

Por fim, os interesses individuais homogêneos consubstanciam interesses transindividuais vinculados a uma situação fática, porém divisíveis, isto é, torna-se viável a quem foi atingido pelo ato lesivo recorrer ao Poder Judiciário para, mediante ação individual, buscar a devida reparação. [426]

Acerca do interesses difusos é preciso advertir que, muito embora o CDC se refira a ser uma situação fática o que conecta os indivíduos lesados, tal relação subordina-se a uma relação jurídica (como acontece com qualquer relação fática e jurídica). Todavia, no caso dos interesses difusos, a lesão do grupo não decorrerá diretamente da relação jurídica em si, mas da situação fática resultante.[427]

Também no tocante aos interesses coletivos *stricto sensu,* faz-se necessário ressaltar que, embora o CDC aluda a uma relação jurídica base para sustentar o elo entre os lesados, esta relação disciplinará hipótese fática concreta. Todavia, em se tratando de interesses coletivos, a lesão do grupo não decorrerá propriamente da situação fática subjacente, mas da relação jurídica viciada que une o grupo. É o caso, por exemplo, de ação civil pública que objetive a nulidade de cláusula contratual, cuja solução deverá necessariamente ser resolvida de maneira uniforme para todo o grupo lesado. [428]

Assim, existem pontos de contato entre as três espécies de interesses. Vale dizer, os interesses difusos e os interesses coletivos são indivisíveis, porém, no primeiro, os titulares são indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, enquanto no segundo os titulares são grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, ligados por uma mesma situação jurídica base. Nos interesses individuais homogêneos, titulares são grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, só que, neste caso, o interesse é divisível, supondo uma origem comum. [429]

---

[426] Idem, p. 40.

[427] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo.* 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 53. Ressalta o autor: "Assim, um dano ambiental envolve uma situação fática comum, que representa o elo entre os moradores da região atingida, bem como uma relação jurídica incidente sobre a hipótese. De igual sorte, uma propaganda enganosa pela televisão, relaciona-se com questões fáticas e jurídicas, contudo o que reúne o grupo para fins de proteção difusa é o fato de seu acesso efetivo ou potencial à publicidade enganosa. Nessa perspectiva, Mazzilli destaca que é possível identificar interesses difusos: a) tão abrangentes que chegam a coincidir com o interesse público (como o do meio ambiente como um todo); b) menos abrangentes que o interesse público, por dizerem respeito a um grupo disperso, mas que não chegam a confundir-se com o interesse geral da coletividade (como o dos consumidores de um produto); c) em conflito com o interesse da coletividade como um todo (como os interesses dos trabalhadores na industria do tabaco); d) em conflito com o interesse do Estado, enquanto pessoa jurídica (como o interesse dos contribuintes); e) atinentes a grupos que mantêm conflitos entre si (interesses transindividuais reciprocamente conflitantes, como os dos que desfrutam do conforto dos aeroportos urbanos, ou da animação dos chamados trios elétricos carnavalescos, em oposição aos interesses dos que se sentem prejudicados pela correspondente poluição sonora".

[428] Idem, p. 54.

[429] Idem, p. 56.

A referência aos interesses transindividuais, quando relacionados às condições mínimas de existência dos indivíduos, conduz inexoravelmente à reflexão acerca de segmento, cuja complexidade não permite maiores digressões. Todavia constituiria erro grave examinar a essência do mínimo existencial e deixar de referenciar, malgrado com forte incompletude, a existência de graves mazelas que atingem o ser humano no campo laboral.

No presente estudo predominam as relações Estado-indivíduo, porém, dentre os fatores de inserção social se encontram as oportunidades disponibilizadas ao indivíduo no mercado de trabalho, que, de uma forma ou de outra, possui direta dependência da atuação do Estado, com vista a garantir o comportamento aceitáveis das corporações, o desenvolvimento sustentável e o crescimento da economia.

Da força de trabalho o ser humano retira, não só o seu sustento e o da sua família, bem como os meios que viabilizam ao núcleo familiar as condições evolutivas básicas que garantirão a formação consistente da própria sociedade, cenário em que se identificam supressões do direito ao mínimo existencial.

Para referir uma das práticas que maculam a vida em sociedade, cumpre destacar a seguinte observação de Jairo Lins de Albuquerque Sento-sé:

> Esta é uma característica que acompanha a atividade agropecuária desde os primórdios do Brasil Colônia, embora, naquele período, a escravidão se constituísse numa atividade reconhecida pela ordem jurídica vigente. Hoje, não obstante ser rechaçada por toda a sociedade, permanece enraizada em nossa realidade, como uma chaga que insiste em se perpetuar e gerar outros frutos, como é o caso do trabalho infantil no meio rural."[430]

Dessa forma são imprescindíveis as iniciativas que levem à colisão com tais práticas violadoras de Direitos, mostrando-se, nesse particular, de suma importância a atuação do Ministério Público do Trabalho, no seu papel institucional de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis; da Magistratura, no fazer atuar a vontade concreta da lei e no efetivo oferecimento da tutela jurisdicional do Estado; da Advocacia, no sentido de buscar o verdadeiro sentido da justiça e equilíbrio das lides. Por fim, da comunidade como um grande todo, pois é flagelo que atinge os seus valores mais caros.

---

[430] SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque, *Trabalho Escravo no Brasil na Atualidade*. São Paulo:LTR,2000, p 127.

No atual estágio da sociedade, em que a complexidade da vida se tornou fator impeditivo do exercício de diversos direitos, não se pode mais aguardar que o Estado promova, de forma exclusiva, ações tendentes ao acesso às prestações materiais, o que impõe a garantia de condições para que o trabalhador alcance sua independência.

Práticas violadoras dos direitos do trabalhador, portanto, além de inviabilizar o seu crescimento e independência, transforma humanos em peças descartáveis que, uma vez utilizados, são lançados à própria sorte, para formar o contingente de excluídos do mercado.

Como que em uma auto-solução, afirma Paul Singer:

> Até o fim dos "anos dourados", os direitos sociais estavam consignados na legislação e sua observância estava a cargo do Estado, assim como a prestação de serviços que deles decorriam, como a assistência á saúde, a educação e a previdência social. Agora é a sociedade civil "se torna protagonista da solução dos problemas que os direitos sociais pretendem prevenir. Associações e cooperativas organizam solidariamente os socialmente excluídos com o apoio de uma rede cada vez mais ampla de agências de fomento. Assim, parte dos desempregados e dos "inempregáveis" se reinsere na economia por sua própria iniciativa.[431]

Nada obstante, ainda que se reconheça a importância das ações implementadas pela sociedade civil, bem como do importante papel que desempenha o terceiro setor na formação do espaço para discussão e solução das questões que envolvem os direitos sociais, especialmente no âmbito do mínimo existencial, impõe-se concluir que a missão principal ainda recai sobre o Estado e, portanto, não se pode afastar do Ente político a responsabilidade pela garantia das condições básicas de desenvolvimento do povo.

Nessa perspectiva é que se impõe reconhecer que qualquer ameaça ao direito fundamental ao mínimo existencial – sem identificá-lo aos direitos sociais – deve servir de supedâneo para deflagrar demanda o campo dos interesses transindividuais[432] (difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos). Vale dizer, a norma produzida para solução no campo individual deve ser preparada para o acesso de toda a coletividade.

---

[431] SINGER, Paul. *A cidadania para todos.* In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). História da Cidadania. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2008.

[432] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo.* 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 52. Em relação às expressões *interesses transindividuais* e *interesses* metaindividuais, explica Mazzilli que "Embora, em rigor de formação gramatical, seja preferível utilizar-nos da primeira expressão, porque é neologismo formado com o prefixo e radical latinos (diversamente da segunda, que, como hibridismo, soma prefixo grego e radical latino), a verdade é que a doutrina e a jurisprudência têm usado os termos, no mais das vezes indistintamente, para referir-se a interesses de grupos, ou a interesses coletivos, em sentido lato".

O caso concreto de um único indivíduo necessitar de determinado tratamento medicamentoso, que objetive garantir condições mínimas de existência digna, deve ensejar providências para que a prestação seja, de igual sorte, colocada à disposição da sociedade como um todo.

A ação civil pública – como, de igual sorte e com preferência, as demais soluções extrajudiciais, disponíveis ao Ministério Público, tais como o Termo de Ajustamento de Conduta, o Inquérito Civil e as Recomendações – consubstancia meio idôneo para que viabilize a tutela coletiva do direito ao mínimo existencial, sobretudo porque importa em reconhecer severa violação ao princípio da isonomia, o fato de um cidadão ter acesso a determinado tratamento ou substância, necessária à sua existência digna, simplesmente porque houve por provocar o Judiciário, enquanto outros, pelas mais diversas razões, inclusive pelo volume de demandas, quedam-se desprovidos de tal benefício.

Relevam-se pertinentes a lição de Silva Neto:

> O amplo acesso ao Poder Judiciário é desejo de todos; entrentanto, a concretização deste ideal de sistema jurídico somente se dará a partir do instante em que, de modo definitivo, for consolidada a posição da ação civil pública como instrumento processual de defesa da coletividade, mesmo porque a atomização de conflituosidade abarrota os tribunais, o que, de resto, impede o acesso até eles pelo cidadão.[433]

Não se está a defender a determinação judicial de políticas públicas no campo dos direitos sociais; até porque se cuidou de estabelecer os traços distintivos entre o direito ao mínimo existencial e esta categoria de direitos. O que se defende é que há um conjunto de direitos que se situam na órbita de atuação mínima do Estado e que, portanto, não pode ser negado aos cidadãos, sob pena de desnaturar-se o Estado na sua própria essência.

Nesse sentido, quando o Legislativo e o Executivo atuam em discordância com a Constituição e provocam, com omissões e desvios de recursos, o surgimento de situações que atingem o mínimo existencial dos cidadãos, o Judiciário deve ser provocado não só para viabilizar a realização do direito ao mínimo existencial de um indivíduo isoladamente considerado, como também para determinar a colocação de a prestação à disposição da sociedade, o que deve acontecer por meio da provocação do Ministério Público ou pelos legitimados para a Ação Coletiva.

---

[433] SILVA NETO, Manoel Jorge da. *O Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional*. São Paulo: LTr, 1999, p. 76.

É que, muitas vezes, vidas são perdidas pela inexistência de tempo hábil para a prestação jurisdicional. Ademais, a decisão no âmbito de uma ação civil pública, cujos sujeitos são indetermináveis e as situações de fato podem ainda não ter-se delineado, permite ao Poder Público, se assim o desejar, preparar a máquina estatal para cumprir a determinação judicial.

Luis Roberto Barroso, em escrito que trata das listas de distribuição de medicamentos, aponta três fundamentos para que lides desta natureza sejam conduzidas à discussão no âmbito coletivo:

> Em primeiro lugar, a discussão coletiva ou abstrata exigirá naturalmente um exame do contexto geral das políticas públicas discutidas (o que em regra não ocorre, até por sua inviabilidade, no contexto de ações individuais) e tornará mais provável esse exame, já que os legitimados ativos (Ministério Público, associações etc.) terão melhores condições de trazer tais elementos aos autos e discutilos. [...].
>
> Em segundo lugar, é comum a afirmação de que, preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de micro-justiça –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macro-justiça. Ora, na esfera coletiva ou abstrata examina-se a alocação de recursos ou a definição de prioridades em caráter geral, de modo que a discussão será prévia ao eventual embate pontual entre micro e macro-justiças. [...]
>
> Em terceiro lugar, e como parece evidente, a decisão eventualmente tomada no âmbito de uma ação coletiva ou de controle abstrato de constitucionalidade produzirá efeitos erga omnes, nos termos definidos pela legislação, preservando a igualdade e universalidade no atendimento da população. Ademais, nessa hipótese, a atuação do Judiciário não tende a provocar o desperdício de recursos públicos, nem a desorganizar a atuação administrativa, mas a permitir o planejamento da atuação estatal. Com efeito, uma decisão judicial única de caráter geral permite que o Poder Público estruture seus serviços de forma mais organizada e eficiente. Do ponto de vista da defesa do Estado em ações judiciais, essa solução igualmente barateia e racionaliza o uso dos recursos humanos e físicos da Procuradoria-Geral do Estado. [434]

A construção das regras jurídicas coletivas, por meio do Judiciário, no campo do mínimo existencial atende à aludida visão neoconstitucionalista do "modelo prescritivo de Constituição como norma", referida por Susanna Pozzolo, garantindo-se às disposições

---

[434] BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2010.

constitucionais como aquela sediada no artigo 196, da Lei Fundamental, o respeito mínimo ao direito que pretende proteger e, por conseqüência, a sua observância pelo Estado.

Assim é que, se "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", a inacessibilidade da sociedade ao mínimo existencial importa em total esvaziamento do comando constitucional.

Não se trata, pois, de compelir o Estado Administrador a que desenvolva as políticas públicas determinadas pelo referido dispositivo, mas de compelir o Ente estatal a reparar as situações desencadeadas justamente pela inexistência de tais políticas, com a devida responsabilização daqueles que agiram de modo a desprezar a Constituição e, por conseguinte, a própria sociedade e seus representados.

Como afirma Silva Neto:

> O sentimento de sobrevivência social demanda que se instale um ambiente de solidariedade. Esta solidariedade está vinculada à extração de efeitos das normas programáticas. Tal concepção extrai-se do Direito Constitucional transformador, domínio normativo destinado a melhorar a vida das pessoas.[435]

Nessa perspectiva é que não se pode concordar com o tom crítico com que muitas vezes se trata do denominado ativismo judicial, porquanto o que se observa, respeitadas a correção do discurso e a total observância dos requisitos da ponderação, é nada mais do que o cumprimento pelo Poder Judiciário de sua missão de contribuir para a realização do projeto constitucional, que não admite que os cidadãos não alcancem o mínimo de acesso a direitos indispensáveis ao ingresso e permanência no campo da dignidade.

Não se trata, pois, do necessário ativismo para que seja determinada a realização de políticas públicas idôneas a garantir condições melhores de vida para as pessoas, mas sim de providências judiciais aptas a inserir indivíduos excluídos das condições mínimas de sobrevivência no campo do tratamento minimamente humano e digno.

---

[435] O texto consubstancia compreensão da explicação lançada durante aula ministrada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia.

Também não se cuida de proteger o direito de se realizar determinado procedimento médico, necessário à preservação de sua saúde, mas que não implica ameaça à vida e integridade física – que, advirta-se, insere-se no campo obrigacional do Estado, sobretudo pela ótica da prevenção –, mas o de garantir que a tônica do sistema de saúde não seja a de que indivíduos percam a sua vida pela ausência de condições mínimas de cuidado com a sua saúde, decorrente da negativa do Estado em fornecer o tratamento adequado.

Saulo Casali empreende reflexão que auxilia a compreensão acerca das dificuldades encontradas no particular:

> Podem os "direitos a prestação" ser regras vinculantes, como no caso do "mínimo existencial" (que em verdade não passa do resultado de uma ponderação prévia), ou princípios vinculantes, mas válidos apenas "prima facie". E, como visto, mesmo regras definidoras podem ganhar relativização, na medida em que ocorra o fenômeno da adscrição a princípios, quando passa a existir necessidade de ponderação. Daí recorrer este jurista ao "argumento da competência", segundo o qual a política orçamentária não pode ser controlada pelo Judiciário. Mas, ao mesmo tempo, recorre este autor ao "paradoxo da democracia", por considerar que decisões importantes como aquelas relativas aos direitos fundamentais não podem ficar nas mãos de uma simples maioria parlamentar. Afinal de contas, os direitos fundamentais também vinculam o legislador. A separação de poderes passa, então, a corresponder a um princípio que deve ser submetido, com o conflito instalado, a uma ponderação. Se ocorrer um sacrifício reduzido ao "princípio da competência", ganha então o Judiciário condições de atuar. O problema deve ser resolvido caso a caso, e nenhuma solução apriorística é possível, sequer quanto a qual seja o conteúdo substantivo do chamado "mínimo existencial", que dependerá sempre da análise das circunstâncias de tempo e lugar. Quanto mais segurança sobre a existência de um direito fundamental exista, maior a possibilidade de intervenção do Judiciário. Trata-se da "lei epistêmica da ponderação": quanto mais intensa seja a intervenção em um direito fundamental, tanto maior deve ser a certeza das premissas que sustentam a intervenção. Princípios formais, como a democracia, somente podem prevalecer se conectados a outros princípios materiais. É a "lei da conexão", segundo Alexy. [s]

É certo que solução apriorística que pretenda delimitar o conteúdo substantivo do mínimo existencial não se revela possível, todavia, a experiência dos casos concretos permite que se construam regras que definam direitos a ser incluídos nesta concepção, máxime porque a existência de determinação judicial para que o Estado entregue ao cidadão o bem do qual depende a sua vida está longe de ser garantia da realização do direito ao mínimo existencial.

Essa circunstância é vivida diariamente por aqueles que se situam abaixo da linha da dignidade, como se observa do recente caso que atingiu a família de Fábio de Souza do Nascimento (Fabinho), noticiado na imprensa nacional, por meio da Revista Época, em reportagem sob o título: "R$ 520,00 por uma vida". Lê-se que "Intimadas pela Justiça a fornecer a Fabinho um balão de oxigênio que poderia ter lhe salvado a vida, ao custo de R$ 520 por mês, autoridades dos governos federal, estadual e municipal discutiram, procrastinaram, ignoraram a determinação judicial até que fosse tarde demais."[436]

[436] R$ 540,00 por uma vida. *Revista Época.* 11 set. 2010. Para melhor compreensão, segue trecho da notícia: " Eram 16h06 do dia 9 de agosto quando Fábio de Souza do Nascimento morreu de insuficiência respiratória. Ele viveu 14 anos, com os pais e a irmã mais velha, num condomínio popular de Jacarepaguá, na Zona Oeste do Rio de Janeiro. Gostava de pipa e videogame, de desenho animado e futebol. Torcia pelo Flamengo. Adorava churrasco e misto-quente. Sonhava em ser motorista de caminhão. Um mês depois de sua morte, a pipa rosa que Fabinho gostava de empinar está presa na parede, na entrada da sala do sobrado humilde de seus pais. É o símbolo de uma vida interrompida, de um drama familiar - e também de um crime. Intimadas pela Justiça a fornecer a Fabinho um balão de oxigênio que poderia ter lhe salvado a vida, ao custo de R$ 520 por mês, autoridades dos governos federal, estadual e municipal discutiram, procrastinaram, ignoraram a determinação judicial até que fosse tarde demais. O caso de Fabinho revela as falhas trágicas do sistema de saúde no Brasil, que pela lei deve garantir tratamento a qualquer cidadão, mas na prática tem de lidar com recursos escassos, que, em muitas ocasiões, levam ao descaso com as ordens judiciais. Submetido a um transplante de medula há quatro anos, ele desenvolveu uma doença pulmonar. Necessitava de um balão de oxigênio em casa. Seus pais conseguiram o equipamento na Justiça. Mas nunca o receberam. A União, o Estado e o município do Rio de Janeiro levaram seis meses empurrando a responsabilidade um para o outro. Aí ficou tarde demais. Fabinho não teve uma vida fácil. A mãe - Maria das Graças Ferreira de Souza, mineira de Ponte Nova, uma dona de casa de 57 anos - e o pai - Antônio Serafim Nascimento, de 56, paraibano que faz bicos como pedreiro - se alternam ao contar sua história. De vez em quando param de falar para chorar. Outras vezes sorriem juntos com alguma lembrança. Com apenas 1 ano e 7 meses, o filho foi diagnosticado com câncer. Tinha linfomas pelo corpo e teve de passar por vários tratamentos. Até que aos 10 anos passou por um transplante de medula, no Instituto Nacional de Câncer (Inca). A irmã, Fiama, três anos mais velha, foi a doadora. A cirurgia, bem-sucedida, parecia ser o início de uma nova vida para ele. Não foi. Perto do Natal de 2006, quando Fabinho parecia ter pela primeira vez uma rotina normal de criança, começou a ter tosse constante e dificuldade de respiração. O diagnóstico: doença do enxerto contra-hospedeiro, uma reação do organismo às células recebidas no transplante. Ela pode atingir vários órgãos. No caso de Fabinho, foi o pulmão. Após alguns períodos de tratamento no Hospital Universitário Clementino Fraga Filho, da UFRJ, os médicos recomendaram que ele tivesse em casa um aparelho concentrador de oxigênio. "Era uma forma de dar dignidade a sua vida e protegê-lo de crises respiratórias mais graves e fatais", diz a pneumologista Marina Andrade Lima, que o atendeu nos últimos meses de vida e fez o laudo médico para a Justiça. Com o aparelho, as crises de Fabinho poderiam ser controladas, e, na avaliação dos médicos, ele tinha grandes chances de viver muitos anos. Maria das Graças e Antônio procuraram a Defensoria Pública da União no Rio de Janeiro para entrar com uma ação. A Justiça lhes deu ganho de causa em dois dias: a União, o Estado ou o município do Rio deveriam fornecer o equipamento - imediatamente. Dois meses depois, em abril, a Defensoria telefonou para os pais de Fabinho. O aparelho não chegara. A União se defendia na Justiça dizendo que o Sistema Único de Saúde (SUS) descentraliza esse tipo de demanda, e quem devia pagar o aparelho era o Estado ou o município. O Estado apresentara decisões judiciais anteriores que dirigem ao município a atribuição. O município alegava que, por se tratar de um fornecimento de "alto custo" e "média complexidade", era de responsabilidade estadual (leia o quadro abaixo) . Um aparelho desse tipo custa R$ 3.800. Ele requer um cilindro de alumínio, que custa R$ 50. É no cilindro que fica a carga de oxigênio, que deve ser renovada todo mês, a um custo de R$ 40. O Poder Público em geral não compra aparelhos, aluga-os. O preço, nesse caso, seria de R$ 520 por mês.

Sendo certo que as ações civis públicas se traduzem em meio apto a permitir a construção mais ampla dessas regras, exatamente na perspectiva defendida por Capeletti e Garth, de que tais instrumentos "podem ser utilizados tanto para dar amparo aos indivíduos, quanto para impor os direitos coletivos duma classe"[437], importa refletir acerca da necessidade de construção de uma regra, concebida a partir do ajuizamento de ação civil pública, que determinasse ao Estado a fornecer a qualquer cidadão que se encontre nas mesmas circunstâncias que se encontrava Fábio, a prestação material de que necessita para manter-se vivo.

Tal providência, com certeza, poderia evitar que novas fatalidades viessem a ocorrer, especialmente porque o campo das responsabilidades do Estado estaria, de certa forma, previamente estabelecido, pelo que se evitariam discussões jurídicas protelatórias enquanto vidas são perdidas.

Veja-se a lição de Silva Neto ao estabelecer dicotomia entre situações que demandam postura diferenciada do Estado Administrador:

> Se, no caso, houver propositura de ação civil pública pelo Ministério Público a fim de promover o atendimento ao comando constitucional e adoção de programa de atendimento pré-natal a todas as gestantes do Brasil, seria possível ao Poder Executivo, a depender efetivamente da hipótese, argumentar que a adoção de um tal programa repercurtiria negativamente em relação a outros projetos vinculados à promoção da saúde e prevenção de doenças.
>
> Mas, na circunstância, o que nunca poderá ser argumentado pelo administrador é a impossibilidade de prestar o atendimento pré-natal a uma gestante carente cuja prenhez pode ser considerada de risco.
> Não há qualquer argumento para a argüição da reserva do possível, mais ainda porque o descumprimento da norma constitucional programática no tocante à mulher grávida carente e com graves problemas na gravidez poderá, inclusive, desencadear a sua morte.[438]

[437] CAPPELLETTI Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à Justiça.* Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 73.

[438] SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 174.

Partindo dessas reflexões, que levam a discussão para o campo da colisão entre a reserva do possível e o direito ao mínimo existencial, impõe-se indagar acerca da postura permitida ao Poder Executivo frente a provimento judicial decorrente de ação civil pública que pretenda conferir a todas as mulheres grávidas carentes e com graves problemas na gravidez o atendimento pré-natal, evitando-se, assim, demandas atomizadas, o que homenagearia, por meio do judiciário, a justiça distributiva.

A resposta a essa indagação exige que se advirta, de logo, acerca dos cuidados necessários na construção de regras mais amplas de proteção ao mínimo existencial, para que se evite incluir direitos que não possuem idoneidade para tanto. Ademais, é fato que, mesmo naquilo que se pode estabelecer como estritamente mínimo existencial, as possibilidades de realização plena dos direitos estarão sempre vinculadas à capacidade de prestar do Estado, no plano fático, bem como das condições em que se encontrem as partes envolvidas no caso concreto. Todavia, de outra perspectiva, é preciso projetar cada vez mais a Administração para o campo de suas responsabilidades, máxime diante dos desvios e da corrupção que drenam os recursos do Estado.

Ao se projetar a discussão do direito ao mínimo existencial para o plano coletivo aumenta-se a pressão sobre a Administração Pública no sentido de que, em momentos futuros, passe-se a incluir no orçamento a previsão necessária à realização daquela prestação, o que, de igual sorte, demandará o controle social e jurisdicional que objetive prevenir a ocorrência de desvios que obstaculizem o cumprimento pelo Estado do que delineado no planejamento orçamentário.

6.3 A postura do Juiz e as violações ao mínimo existencial

O pensar simples não permite que se perceba o mundo e não logra corresponder aos anseios de solução dos graves problemas que afligem a sociedade contemporânea, muito menos aquela que ainda se encontra em trânsito na república juvenil e no capitalismo tardio.

Vive-se numa quadra de tempo, em que as desigualdades que violam a convivência em sociedade irrompem em velocidade que oferece sérias dificuldades à compreensão racional. Trata-se, pois, de situações que inquietam mesmo aqueles mais alheios aos problemas sociais, ultrapassando fronteiras que delimitam o mínimo digno, para atingir o ser humano na mais profunda de suas aflições.

Esse cenário conduz, inexoravelmente, à exagerada provocação do judiciário, que se apercebe frente à missão que desafia a falibilidade humana e que projeta o juiz ao lugar inóspito e movediço das decisões envolvendo o mínimo existencial.

Luís Roberto Barroso, ao observar que a judicialização e o ativismo judicial são primos, estabelece a seguinte delimitação:

> [...] Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. [439]

O número crescente de violações aos direitos sociais e ao mínimo existencial produz campo fértil para a sua judicialização, em especial pelo fato de que o problema da "juridicialização" dos direitos sociais tornou-se crucial para as Constituições do Estado Social, conforme leciona Paulo Bonavides:

> Cumpre, pois, na busca de uma solução, observar toda essa sequência: reconhecer a vinculação constitucional do legislador a tais direitos, admitir que se trata de direitos de eficácia imediata, instituir o controle judicial de constitucionalidade e, por fim, estabelecer mecanismos suficientes que funcionem como garantias efetivas de sua aplicabilidade. Nesses dois últimos aspectos assinalados, são também de extrema relevância o controle abstrato de normas, a criação de tribunais constitucionais e o uso de instrumentos comparáveis à queixa constitucional dos alemães (Verfassungsbeschwerde), que reforçam consideravelmente a proteção dos sobreditos direitos, tornando-os de todo "justiciáveis", contrariando, assim, a crença de quantos os supunham mero programa social enxertado no corpo das Constituições. [440]

O caráter indeterminável da expressão, bem assim a sua indiscutível vinculação aos postulados que demarcam o princípio da dignidade da pessoa humana, torna qualquer

---

[439] BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. In: OAB - Revista Atualidades Jurídicas. n. 4, jan-fev/2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2010.

[440] BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social.*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 186.

tentativa de conceituar o que se deve entender por *mínimo existencial ou mínimo vital* uma tarefa que não pode ser classificada como das mais fáceis.

A esse respeito, a advertência de Saulo Casali:

> No Brasil, está em voga a discussão sobre os limites de atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, pois é inegável que o discurso do mínimo existencial ora esbarra no entendimento da proteção judiciária total (ou seja, na possibilidade de conferir efetividade ampla a qualquer previsão programática de direito social), ora esbarra no próprio alargamento da idéia do que seja o mínimo essencial a ser protegido pelo Judiciário. [441]

Essa "juridicialização" e conseqüente judicilização dos debates acerca do mínimo existencial deve ser implementada à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, sempre com o objetivo de proteger a dignidade da pessoa humana, buscando-se os elementos políticos, sociais, econômicos, filosóficos e culturais que fundamentem tal ação.

Exames dessa magnitude somente podem ser levados a efeito em meio a um ambiente de racionalidade do discurso, em que se busque a correção.

Nesse sentido, considerado a significativa contribuição das teorias argumentativas, importa destacar o declarado objetivo de Alexy com a sua tese do discurso racional prático: O seguimento das regras que se indicaram e a utilização das formas de argumento que se descreveram aumentam certamente a probabilidade de alcançar um acordo racional nas questões práticas, mas não garantem que se possa obter um acordo para cada questão, nem que qualquer acordo alcançado seja definitivo e irrevogável. [442]. (grifou-se).

Indaga-se, portanto: que instrumental deve servir ao magistrado na sua acidentada trajetória em direção à consecução da justiça? Em que medida o seu poder discricionário, notadamente aquele viabilizado pela aclamada ponderação de bens e interesses, favorece a construção de uma sociedade mais igual?

Inegável que a correção do discurso jurídico, desde o pensamento de Alexy, é sempre apontado como instrumento de fundamental importância para a prestação jurisdicional, já que as regras estabelecidas naquele âmbito objetivam coerência idônea à consecução de argumentação hígida e fiel às premissas fixadas.

---

[441] BAHIA, Saulo José Casali. *O Poder Judiciário e a efetivação dos direitos fundamentais.* In: CUNHA JR., Dirley da; DANTAS, Miguel Calmon (coord.). *Desafios do Constitucionalismo Brasileiro*. Salvador: Edições *Jus*Podivm, 2009, p. 301.

[442] ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 207.

Nada obstante, é preciso perceber que a visão de mundo e o retorno à essência das coisas se apresentam como condições ao sucesso dessa empreitada, porque a possibilidade de distanciamento excessivo do núcleo do problema pode conduzir à distorção dos próprios fenômenos que se multiplicam no campo de tensão do mínimo existencial.

Não é possível aceitar que o exame de questões tão relevantes à sobrevivência humana seja realizado sem a percepção de que os problemas que envolvem os direitos fundamentais, notadamente aqueles que se identificam com os bens mais elementares da vida, tocam, para além do corpo, o próprio espírito dos indivíduos.

Ademais, faz-se necessária a consciência de que o acesso apenas parcial a bens indispensáveis à sobrevivência causa a sensação de incompletude e, por conseguinte, a infelicidade, já que o ser humano só pode se compreendido como tal se preenchidas necessidades que reverenciem sua dignidade.

Por isso mesmo, "los diferentes derechos fundamentales de los mismos titulares se condicionam unos a otros. El individuo necesita, para el desarrollo de su personalidad, la posibilidade de formar um patrimônio. La constituición del patrimônio lleva a uma mayor seguridad, que, a su vez, fortalece El sentimiento de libertad".[443] De igual sorte, "El individuo se ve amenazado em su ser espiritual cuando faltan el derecho a la libertad de profesión, la libertad contractual e la libertad de propriedad".[444]

O que pensar, pois, daquelas situações em que o indivíduo se vê subtraído das condições mínimas para a mantença do seu corpo, tais com o acesso ao alimento diário, bem como ao cuidado com a sua saúde? Situações que se multiplicam com a perda cada vez mais acentuada dos laços de solidariedade presentes naquela vida social de conjunto, íntima, interior e exclusiva, repousada na consciência da dependência mútua determinada pelas condições de vida comum, pelo espaço compartilhado e o parentesco. Ambiente em que os indivíduos se realizariam com elementos de bens e males, esperanças e temores, amigos e inimigos, mobilizada pela energia liberada por sentimentos envolvidos como afeto, amor e devoção. [445]

---

[443] HÄBERLE, Peter. *La Garantia del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales*". Madrid: DYKINSON, 2003, p. 15.

[444] Ibidem.

[445] TÖNNIES, Ferdinand. *Principios de Sociologia*. México: Fondo de Cultura Economica, 1942, p. 39.

A ruptura na organização dos núcleos de sociabilidade impõe um retorno à essência das comunidades, para que se compreenda que as decisões envolvendo as necessidades humanas produzem sofrimento. E isso só é possível por meio do retorno introspectivo à essência mesma das coisas.

No estudo do Estado republicano se enfrentou o fato de que quanto mais se multiplica a vida da cidade, ou seja, à medida que o mercado estimula o desenvolvimento hipercefálico da urbe, mais perdem forças os círculos de parentesco e vizinhança como motivos de sentimentos e atividades amistosas.[446]

Assim, o ser humano, sem o suporte social, busca no Estado o preenchimento de lacunas geradas pelas diferenças naturais e culturais que o afligem, já que, em verdade, como se depreende do pensamento tönnesiano destacado, no mundo contemporâneo, os indivíduos estão cada vez mais separados, não obstante todas as uniões.

Ademais, cada uma das vontades individuais, nesse âmbito, é reconhecida socialmente como unidade subjetiva moralmente autônoma, independente e auto-suficiente, estando para si em um estado permanente de tensão com as demais, sendo as intromissões de outras vontades na maioria das vezes aludida como ato de hostilidade. [447]

Indaga-se, pois: como compreender as necessidades sem retornar aos fenômenos que tomam lugar no campo da essencialidade humana? Como investigar as causas e perseguir soluções com o afastamento quase absoluto do que fundamenta a realidade do outro?

O retorno à essência das coisas extrapola o conhecimento pela experiência, para empreender a supressão imaginária de predicados, até que se chegue àquele conjunto de características que identifiquem o objeto à sua própria essência – vale dizer, manter tão-somente aqueles predicados sem os quais importaria em extinção daquilo que se pretende examinar. Na verdade, o objeto é um sujeito com predicados essenciais que se impõem como limite à redução *eidética*.

Indaga-se: o que significa a abordagem fenomenológica no campo da realização do direito ao mínimo existencial, especialmente no que envolve as decisões judiciais?

Significa compreender, de logo, que a prestação jurisdicional deve perseguir o reequilíbrio de situações, notadamente aquelas em que a dignidade se vê aviltada. O Juiz deve se acercar das garantias necessárias ao cumprimento do seu árduo mister de decidir acerca da vida dos indivíduos, considerada uma sociedade complexa, conflituosa e marcada por graves desigualdades, como no caso do Estado brasileiro.

---

[446] Ibidem, p. 61.
[447] Ibidem, p. 65.

Ao empreender o retorno à essência mesma das coisas, o Magistrado encontra os fundamentos necessários para, orientado pelas regras do discurso, extrair do texto legal a solução mais adequada à solução dos conflitos.

O modelo escolástico e empírico, caracterizado por preconceitos, induz ao erro, já que as particularidades dos diversos casos enfrentados pelo Juiz podem ser equivocadamente conduzidas à solução de outros que não guardam relação de identidade com aqueles.

Isso porque não se apresenta possível a compreensão dos fenômenos do espírito pelo simples ordenamento causal orientado pelas leis que governam fenômenos, já que "no vasto círculo das coisas, só o homem é compreensível ao homem", circunstância que enseja a ausência de correspondência entre o princípio fundamental das ciências do espírito e o princípio fundamental que rege as ciências da natureza. [448]

E a compreensão dessa circunstância impõe a "suspensão" do pensamento para que se possa levar o fenômeno psicológico à essência pura; ou seja, da universalidade fática à universalidade de essência, ao que denominou Edmundo Husserl de "redução eidética" [449], tema enfrentado neste estudo.

Todavia, malgrado os fenômenos da fenomenologia transcendental devam ser caracterizados como irreais, revela-se inevitável, considerada a aplicação que se pretende defender, o retorno ao mundo dos fatos – não para afirmar ou para negar a existência -, mas porque a solução não poderá estar limitada à essência pura ou ao mundo irreal.

A "redução eidética" é um meio para a melhor compreensão da essência pura das coisas, mas a solução dos problemas deve inexoravelmente projetar-se para o mundo dos fatos, consideradas as peculiaridades de cada situação, com pretensão de eliminação das distorções pré-existentes à redução.

Nesse campo, o Juiz há sempre que "colocar entre parêntesis" o fato sob exame, para reduzir o pensamento à essência mesma desses direitos, retornar aos ideais lançados pelas revoluções políticas, eliminar preconceitos e concluir, por exemplo, pela interdependência dos valores, que torna absolutamente indissociável a manutenção de desigualdades ilegítimas da extrema mácula à liberdade dos indivíduos.

---

[448] BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 35. A referência é extraída a partir das reflexões do autor acerca das obras de Wilhelm Dilthey.

[449] HUSSERL, Edmund. *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie.* Hambuirg: Felix Meiner Verlag GmbH: 2009, p. 6.

Trata-se, portanto, de reduzir a universalidade fática que envolve a liberdade e a igualdade dos indivíduos à essência pura aqui idealizada – decerto que de modo limitado – no comando de otimização, "predicado" cuja supressão importaria na extinção do próprio princípio.

A compreensão da essência do mínimo à subsistência humana permite ao Juiz criar categorias que viabilizem a identificação de indivíduos em uma mesma situação de violação a direitos fundamentais e que, portanto, merecem tratamento idêntico, em homenagem ao princípio isonômico.

O que se tem, em verdade, é um embate entre necessidade e poder, já que as necessidades negadas pelo Estado administrador são submetidas ao poder do magistrado, que tem em suas mãos a missão de decidir, porque, como leciona Silva Neto, "a inserção das normas impositivas de uma atuação do Estado para melhorar as condições materiais de existência do individuo promoveu a derrocada da mistificação do princípio da neutralidade, esculpido á feição do ideário absenteísta burgês".[450]

Tomada a lição de Nelson Cerqueira, é preciso compreender que:

> A condição moral do homem no mundo não é separada das suas necessidades e poderes, e estes são todos igualmente sujeitos a mudança e desenvolvimento (Marx *Grundrisse)*. Consequentemente, não pode haver nada predeterminado a respeito das personalidades humanas, exceto o que necessariamente resulta da determinação do Outro como um ser natural: o homem (seja na realidade, seja na ficção) é um ser com necessidades; de outra forma não poderia ser chamado de ser humano natural. Consequentemente, o homem é um ser com poderes a ser usados para suas satisfações, sem as quais um ser humano não poderia sobreviver. [451]

Tem-se, no caso específico, situação deveras delicada, em que a necessidade de um encontra-se na estreita dependência do poder do *outro*.

Saliente-se, ainda, que o Juiz, malgrado deva guardar a necessária eqüidistância das partes, não pode – até porque a sua condição humana não permite – manter-se alheio ao sofrimento daqueles que aparecem representados nas frias laudas dos autos.

Rodolfo Pamplona, ao discorrer acerca da imparcialidade e da neutralidade do Juiz, leciona que:

> [...] é impossível para qualquer ser humano conseguir abstrair totalmente os seus traumas, complexos, paixões e crenças (sejam ideológicas, filosóficas

---

[450] SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional.* São Paulo: Ltr: 1999, p. 61.

[451] CERQUEIRA, Nelson. *Hermenêutica e Literatura.* Bahia: Cara, 2003, p. 172-173.

> ou espirituais) no desempenho de suas atividades cotidianas, eis que a manifestação de sentimentos é uma dos aspectos fundamentais que diferencia a própria condição de ente humano em relação ao frio "raciocínio" das máquinas computadorizadas.
>
> Só mesmo a inconsciência da realidade leva à crença da possibilidade da neutralidade. O órgão julgador, apesar do princípio da legalidade tão valorizado pelo positivismo formalista como pressuposto lógico e condição indispensável para a certeza e segurança jurídica, não pode se mostrar alheio à realidade da sociedade em que vive. [452]

De fato, "a inconsciência da realidade leva à crença da possibilidade de neutralidade". Mesmo inconsciente da realidade em que vive, o Juiz jamais será neutro. Todavia, essa inconsciência presta um desfavor à sociedade. É dizer: o poder do magistrado para decidir sobre as necessidades dos seus semelhantes desnatura-se e corrompe-se, quando ausente a compreensão da realidade social em que vive, situação que afasta do Juiz a idoneidade moral para atuar na solução dos conflitos sociais.

Tem-se, pois, no trânsito pela universalidade de essências, a possibilidade de se encontrar resposta mais satisfatória para a indagação de Calamandrei: "Quantas vezes o juiz está em condições de perceber com exatidão, ele mesmo, os motivos que o induziram a decidir assim?" [453]

6.4 Casuísticas adicionais que auxiliam a percepção da complexidade que envolve as dimensões do mínimo existencial

6.4.1 A demanda do protetor solar. Estado de São Paulo

Cediço que a impossibilidade de definição *prima facie* do conteúdo do direito ao mínimo existencial não se relaciona tão somente com a natureza da prestação em si, mas sim com a situação vivida pelo indivíduo(s), a indicar que determinado bem da vida é indispensável à sua subsistência digna.

---

[452] PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O Mito da Neutralidade do Juiz como elemento de seu Papel Social.* In "O Trabalho. O Trabalho, Curitiba, n. 16, p. 368-375, 1998.

[453] CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado.* São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 175.

A necessidade de acesso a substância (não experimental) direcionada a certa patologia que oferece risco à vida das pessoas já autoriza a sua inclusão como bem integrante do conceito de mínimo existencial. Todavia, situações há em que esta concepção apriorística (ainda que parcial) não se revela possível.

É o que acontece, por exemplo, com os protetores solares – substâncias que não são consideradas *per se* como indispensáveis à sobrevivência humana, ainda que sejam necessárias à proteção contra raios que podem desencadear quadro cancerígeno –, que, quando examinados isoladamente não parecem possuir aptidão para integrar o mínimo existencial, tendente a incluir as pessoas no campo da dignidade.

Sobre outro prisma, quando a necessidade de utilização recai sobre pessoa portadora de patologia, tais como o vitiligo e o albinismo, o quadro sofre marcante alteração, já que a sensibilidade desenvolvida pelos portadores da patologia, não só impede o convívio social, como também expõe tais indivíduos a severos riscos que, inclusive, podem levar à fatalidade.

Esse cenário encontra proteção na ordem constitucional e, portanto, autoriza o denominado ativismo judicial tendente a obrigar o Estado a garantir o acesso à prestação, como se verifica de decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, na Apelação n. 22384/2010, *verbis*:

> Consoante se verifica do laudo de fls.29/30 e do receituário acostado às fl. 33, denota-se que a adolescente ALINE KEMILA FRANCISCO DOS SANTOS, por ser albina, é portadora de VITILIGO, necessitando do medicamento pretendido na inicial, qual seja: PROTETOR SOLAR – FSP 60 de uso contínuo.
>
> Por sua vez, constata-se do documento de fl. 28 que a Secretaria de Saúde do Estado de Mato Grosso informou que não pode fornecer o medicamento sob argumento de "O medicamento solicitado não é contemplado nas legislações acima citadas e/ou não possui critério de inclusão no Programa de Medicamento Excepcionais [...]"
>
> Assim, considerando que se trata de medicamento de custo elevado para autora/representada, já que não tem condições de adquiri-lo sem que tal gasto afete sobremaneira o sustento de sua família (fl.32), verifica-se incontestável o direito de receber do Estado o medicamento necessário ao tratamento de sua moléstia.
>
> Isso porque, a saúde é direito de todos e dever do Estado, efetivamente garantido pela Constituição Federal, consoante estabelece seu artigo 196, in verbis: "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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."

> Aliás, nesse sentido, cabe ressaltar que a própria Lei nº 8.080/90, que regula o direito constitucional à saúde, dispõe ser da responsabilidade dos entes federados prover as condições indispensáveis a seu pleno exercício, cabendo à União, Estados-Membros e Municípios, garantir a distribuição dos medicamentos às pessoas desprovidas de recursos financeiros, como no caso dos autos.
> Logo, inegável a responsabilidade do ente estatal de fornecer o medicamento pleiteado na inicial.[454]

Trata-se de tutela individual, que, se por um lado cumpre os desígnios da Justiça comutativa, por outro, termina por estabelecer desigualdade entre indivíduos portadores da mesma enfermidade, já que nem todos lograrão chegar até o Judiciário ou, mesmo se chegarem, não há qualquer garantia de que o resultado será o mesmo.

A natureza coletiva do direito é patente, o que demandam ações no sentido de que a prestação jurisdicional seja estendida a todos aqueles que estejam na mesma situação fática. Assim, a providência por meio de Ação Civil Pública é caminho – decerto que difícil e transitório – para que Legislativo e Judiciário atuem para garantir o acesso de todos aqueles que necessitam da substância para sua sobrevivência.

O próximo passo deve ser a previsão orçamentária, o que afastará, ao menos em regra, a necessidade de intervenção judicial.

A esse propósito, já se identifica o Projeto de Lei n. 7337/2010 – em trâmite na Câmara dos Deputados até os últimos instantes de conclusão deste trabalho –, que "Determina a obrigatoriedade de distribuição de protetor, solar pelo SUS, para pessoas portadoras de albinismo e dá outras providências.".[455] Todavia, não se sabe o tempo que levará para que os resultados cheguem até a sociedade.

Como antes se observou, até que o Legislativo e o Executivo cumpram o seu papel, o Judiciário é o meio, imperfeito e limitado, para que se viabilize a proteção do direito mínimo existencial aviltado pela flagrante lesão ao programa constitucional.

---

[454] BRASIL. TJ-SP. Apelação n. 22384/2010, Classe CNJ 198, Comarca Capital. Terceira Câmara Cível. Publicado no DJE 8333, de 18 maio 2010.

[455] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 7337/2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=477531>. Acesso em: 25 fev. 2011.

6.4.2 O caso Viagra. Rio Grande do Sul

A concepção daquilo que deve ou não integrar o mínimo existencial pode alcançar situações em que a irracionalidade estatal ultrapassa a ausência de compreensão do sistema constitucional de proteção para alcançar o campo da ilegalidade, considerada a presença de regra expressa no ordenamento infraconstitucional a determinar o fornecimento de dada prestação.

Veja-se o que estabelecem o artigo 1º, *caput* e parágrafo único, da Lei Estadual n. 9803/1993[456], do Estado do Rio Grande do Sul, que dispõe sobre o fornecimento de medicamentos excepcionais para pessoas carentes, *verbis*:

> Art. lº - O Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família.
>
> Parágrafo único - Consideram-se medicamentos excepcionais aqueles que devem ser usados com freqüência e de forma permanente, sendo indispensáveis à vida do paciente.

Observe-se que a definição de "medicamentos excepcionais" constitui cláusula geral a orientar o exame do caso concreto, independente de qual seja a substância, o que impõe ao Poder Público o dever de realizar a prestação sempre que presentes os pressupostos previstos no referido normativo, ainda mais pelo fato de que a própria lei indica, para tanto, a origem dos recursos.

---

[456] Pela brevidade e importância, destacam-se os demais artigos: "[....] Art. 2º - O beneficiário deverá comprovar a necessidade do uso de medicamentos excepcionais mediante atestado médico. Parágrafo único - Além do disposto no "caput" deste artigo, o beneficiário deverá comprovar por escrito e de forma documentada, os seus rendimentos, bem como os encargos próprios e de sua família, de forma que atestem sua condição de pobre. Art. 3º - O beneficiário ficará obrigado a pagar as despesas com medicamentos em qualquer tempo, desde que possa fazê-lo sem prejuízo do sustento próprio e de sua família. Parágrafo único - O benefício será suspenso tão logo se torne dispensável o uso de medicamentos excepcionais por parte do paciente. Art. 4º - A cada dois anos, o beneficiário deverá atualizar as informações sobre o seu estado de saúde e econômico, conforme o disposto no artigo 2º desta Lei. Art. 5º - As despesas decorrentes da execução desta Lei, correrão por conta dos recursos destinados no inciso IV do artigo 2º da LEI Nº 9.828, de 05 de fevereiro de 1993, que institui o Fundo de Desenvolvimento Social do Estado do Rio Grande do Sul e dá outras providências. Art. 6º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. Art. 7º - Revogam-se as disposições em contrário.". (Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=14687&hTexto=&Hid_IDNorma=14687>. Acesso em: 20 dez. 2010.).

Nada obstante, o Estado do Rio Grande do Sul negou fornecimento da substância Sildenasil 25mg (viagra) a paciente portadora de, dentre outros, hipertensão arterial pulmonar severa, ao argumento de que o Viagra não se enquadraria no conceito medicamento excepcional, estabelecido pela legislação, já que constava da lista de remédios indicados para o tratamento da doença no Ministério da Saúde.

Ajuizada a demanda, o Ente político, que repetiu os argumentos em juízo, foi condenado em primeiro grau, com sentença confirmada pelo TJ-RS, cujo Acórdão, além de invocar os artigos 6º e 196, da Constituição da República, consignou que "no que se refere à alegação de que o medicamento não se encontra na lista de fármacos essenciais ou excepcionais", a Lei Estadual n. 9.908/93 não contém qualquer "menção à necessidade de regulação por Portarias de quais medicamentos serão, ou não considerados excepcionais ou essenciais.".[457]

Forçoso concluir, portanto, que mesmo quando se está diante de norma infraconstitucional expressa, a qual pretende empreender concretude a disposição constitucional programática – cujos efeitos, *per se*, já se revelam bastantes para afastar a negativa da Administração – a realização do direito ao mínimo existencial ainda enfrenta severos obstáculos, o que revela a significativa distância que afasta o Brasil da necessária cultura constitucional, sem a qual não se há falar em Estado democrático e, muito menos, em dignidade da pessoa humana.

---

457 APELAÇÃO CÍVEL. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. HIPERTENSÃO ARTERIAL PULMONAR E CORPULMONALE GRAVE. SILDENASIL 25mg. - Dever do Estado de fornecer medicamento. Aos entes da Federação cabe o dever de fornecer gratuitamente tratamento médico a pacientes necessitados (artigos 6º e 196 da Constituição Federal). - Normas programáticas. A observância das normas constitucionais garantidoras do direito fundamental à saúde corresponde ao verdadeiro alcance do conteúdo político das disposições constitucionais, bem como à efetivação do Estado Democrático de Direito, descabendo considerá-las a título de meros programas de atuação. - O fato de o medicamento não se encontrar na lista de medicamentos especiais e excepcionais, bem como encontrar-se registrado na ANVISA para tratamento de doença diversa da que acomete a autora, não é óbice ao seu fornecimento, pois a prescrição médica atesta a imprescindibilidade na utilização do mesmo. (BRASIL. TJ-RS. Apelação n. 70021434170/2007. Disponível em:
http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=832313&ano=2008. Acesso em: 28 dez. 2010).

6.4.3 O caso do sistema prisional em Goiás – excesso do Judiciário?

A defesa em torno da ausência de vinculação exclusiva do mínimo existencial com qualquer espécie de direito fundamental foi construção exaustiva da pesquisa, que objetivou demonstrar que violações às condições mínimas de subsistência digna podem ser deflagradas por ações e omissões do Poder Público, localize-se o indivíduo no *status* passivo, ativo, positivo ou negativo.

No caso, trata-se de Ação Civil Pública manejada pelo Ministério Público de Goiás, em que se pleiteava que o Estado realizasse obras em estabelecimento prisional, para que aos detentos fossem garantidas condições adequadas (dignas) de subsistência.[458]

O pedido foi deferido em primeiro grau, todavia, o Tribunal daquela unidade federativa houve por reformar parcialmente a sentença, para determinar ao Estado de Goiás, que incluísse no orçamento vindouro verba específica para o cumprimento da obrigação – vale dizer, a implementação da política pública respectiva -, ao seguinte fundamento:

> [...] no caso sub examine, não pairam dúvidas sobre a precariedade da cadeia pública, hábil a comprometer tanto a saúde dos detentos, diante das impróprias condições higiênico-sanitárias, quanto à segurança da comunidade local, pois a fragilidade das instalações – portas sem dobradiças, reboco solto, vazamento de água – facilitam o sucesso de eventual tentativa de fuga.

A decisão proferida pelo Tribunal goiano, malgrado de maior temperança do que aquela prolatada em primeiro grau, representa incisiva interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas, mais especificamente na construção do orçamento, o que demanda que se analise se, no caso, o juízo de ponderação entre o "argumento da competência" e o "paradoxo da democracia" foi realizado nos limites da proporcionalidade em sentido amplo.

Não há dúvida que se revela odiosa a situação configurada, que, de mais a mais, reflete o que ocorre em diversos recantos do Estado brasileiro.

---

[458] BRASIL. STF. Agravo de Instrumento n. 767681. Decisão Monocrática. Rel. Min. Carmen Lúcia. DJe-222 de 19/11/2010.

Também é necessário que se pontue o equívoco – ao menos sob a ótica defendida nesta pesquisa – do argumento manejado pelo Estado de Goiás, em seu Recurso Extraordinário, no sentido de que: "por força do princípio da 'reserva do possível', vem-se defendendo que apenas o 'mínimo existencial' pode ser garantido pelo Estado, ou seja, tão somente os direitos sociais, econômicos e culturais considerados mais relevantes, que não é o caso presente".

É que se observa a comezinha utilização inadequada da reserva do possível, bem como a vinculação exclusiva e inapropriada do mínimo existencial à categoria dos direitos sociais, que, advirta-se, no caso em exame, foram nitidamente violados.

Trata-se, de fato, de um daqueles *hard cases***,** cuja solução ótima ainda aguardar o amadurecimento do Estado brasileiro na sua jornada em direção à consolidação do republicanismo e da democracia.

A questão ainda está sob o crivo do Supremo Tribunal Federal. Em decisão monocrática, proferida em 5/11/2010, deu-se provimento ao Agravo de Instrumento que pretendia liberar o Recurso Extraordinário, invocando-se a jurisprudência consolidada daquela Corte, no sentido de que: "a forma como o Estado-membro vai garantir o direito à segurança pública há de ser definida no quadro de políticas sociais e econômicas cuja formulação é atribuição exclusiva do Poder Executivo. Não cabe ao Judiciário determinar a realização de obras em cadeia pública".

Nada obstante, as dificuldades que rodam o caso, bem como a inexistência de posicionamento jurisprudencial apto a solucionar a controvérsia levou a relatoria a decidir no sentido de que "a ausência de precedente específico sobre matéria de tamanha gravidade e repercussão por órgão colegiado deste Supremo Tribunal impõe a submissão do tema à análise de repercussão geral.".

Conquanto a frieza do texto não permita que se perceba, ao menos em toda a sua extensão, a gravidade da situação, é possível vislumbrar que se trata de cenário caótico, em que se observam violações e ameaças ao mínimo existencial sob diversas dimensões. Explique-se.

A condição subumana a que são submetidos os encarcerados não necessita de maior análise, uma vez que patente a inobservância de preceitos constitucionais protetores da dignidade humana.

O que se situa na penumbra, em plano de fundo e, muitas vezes, imperceptível, é o fato de que os indivíduos que habitam o entorno de referido estabelecimento sobreviverem em situação indignas de subsistência, porquanto não se pode vislumbrar dignidade quando se está sob a ameaça direta e iminente à sua vida e integridade física.

São colisões desta magnitude que colocam o Judiciário em severas dificuldades, sobretudo porque não raro assiste-se nos noticiários que vidas são ceifadas em situações análogas, provocadas por omissão e desídia do Poder Público, decorrentes dos mais diversos fatores.

Malgrado as dificuldades e a persistência das violações ao mínimo existencial, impõe-se reconhecer que a atuação do Ministério Público e das instâncias judiciais do Estado de Goiás cumpriram o seu papel de "grupo de pressão", logrando deflagrar o debate e, de certa forma, provocar o desconforto em relação à atuação do Legislativo e do Executivo.

Até o fechamento deste trabalho, não havia novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

6.5 Exame de prestação jurisdicional no campo do mínimo existencial à luz da argumentação jurídica

Considerada a atmosfera criada pela redução da universalidade dos fatos à universalidade de essências, proporcionada pela fenomenologia transcendental de Edmund Husserl, e auxiliados pelas lições de Perelman, importa examinar segmentos de julgado do Supremo Tribunal Federal que versa sobre tutela ao mínimo existencial.

Trata-se de decisão proferida por Gilmar Mendes, no âmbito de pedido de suspenso de antecipação de tutela recursal, em que o Estado de Alagoas insurge-se contra sentença do Juízo de Direito da 17ª Vara Cível da Comarca de Maceió, mantida pelo Tribunal de Justiça daquele Estado, que determinou ao Estado de Alagoas o fornecimento do medicamento denominado MABTHERA (Rituximabe) em favor de determinado paciente. [459]

Mendes situa, pois, o problema, estabelecendo o ponto de partida da sua argumentação – vale dizer, a natureza prestacional do direito à saúde e o conflito entre "mínimo existencial" e "reserva do possível":

---

[459] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada 278-6 Alagoas*. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. 22 de outubro de 2008.

> A decisão liminar que o Estado de Alagoas busca suspender determinou que o Estado fornecesse o medicamento Mabthera (Rituximabe), 500Mg e 100Mg, à paciente Maria de Lourdes da Silva, com fundamento na aplicação imediata do direito fundamental social à saúde, na legislação do Sistema Único de Saúde e na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.
>
> A doutrina constitucional brasileira há muito se dedica à interpretação do artigo 196 da Constituição. Teses, muitas vezes antagônicas, proliferaram-se em todas as instâncias do Poder Judiciário e na seara acadêmica. Tais teses buscam definir se, como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial.
>
> As divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar de *"mínimo existencial"* e da *"reserva do possível"* (Vorbehalt des Möglichen). (grifou-se).

Apresenta, em seguida, posições doutrinárias acerca da "proibição de excesso", de um lado, e da "proibição da proteção insuficiente", de outro:

> Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) (Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts, JuS, 1989, p. 161.). Nessa dimensão objetiva, também assume relevo a perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento (Recht auf Organization und auf Verfahren), que são aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação.

Segue, partindo de argumentos fundados na estrutura do real, para estabelecer as relações entre "custos públicos", "reserva do possível" e "escassez de recursos":

> Ressalto, nessa perspectiva, as contribuições de Stephen Holmes e Cass Sunstein para o reconhecimento de que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da "reserva do possível", especialmente ao evidenciar a "escassez dos recursos" e a necessidade de se fazer escolhas alocativas, concluindo, a partir da perspectiva das finanças públicas, que "levar a sério os direitos significa levar à sério a escassez" (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999.).

Em seguida, verifica-se a utilização do recurso dissociativo, por meio do qual se busca estabelecer uma distinção entre necessidade universal e necessidade específica de cada cidadão:

> Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um valor determinado para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos.

Mais uma vez, com lastro em argumentos fundados na estrutura do real, enfatiza, todavia, a necessidade de aplicação de regras de justiça:

> Assim, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Tais escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem "escolhas trágicas" pautadas por critérios de macro-justiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados, etc.

Empreende, empós, nova dissociação para demonstrar que, no âmbito da questão dos direitos fundamentais, os desafios enfrentados no direito comparado não se revelam existentes em nosso sistema jurídico:

> Ressalte-se, não obstante, que a questão dos direitos fundamentais sociais enfrenta desafios no direito comparado que não se apresentam em nossa realidade. Isso porque a própria existência de direitos fundamentais sociais é questionada em países cujas Constituições não os prevêem de maneira expressa ou não lhes atribuem eficácia plena. É o caso da Alemanha, por exemplo, cuja Constituição Federal praticamente não contém direitos fundamentais de maneira expressa (ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 500), e de Portugal, que diferenciou o regime constitucional dos direitos, liberdades e garantias do regime constitucional dos direitos sociais (ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3ª Edição. Coimbra: Almedina, 2004, p. 385).

Invocando precedentes da Corte, introduz Gilmar Mendes uma série de argumentos de identidade, notadamente das regras de justiça. Veja-se um destes precedentes:

> No RE 195.192-3/RS, a 2ª Turma deste Supremo Tribunal consignou o entendimento segundo o qual a responsabilidade pelas ações e serviços de saúde é da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios. Nesse sentido, o acórdão restou assim ementado: "SAÚDE – AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios." (RE 195.192-3/RS, 2ª Turma, Ministro Marco Aurélio, DJ 22.02.2000).

Voltando, por fim, a argumentos fundados na estrutura do real, a decisão encaminha-se para lançar dissociação, apartando a situação concreta sob exame de demais casos que eventualmente possam se colocar ao alcance do argumento da reserva do possível ou de outros impeditivos da tutela:

> Não vislumbro na decisão impugnada risco de grave lesão à ordem pública, uma vez considerados os seguintes dados fáticos:
> - o medicamento Mabthera está registrado na ANVISA, o que atesta sua segurança para o consumo;
> - consta dos autos que a paciente é portadora de Leucemia Linfocítica Crônica (CID C 91.1), conforme atestado pela Médica Ana Lúcia Rego de Oliveira (CRM-AL 2697), necessitando com urgência do tratamento quimioterápico de doze ciclos consecutivos com Mabthera
> 500Mg e 100Mg;
> - a requerente declara não possuir condições de arcar com o custo do tratamento, orçado em R$ 162.707,16 (cento e sessenta e dois mil, setecentos e sete reais e dezesseis centavos) mensais;
> - o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento, visto que a Política de Dispensação de Medicamentos excepcionais e a Política Nacional de Atenção Oncológica visam contemplar justamente o acesso da população acometida por neoplasias aos tratamentos disponíveis.
> O Estado de Alagoas, apesar de alegar grave lesão à economia estadual, não comprova a ocorrência da lesão, limitando-se a sustentar que o Município de Maceió é que deveria ser responsabilizado pelo fornecimento.
> Assim, inocorrentes os pressupostos contidos no art. 4º da Lei no 8.437/1992, verifico que a ausência do medicamento solicitado poderá ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e à vida da paciente.

Verifica-se, pois, que o reconhecimento do direito na espécie decorre de uma interpretação orientada por princípios que, ao colidirem, determinam o âmbito das possibilidades jurídicas para a ponderação de bens e interesses, bem como para a eventual relativização de direitos, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

O acerto em decisões desse jaez, máxime em casos difíceis, não é alcançável sem que o intérprete empreenda linha argumentativa orientada por regras do discurso racional e cercada da compreensão da essência das coisas.

A tutela concedida no caso em análise pode ser compreendida como intervencionismo judicial no âmbito das políticas públicas, com vistas a garantir o acesso individual ao direito fundamental à saúde. Todavia, antes de encerrar tal característica, consubstancia a atuação jurisdicional para garantir a realização do direito ao mínimo existencial, viabilizando o ingresso do indivíduo ao campo da dignidade para, ao menos, permitir-lhe o acesso a instrumentos que viabilizem a luta pela preservação de sua vida.

Importa destacar as lições de Saulo Casali:"

> [...] O Poder Judiciário, hoje, no dizer de Mauro Cappeletti, na sua obra "Juízes Legisladores", convive com a explosão de litigiosidade resultante do próprio intervencionismo corrente, por parte do estado social, e tornou-se ou deve se tornar enfim o terceiro gigante, "capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviantesco administrador". [460]

A preservação do acesso de um indivíduo a determinado tratamento necessário à preservação de sua vida, ainda que possa repercutir na aplicação dos recursos pelo Estado, não deve ser propriamente classificado como intervencionismo nas políticas públicas. Tal intervencionismo deve, de fato, ser levado a efeito por meio do ajuizamento de ação coletiva que garanta a todos em situação idêntica o acesso à referida substância, sob pena de se violar o princípio da isonomia.

Por sua vez, malgrado a crítica ao procedimentalismo e ao que denomina de arbítrio judicial, também se aplica, no caso, o que sustenta Lenio Streck: "ora, "mínimo existencial" não decorre de meta-interpretações (e tampouco creio que seja possível elaborar conceitos ideais do que seja um mínimo existencial). As interpretações também – e fundamentalmente – fazem parte do mundo prático, de onde emerge o sentido do texto constitucional. Negar isso é negar a força normativa e dirigente da Constituição." [461]

---

[460] BAHIA, Saulo José Casali. *O Poder Judiciário e a efetivação dos direitos fundamentais.* In: CUNHA JR., Dirley da; DANTAS, Miguel Calmon (coord.). *Desafios do Constitucionalismo Brasileiro*. Salvador: Edições *Jus*Podivm, 2009, p. 301.

[461] STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas - Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 152.

Embora não seja possível elaborar conceitos ideais do que seja um mínimo existencial, revela-se absolutamente viável, a partir dos casos concretos, construir um arcabouço normativo idôneo a delinear situações que indubitavelmente integram o campo do direito ao mínimo existencial e que, portanto, demandam resposta pronta e imediata do Estado.

Não se trata, pois, de solução casos isolados. O que dizer daquele universo indeterminável de casos de semelhante razão, que não logram acessar a prestação jurisdicional? Ou se logram e os elementos presentes na espécie, as condições espaciais e temporais ou, até mesmo, a própria pré-compreensão do Magistrado, dentre outras circunstâncias, não permitem acessar o direito fundamental necessitado?

Veja-se o cenário descortinado por Silva Neto:

> Não bastasse a notória omissão governamental concernente à prestação de serviço de saúde condigno e humano às pessoas que acorrem aos hospitais públicos, negam-se ainda os entes políticos à aquisição de medicamentos sem os quais o paciente não sobreviverá. É o círculo vicioso instalado pelo Estado: não efetiva a denominada medicina preventiva no âmbito público (art. 1986), ausência de que se ressente a esmagadora maioria da população e se materializa em inúmeras enfermidades, muitas delas com tratamento de custo elevado, do qual se esquiva o próprio Estado, responsável maior e precípuo garantidos da indenidade dos cidadãos. [462]

Impõe-se reconhecer, portanto, que o exame do caso concreto levado a efeito pelos órgãos jurisdicionais não deve desconsiderar as possibilidades de implementação e garantia dos mesmos direitos sob uma ótica coletiva, ainda que se parta de uma questão individual. A redução eidética do fato "mínimo existencial" deve levar a essa conclusão.

Revela-se, pois, violativo às regras do discurso constitucionalmente considerado, garantir o acesso a direitos fundamentais, notadamente aqueles que se podem classificar como integrantes do mínimo essencial, a um cidadão isoladamente, sem que se empreenda exame acerca das necessidades da sociedade como um todo. É que a realização da microjustiça não deve ser dissociada da necessária consecução da macrojustiça, sob pena de se ampliar ainda mais o fosso que maximiza as desigualdades.

---

[462] SILVA NETO, Manoel Jorge da. *O Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional*. São Paulo: LTr, 1999, p. 55.

Silva Neto adverte, entretanto, que qualquer exame sério sobre o mínimo vital e sobre a garantia dos direitos sociais não pode prescindir de exame responsável sobre as questões orçamentárias.[463] Problemática, ademais, de enfrentamento complexo e movediço, cuja investigação séria termina sempre por expor as severas mazelas que atingem a máquina estatal.

Na verdade, a orientação do aparato argumentativo racional, fortalecido pelo retorno às essências, ilumina caminho apto a desvelar necessária reverência que merecem as normas constitucionais, que são, *prima facie*, a essência da razão de existir do próprio Estado.

Meirelles Teixeira define o Direito como produto humano ou cultural, consistente em uma forma normativa da vida social, coativamente imposta mediante sanções sociais organizadas, tendo em vista realizar certos valores, especialmente a paz social e o bem comum. Aduz, outrossim, que esta concepção culturalista de Direito, tão fértil em conseqüências e sugestões, leva-nos ao conceito de Constituição total*:*

> Segundo esta concepção, a Constituição normativa apresenta-se, em primeiro lugar, como expressão da cultura total, em determinado momento histórico, e, em segundo lugar, como elemento configurante das demais partes da Cultura influindo sobre a evolução cultural com determinados sentidos ou, como diz Burdeau, a Constituição vincula o poder à idéia de Direito, impondo-lhe exigências para a sua ação [464]. (grifado no original).

Assim, as ações estatais, incluindo-se aí as decisões judiciais, não devem ser dissociadas da perspectiva constitucional transformadora, que se orienta ao bem comum em prevalência sobre o bem individual. Na verdade, esse conceito de constituição total decorre de um discurso racional que logrou afastar a natureza absoluta das diversas concepções unilaterais formuladas no curso da historia do constitucionalismo, retornando à essência mesma da Constituição e da República.

A garantia de eficácia social das normas constitucionais é o único caminho para o respeito aos direitos fundamentais. Garantia que somente pode ser atingida tendo-se em vista a concepção cultural de Constituição, afastando a noção meramente individualista do domínio político-econômico-social para encontrar equilíbrio nos postulados de uma formação social isonômica, conduzida pela solidariedade e pela fraternidade.

---

[463] Aulas ministradas no âmbito da Disciplina Direitos Humanos e Direitos Fundamentais no Mestrado em Direito Público da Universidade Federal da Bahia – 2009.2.

[464] TEIXEIRA, Meirelles J. H. *Curso de Direito Constitucional*. Rio Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 77.

É preciso perceber as diversas dimensões do mínimo existencial, para que se possa, de forma ampla, combater, nos diversos campos estatais, as práticas que tendam a ameaçar o alcance pelo indivíduo das condições mínimas de existência digna.

Dissociada dessa noção, que deve ser conduzida por argumentos racionais, à luz dos princípios e pelo retorno à essência das coisas, não se revela possível conceber a inclusão valorativa do que se convencionou denominar "mínimo existencial" no âmbito da ordem jurídica de um Estado, especialmente para que: a) os conflitos postos ao exame do Poder Judiciário encontrem solução que se coadune com o espírito da Constituição; b) a intervenção judicial cumpra seu papel de projetar o Executivo e o Legislativo ao campo de observância do projeto constitucional; c) o recurso ao Judiciário na busca de acesso ao mínimo existencial, em preservação e homenagem à essência da República, deixe de ser regra e passe a ser exceção.

7 CONCLUSÃO

O estudo que ora se conclui pretendeu demonstrar que no panorama de violações presente no Estado brasileiro, a construção do discurso judicial em defesa da liberdade sob a ótica da não dominação apresenta-se como meio apto a viabilizar as ações do Ente político e a corrigir condutas que insistem em negar concretude ao programa constitucional.

Objetivou-se defender que a atuação do Ministério Público, da Advocacia e da Defensoria Pública, no campo extrajudicial e judicial, viabilizam respostas que, em um primeiro momento, podem até ser compreendidas como agressivas à autonomia do Executivo e do Legislativo, mas que se revelam absolutamente necessárias à solução – em alguns casos, decerto que imediata e transitória – dos graves problemas que deslocam o Estado do cumprimento da sua principal função: garantir possibilidades, ainda que mínimas, de subsistência dos indivíduos, de modo a viabilizar o ingresso no campo da dignidade.

Assinalou-se como indispensável a pressão judicial no realinhamento do Executivo e Legislativo ao programa constitucional, missão a ser desenvolvida no âmbito das situações que obstaculizam o bom desenvolvimento do Estado.

Destacou-se, ainda, como primeira dessas situações, a falência da representação, que consubstancia falha estrutural a atingir a finalidade do Estado republicano, especialmente no que se refere à proteção das condições mínimas de subsistência dos indivíduos. Assim, quanto mais efetiva a atuação judicial na formação dos demais poderes (órgãos eletivos), mais reduzida será a necessidade de posterior ação tendente a corrigir os desvios de conduta.

Nessa perspectiva, com a finalidade de melhor sumariar as posições assumidas no presente estudo, cumpre extratar as seguintes conclusões:

1. Os métodos das ciências sociais somente têm justificada a sua existência para viabilizar a solução de problemas gestados nas comunidades humanas. Por isso, forçoso é reconhecer que a premissa da felicidade deve anteceder a escolha do método, especialmente porque se impõe a todo exame neste campo partir do pressuposto de que a solução para os problemas deve ter por parâmetro o respeito ao mínimo existencial, que representa a pedra fundamental da dignidade;

2. Em nome da racionalidade instrumental, as promessas da modernidade concorreram para um estilo de vida formal, marcado por procedimentalismo purista, incompatível com as necessidades humanas, pelo que o retorno à essência significa desbastar

a pedra bruta, para remover o invólucro que insiste em diferenciar o que essencialmente é idêntico e que, por conseguinte, termina por impedir a identificação do indivíduo, por ele mesmo, no seu semelhante;

3. O pensar fenomenológico consubstancia estilo de vida que empreende a interação com o *outro*; âmbito em que a subjetividade e intersubjetividade seguem indissociáveis, justamente para que se possa perceber o *eu* no *outro* e o *outro* que reside no *eu*;

4. A compreensão das relações intersubjetivas subjacentes aos problemas que tocam o mínimo existencial não pode ser alcançada sem que se examine, ainda que perfunctoriamente, a justificação do Estado, seus caracteres e fundamentos, mormente porque não é outra a razão de ser do Ente político, sob pena de subverter os motivos que conduziram à sua própria existência, senão a de disponibilizar ao povo os meios aptos para viabilizar a busca da felicidade; que, por sua vez, não pode ser atingida sem que o indivíduo tenha atendidas as condições mínimas para sua subsistência;

5. Ao se tratar de República não se quer limitar as reflexões acerca da forma de governo que confronta a monarquia, mas, e de forma preponderante, firmar a compreensão no sentido de que o republicanismo representa, dentre outros aspectos, a busca necessária pela garantia de proteção à dignidade dos membros da comunidade, com prevalência do todo sobre a parte e com observância dos direitos da parte em relação ao todo, sem o que não se há falar em respeito ao mínimo existencial e, muito menos, em cidadania;

6. Tomando-se o republicanismo como uma das formas de comunitarismo, tem-se por ilusória a idéia segundo a qual é possível preservar-se um direito individual, e assim realizar o bem de uma parte, em detrimento do bem comum;

7. No modelo democrático contemporâneo, especialmente o brasileiro, não é possível afirmar que o representante é a expressão do Povo, uma vez que é nas falsas promessas por melhores dias que grande parte da sociedade coloca as suas esperanças, que, no mais das vezes, sucumbem diante dos propósitos escusos que subjazem aos sorrisos largos, a projetar a subalterna condição de milhões de indivíduos ainda mais ao fundo do poço;

8. Os desvios de finalidade praticados por aqueles que alçam os postos de governo decorrem do domínio de determinada classe, que, embora seja a representação quantitativa do processo eleitoral, não representam o desejo qualitativo da sociedade. Tal correlação está sempre a depender do grau de informação, interesse e maturidade políticos, presente em determinada sociedade, o que, por óbvio, relaciona-se diretamente com as condições de sobrevivência e vivência experimentados pelo povo;

9. Os desvios impostos à função do Estado que, em última análise, chegam a criar uma casta superior – com privilégios garantidos a expensas de parcela economicamente melhor situada do povo – ensejam prejuízos mais severos para a população mais carente, vale dizer, aqueles que dependem das ações sociais do Estado para subsistirem; aqueles a quem é negado o direito de acesso a bens que integram o mínimo existencial;

10. Não se pode conceber o ideal republicano sem que estejam presentes os seguintes caracteres: a) a negação de qualquer tipo de dominação, seja através de relações de escravidão, de relações feudais ou assalariada; b) defesa e difusão das virtudes cívicas; c) estabelecimento de um Estado de direito; d) construção de uma democracia participativa; e) incentivo ao autogoverno dos cidadãos; f) implementação de políticas que atenuem a desigualdade social, através da efetivação da isonomia substancial;

11. No campo da eletividade, da periodicidade e da responsabilidade os valores republicanos são fortalecidos ou fragilizados, já que a consciência ética e política do povo, em especial daqueles que pretendem alçar os cargos eletivos, constitui a pedra fundamental para a redução das verdadeiras batalhas judiciais que envolvem violações ao direito ao mínimo existencial, que, advirta-se, decorrem da formação de uma sociedade injusta, dominada e desigual;

12. Para o republicanismo, o interesse público é, em sentido amplo, aquele que se destina a preservar a coletividade dos próprios desvios que marcam os interesses particulares em colisão. A homenagem a esse interesse pressupõe o bem comum – com as devidas correções históricas desde Rousseau – e não admite a persecução de objetivos que representem perigo à preservação dos valores superiores de uma sociedade;

13. É para a defesa do interesse público, da *res publica,* que a Sociedade elege representantes e a eles entrega sua esperança por dias melhores, aparelhando-os com recursos da máquina governamental, criados a partir do esforço de todos, e, por isso mesmo, aguarda-se o retorno de benefícios que se orientem à preservação da Sociedade e do Estado;

14. De forma cada vez mais recorrente, a perpetração de lesões aos princípios republicanos são relacionados com o mínimo existencial, notadamente quando se busca a utilização da máquina pública para se auferir benefícios individuais ilegítimos, sob roupagem da legalidade;

15. Em uma sociedade desigual, o que se inicia com o abuso do poder econômico e social termina como abuso de poder político, circunstâncias que constroem liberdades ilícitas sem que, todavia, perceba-se restrição, ao menos significativa, na liberdade

daquele que abusa: tudo se traduz no confronto de grupos, em detrimento dos interesses da sociedade;

16. A construção de um Estado forte e protetor, propiciador das condições necessárias à igualdade substancial, é o caminho para a garantia da liberdade e para o fortalecimento da consciência política do povo, remédio mais adequado para sanar os desvios de conduta perpetrados por aqueles que, ao ascenderem ao domínio da coisa pública, submete-a aos seus interesses privados;

17. O abuso de poder econômico e a corrupção, que coroam a absoluta ausência de ética na política, concorrem para graves ofensas aos direitos individuais e aos direitos sociais, todavia é no campo do mínimo existencial que os estragos se fazem sentir com maior força. Daí porque o vilipêndio à representação e à eletividade deve ser combatido por meio das últimas trincheiras disponíveis ao cidadão, quais sejam as instituições do Ministério Público e do Poder Judiciário, com atuação dignificante da Advocacia;

18. Não existem Estados imunes à ausência de ética na política, à corrupção, ao abuso de poder ou outras modalidades de desvio de conduta dos representantes do povo. Porém, a medida deste sofrimento é que ira determinar se o Ente político mantém sua condição de Estado forte e protetor ou se retroage ou estagna como mero mal prestador de serviços;

19. Quanto mais desigual e arbitrariamente dominador o ambiente em determinado Estado, maior a necessidade de atuação do Poder Judiciário, Ministério Público e Advocacia, que, é preciso advertir, não receberam a confiança do povo por meio do voto, mas, no Estado hodierno, representam, muitas vezes, o sustentáculo principal para a preservação dos valores republicanos e democráticos;

20. Na medida em que se subverte a eletividade e falha a representação, assume papel primordial, por muitas vezes considerado invasivo, o Ministério Público, Poder Judiciário e Advocacia, razão pela qual os desvios de conduta no âmbito dessas instituições, decorram da indiferença ou de ilicitude perpetrada por seus integrantes, representa a absoluta desnaturação do que um dia se concebeu como a fórmula para abusos no campo do Estado – o controle do Poder pelo Poder;

21. A proeminente atuação do Poder Judiciário, cada vez mais crescente no Estado contemporâneo, decorre justamente da alta conflituosidade que se instalou no campo social, deflagrada pela ausência do Ente político na figura dos órgãos tipicamente responsáveis pelas funções executiva e legislativa. Essa ausência – omissiva ou negligente –

importa em violação aos dispositivos constitucionais, já que, o seu reconhecimento parte da constatação de que a Constituição, de forma expressa ou implícita, determinou a atuação;

22. A ótica republicana da liberdade como não dominação percebe a teoria da separação das funções estatais como remédio a evitar a concentração de forças tendentes a submeter de forma arbitrária e irremediável toda a comunidade e as instituições do Estado.

23. Se a atuação do Judiciário se pauta na correção de desvios perpetrados pelos Legislativo e Executivo, em homenagem ao seu papel no Estado constitucional, não há que se falar em violação do princípio, uma vez que em momento algum na história se legitimamente pretendeu ter na separação de poderes a fonte para permitir a atuação abusiva ou omissa de qualquer dos órgãos;

24. O argumento de que o Judiciário, ao colmatar as lacunas deixadas pelo Legislador ou pelo Administrador, ou ao corrigir os desvios inconstitucionais de conduta, estaria usurpando funções que não lhe pertencem não resiste ao mais perfunctório exame do programa constitucional;

25. A separação hermética de poderes, que pode até ter marcado os primórdios da teoria, notadamente pelo cenário político então delineado, deve sofrer releitura para se adequar à crescente complexidade das relações travadas no Estado contemporâneo, onde a atuação ativa do Poder Judiciário se mostra absolutamente necessária e indicada; desde que limitada pelos preceitos constitucionais e submetida também ao controle dos demais órgãos, para que se identifiquem eventuais desvios e excessos;

26. A proteção ao mínimo existencial se apresenta como uma das missões jurisdicionais mais relevantes, que impõe ao Juiz examinar se o caso que está a decidir, independente de que seara se trate, possui ou não relação com as condições mínimas de existência dos indivíduos, argumento que será absolutamente decisivo na construção do seu discurso;

27. Não se trata, pois, de empreender decisão estática acerca do que é "legítimo ou ilegítimo", "justo ou injusto", mas de perceber a responsabilidade e enfrentar o mister de decidir se determinada atividade estatal, mesmo quando largamente descricional – ou a inércia, ou em geral dado comportamento dos órgãos públicos –, está ou não alinhada com os programas prescritos, frequentemente de maneira um tanto vaga, pela legislação social e pelos direitos sociais.

28. O eventual despreparo do magistrado, especialmente no que diz respeito ao domínio teórico necessário para o desenvolvimento da ponderação na solução dos casos difíceis, tem resultado desconformidades judiciais e contradições significativas, já que, não

raro, costuma-se denominar juízo de proporcionalidade o simples confronto atécnico e despropositado de bens ou valores, em cujo âmbito, com fundamento centrado em pré-compreensões insuficientes, em puro subjetivismo e em variáveis instáveis, opta-se pelo interesse que deve prevalecer;

29. Quanto mais relevante para a sociedade o bem em disputa, exsurge mais intensa a chama das paixões que aquece os argumentos, os quais, lançados nas peças processuais, revelam-se, por muitas vezes, incapazes de transmitir com fidedignidade elementos aptos a sustentar as teses vertidas;

30. O argumento de que interprete deve recorrer à ponderação entre o "argumento da competência" e o "paradoxo da democracia" para decidir se o Judiciário deve – e em que medida – ou não, diante de determinado caso concreto, ingressar na órbita das funções legislativa ou executiva, para determinar prestação tendente a proteger determinado bem jurídico, quer representar que o eventual prejuízo à "separação dos poderes" deve ser devidamente justificado pela idoneidade, necessidade e importância da realização do direito fundamental presente na espécie – no caso, um direito ao mínimo existencial;

31. A intersubjetividade egoística, aliada à crescente onda de violência, característica da sociedade contemporânea, notadamente a brasileira, termina por demandar ainda mais a presença do Estado, para que seja garantido às classes menos favorecidas a possibilidade de acesso aos bens mais elementares da vida, proporcionando-lhes oportunidades para que possam lutar pela sua dignidade;

32. O Estado de Direito e de Justiça Social não se constrói com a visão da Constituição como uma mera petição de princípios, mas sim com a concretização de suas disposições. E só pela concretização das normas constitucionais, delimitado o exame àquelas que versam sobre a garantia do mínimo existencial, é que se pode falar em inclusão;

33. Uma sociedade que convive com a lógica da inacessibilidade de condições mínimas de subsistência não pode ser considerada livre, sendo, por isso mesmo, insusceptível de construir oportunidades justas, porque, a toda evidência, retira da desigualdade qualquer aspecto contingente, suprimindo assim, a própria possibilidade de liberdade humana.

34. O mínimo vital integra o conceito de mínimo existencial, consubstanciando aquela parcela de direitos que permitem ao individuo a preservação de sua vida, condição sem a qual não se há falar em existência e, muito menos em dignidade. Se a proteção ao mínimo vital é requisito para a garantia da existência, o acesso ao mínimo existencial é pressuposto básico para o ingresso no campo da dignidade;

35. Com superação do positivismo jurídico - em cujo âmbito o direito restou concebido à luz de um modelo de regras que não se compatibiliza com a necessidade de se encontrar soluções para os progressivamente complexos problemas produzidos pelo espírito humano, tais como aqueles que envolvem o mínimo existencial – exsurge a força normativa superior dos princípios, já que, enquanto as regras se fortalecem com as exceções que as integram, os princípios não as admite como construção *a priori*, sendo tão somente submetidos à possibilidade de relativização quando confrontados por entes de natureza equivalente – vale dizer, outros princípios –, que, no caso concreto, irradiem maior força valorativa;

36. Considerado o respeito que a solução dos conflitos deve conferir ao humano, a sua compreensão somente pode ser levada a efeito à luz de princípio que preserve a dignidade da pessoa – cuja dimensão axiológica orienta a ponderação de bens e interesses no advento da colisão entre outros princípios;

37. A garantia de eficácia social das normas constitucionais é o único caminho que se apresenta para o respeito aos direitos fundamentais. Esta garantia somente pode ser atingida se a abertura da interpretação constitucional, aliada à sua efetiva aplicação, tenha em vista a origem natural dos direitos humanos, afastando a noção meramente individualista do domínio político-econômico-social para encontrar equilíbrio nos postulados de uma formação social isonômica, conduzida pela solidariedade e pela fraternidade;

38. Malgrado a sua intensa relação com os direitos a algo, é possível vinculação do direito ao mínimo existencial a todos as posições delineadas na Teoria do *status,* especialmente porque não se pode vislumbrar a liberdade humana, sob a ótica da não dominação, sem a garantia de higidez das posições que o cidadão deve assumir nas relações Estado-indivíduo, sociedade-indivíduo e indivíduo-indivíduo;

39. A concepção de liberdades públicas como meros direitos à abstenção do Estado em face da autonomia dos indivíduos restou superada pelo reconhecimento de três novas formas de efeitos jurídicos para essas liberdades: (1) os efeitos horizontais dos direitos fundamentais; (2) os direitos de proteção e (3) os direitos a organização e a procedimentos;

40. Não apenas pela ausência de atuação estatal no sentido de viabilizar ou de remover obstáculos ao exercício das liberdades públicas, mas também pela ação invasiva do Estado na órbita individual de direitos do indivíduo, é possível, considerado o caso concreto, vislumbrar-se ofensa ao mínimo existencial;

41. A necessidade de destacar o mínimo existencial dos direitos sociais decorre justamente da impossibilidade financeira do Estado de suportar todas as prestações que a

Constituição garante aos cidadãos. Dessa forma, diante da escassez de recursos, importa circunscrever uma zona de proteção, cujo traspasse importaria em eliminar as possibilidades de vida com dignidade;

42. Não há relação de exclusividade possível entre o mínimo existencial e qualquer das espécies de direitos fundamentais, mas sim dimensões do mínimo que habita determinados grupos de direitos;

43. Mesmo antes mesmo dos direitos civis e políticos é preciso ter acesso aos direitos necessários à subsistência – vale dizer: precisa-se de um mínimo de dignidade. É que não se há como falar de liberdade sem a garantia da igualdade, ainda que em seu patamar mais tímido, qual seja o de viabilizar o acesso aos bens mais elementares à sobrevivência, sem os quais a vontade do ser humano e até ele próprio transforma-se em peça de mercancia no domínio dos privilegiados oportunistas;

44. A reserva do possível é conceito que demanda, ele próprio, significativas reservas, notadamente pela complexidade de se verificar no caso concreto se a oposição levada a efeito pela Administração – que decorre da ausência de especialização do Judiciário – lastra-se em fatos ou em argumentos falaciosos, construídos para se furtar ao cumprimento da ordem judicial;

45. A especialização do Juiz é algo absolutamente imprescindível para que a prestação jurisdicional seja hígida e se preste a atender ao papel de realização do programa constitucional. O domínio das regras do discurso, das técnicas argumentativas, bem como da compreensão do que, em essência, representam os graves problemas sociais que impedem o acesso ao mínimo existencial, constituem condições inelutáveis para a construção de soluções que privilegiem a dignidade;

46. A garantia do direito ao mínimo existencial jamais poderá ser alcançada se a atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público centrar-se no combate às conseqüências de sua violação, limitando-se a moverem-se diante das provocações individuais decorrentes do descumprimento do programa constitucional perpetrado pelo Legislativo e pelo Executivo;

47. O mínimo existencial não deve guardar relação de exclusividade com qualquer categoria de direitos e, como examinado, também não se confunde com o núcleo essencial; antes consubstancia, em essência, conjunto de condições mínimas que garantem o ingresso do ser humano no campo da dignidade. Por isto mesmo, insusceptível de definição apriorística;

48. É preciso a antecipar e intensificar ações que afastem do trato com a coisa pública condutas que representem perigo à missão estatal de proteção e garantia ao mínimo

existencial, passo primogênito na construção de ambiência digna e apta a viabilizar a construção da felicidade possível, empresa que se forma a partir da vontade de cada membro da sociedade, considerada a presença de respeito à sua dignidade;

49. As dimensões do mínimo existencial relacionam-se com a missão primordial do Estado de preservação dos membros da comunidade no patamar mínimo de dignidade, prevenindo desvios de conduta que, ao ilegitimamente privilegiarem alguns poucos, terminam por projetar para fora dos braços da dignidade um sem número de indivíduos;

50. A visão apaixonada e romântica da comunidade de irmãos, do altruísmo, da solidariedade, não se presta a solucionar as graves mazelas que assolam a sociedade contemporânea, marcadamente individualista e tecnicista. É preciso que a compreensão racional das diversas dimensões do mínimo existencial seja trasladada aos discursos jurídicos, de forma a impedir, nas origens das ações estatais, o surgimento dos embriões de fatos que seguramente obstruirão a missão do Estado, especialmente no campo da correta aplicação dos recursos;

51. Admitir a possibilidade de investidura em cargo eletivo daquele que já demonstrou o seu descaso com a coisa pública – que se materializa, na maioria das vezes, no desvio de recursos públicos para satisfazer desejos individuais ou de grupos específicos, de todo ilegítimos – é o mesmo que autorizar por meio da democracia a subjugação daqueles que se situam à margem dos direitos mínimos.

52. É de clareza solar a estreita relação entre o mínimo existencial, a eletividade e a representação;

53. Os recursos que o candidato "aplica" na compra de votos e no abuso do poder econômico durante sua campanha, muitas vezes oriundos de particulares que possuem interesse em contratar (ou já contratam) com a administração pública, retornam à sua origem por meio dos desvios de verbas públicas, do superfaturamento e de outras práticas que comprometem a atuação do Estado nas áreas mais sensíveis, tais como educação, saúde e segurança pública;

54. A construção de uma República à luz da liberdade como não dominação pressupõe a formação de representação que, de fato, defenda os interesses do povo, sobrelevando-se aquela parcela que, situada fora do já diminuto círculo que delimita o mínimo existencial, não possui forças para defender a sua posição em uma sociedade tão desigual como a brasileira;

55. A ação civil pública – como, de igual sorte e com preferência, as demais soluções extrajudiciais, disponíveis ao Ministério Público, tal como o Termo de Ajustamento

de Conduta, o Inquérito Civil e as Recomendações – consubstancia meio idôneo para que viabilize a tutela coletiva do direito ao mínimo existencial, sobretudo porque importa em reconhecer severa violação ao princípio da isonomia, o fato de um cidadão ter acesso a determinado tratamento ou substância, necessária à sua existência digna, simplesmente porque houve por provocar o Judiciário, enquanto outros, pelas mais diversas razões, inclusive pelo volume de demandas, quedam-se desprovidos de tal benefício;

56. A solução apriorística que pretenda delimitar o conteúdo substantivo do "mínimo existencial" não se revela possível, todavia, a experiência dos casos concretos permite que se construam regras que definam direitos a ser incluídos nesta concepção, máxime porque a existência de determinação judicial para que o Estado entregue ao cidadão o bem do qual depende a sua vida está longe de ser garantia da realização do direito ao mínimo existencial;

57. O Juiz há sempre que "colocar entre parêntesis" o fato sob exame, para reduzir o pensamento à essência mesma desses direitos, retornar aos ideais lançados pelas revoluções políticas, eliminar preconceitos e concluir, por exemplo, pela interdependência dos valores, que torna absolutamente indissociável a manutenção de desigualdades ilegítimas da extrema mácula à liberdade dos indivíduos;

58. Embora não seja possível elaborar conceitos ideais do que seja um mínimo existencial, revela-se absolutamente viável, a partir dos casos concretos, construir um arcabouço normativo idôneo a delinear situações que indubitavelmente integram o campo do direito ao mínimo existencial e que, portanto, demandam resposta pronta e imediata do Estado;

59. A solução deve ser conduzida por argumentos racionais, à luz dos princípios e pelo retorno à essência das coisas, não se revela possível conceber a inclusão valorativa do que se convencionou denominar "mínimo existencial" no âmbito da ordem jurídica de um Estado, especialmente para que: a) os conflitos postos ao exame do Poder Judiciário encontrem solução que se coadune com o espírito da Constituição; b) a intervenção judicial cumpra seu papel de projetar o Executivo e o Legislativo ao campo de observância do projeto constitucional; c) o recurso ao Judiciário na busca de acesso ao mínimo existencial, em preservação e homenagem à essência da República, deixe de ser regra e passe a ser exceção;

60. É preciso perceber as diversas dimensões do mínimo existencial, para que se possa, de forma ampla, combater, nos diversos campos estatais, as práticas que tendam a ameaçar o alcance pelo indivíduo das condições mínimas de existência digna.

REFERÊNCIAS

I) DOUTRINÁRIAS

AGESTA, Luis Sanchez. Princípios de Teoria Política. Madrid: Nacional, 1970.

AGRA, Walber de Moura. *Republicanismo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10.12.98. IDP-IELF-UNISUL. 2005.

_____. *Kollision und Abwägung als Grudproblem der Grundrechtsdogmatik*. Rio da Janeiro, Fundação Casa de Rui Barbosa, em 10-12-1998 In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004

_____. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

_____. *Theorie der Grundrechte*. Alemanha: Suhrkamp, 1994.

_____. *Constitucionalismo Discursivo*. 2. ed. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. *Direitos Humanos, dignidade e erradicação da pobreza: uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional*. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ARENDT, Hannah. *The Human Condition.* 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1958.

ARISTÓTELES. *Política.* Livro VII, Capítulo IX. São Paulo: Martin Claret, 2004.

ARRUDA, José Jobson de A. *História Antiga e Medieval.* 11. ed. São Paulo: Ática, 1989.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica***. 3.** ed. Sdão Paulo: Landy, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BAHIA, Saulo José Casali. *Poder Judiciário e Direitos Humanos*. In: Revista de Doutrina do TRF 4. Região, v. 20, p. 1-11, 2007.

_____. *O Poder Judiciário e a efetivação dos direitos fundamentais.* In: CUNHA JR., Dirley da; DANTAS, Miguel Calmon (coord.). *Desafios do Constitucionalismo Brasileiro*. Salvador: Edições *Jus*Podivm, 2009.

_____. *Jeito e Corrupção*. Jornal da AJUFER, BRASILIA, p. 7, 01 mar. 2010.

_____. *Atuação dos Juízes de Zonas Eleitorais nas Eleições do ano 2006 na Bahia.* In: Revista Semestre Eleitoral, Salvador, v. 10, n.1/2, jan.-dez., 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais.* São Paulo: Malheiros, 2009.

BARBOSA, Charles Silva. *O mínimo existencial e a atuação do Poder Judiciário: uma reflexão à luz da teoria dos direitos fundamentais e da teoria dos princípios.* In: Revista Jurídica da Justiça Federal. Ano 8, n. 10, maio 2010.

_____. *Em resgate à ética nas carreiras jurídicas: a necessária ruptura com o modelo acadêmico científico-positivista*. In: Diálogos & Ciências. Ano III, n. 8, mar. 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.* São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Constituição e Crise Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

_____. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2010.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. In: OAB - Revista Atualidades Jurídicas. n. 4, jan-fev/2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e Interpretação Constitucional. 3. ed. revista e ampliada. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Barcelona: Paidós, 1998

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. Temas *Atuais de Direitos Fundamentais*. 2. ed. Ilhéus: Editus, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do Direito*. São Paulo: Manole, 2007.

_____. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Estado, Governo e Sociedade: Para uma teoria geral da política.* 12. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

_____. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito.* São Paulo: Ícone, 2005.

_____. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 4. ed. Trad. Alfredo Fait. Brasília: UnB, 1997.

_____. *Entre duas repúblicas - as origens da democracia italiana*. Trad. Mabel Malheiros Bellati. Brasília: UnB, 2001.

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política* (2 volumes). Trad. Carmen C. Varrialle, Gaetano Loiai Mônaco, João Ferreira, Luis Guerreiro Pinto Cacais, Renzo Dini. Brasília: UnB, 2004.

BOBBIO, Noberto; VIROLI, Mauricio. *Direitos e deveres na República: os grandes temas da política e da cidadania.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BODIN, Jean. *On Sovereigny: Six Books os the Commonwealth.* Abridged and translated by M. J. Tooley. Oxford: Seven Treasures Publications, 1955.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social* . 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Do País Constitucional ao País Neocolonial: A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.* Brasília: IDP-IELF-UNISUL. 2005.

BURDEAU, Georges. *Méthode de la science politique.* Paris: Dalloz, 1959.

_____. *O Estado.* São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado.* São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e o Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2008.

CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1993.

_____. *Juízes Irresponsáveis?* Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1989.

CAPPELLETTI Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à Justiça.* Porto Alegre: Fabris, 1998.

CARBONELL, Miguel (org.). *Teoria del neoconstitucionalismo.* Madrid: Editorial Trotta, 2007.

CARITAT, Marie-Jean-Antonie-Nicolas de. *Bosquejo de un cuadro histórico de los progressos del espíritu humano.* México: Fondo de cultura económica, 1997.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais; ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. *Interpretação Constitucional e Prestação Jurisdicional*. 2a. Edição, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CERQUEIRA, Nelson. *Hermenêutica e Literatura.* Bahia: Cara, 2003.

CICERO. *The Republic and the Laws*. Translated by Niall Rudd. Oxford: Oxford University Press.

CLYNES, Manfred E.; KLINE, Nathan S. *Cyborgs and Space*. Astronautics, New York, p. 26-27, 74-76, Set. 1960. Disponível em: < http://web.mit.edu/digitalapollo/Documents/Chapter1/cyborgs.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*, 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

_____. *A Interpretação Constitucional e a Criação Judicial do Direito: Contributo para a Construção de uma Doutrina da Efetividade dos Direitos Fundamentais.* In: CUNHA JR., Dirley da; DANTAS, Miguel Calmon (coord.). *Desafios do Constitucionalismo Brasileiro*. Salvador: Edições *Jus*Podivm, 2009.

DAHRENDORF, Ralf. *Sociedade e liberdade*. Brasília: UnB, 1981.

DALARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos.* São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998.

DE LUCAS, Javier. *El futuro de la ciudadania em la UE: ¿es posible hablar de ciudadanía multicultural?* in Conferência – Educação e Cidadania Global. Disponível em <http://www.fsipe.org/docs/C3_E_Osseynou_por.pdf>, Acesso 28 set. 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição.* 2. ed. São Paulo: Landy, 2010.

DWORKIN, Ronaldo. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ECO, Humberto. *Como se faz uma Tese.* São Paulo: Perspectiva, 2005.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado.* 2. ed. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Escala.

ENRIQUEZ, Eugène. *O Outro, Semelhante ou Inimigo?* In: NOVAES, Adauto. (Org.) Civilização e Barbárie. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ESCOREL, Lauro. *Introdução ao Pensamento Político de Maquiavel.* São Paulo: Organização Simões, 1958.

FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FEYERABEND, Paul. *Contra o Método.* Trad. Cesar Augusto Mortari. São Paulo: UNESP, 2007

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRATER MORA, José. *Diccionário de Filosofia.* Bueno Aires: Montecasino, 1967.

FERRAZ JUNIOR. Tércio Sampaio. *A ciência do Direito.* São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Introdução ao Estudo do Direito.* 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva.* São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FUNARI, Pedro Paulo. *A cidadania entre os romanos.* In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). Historia da Cidadania. São Paulo: Contexto, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis: Vozes, 2008,

GALUPPO, Marcelo Campos. *A Constituição pode fundar uma República?* In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Constituição e Crise Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GIL, Antonio Carlos. *Como Elaborar Projetos de Pesquisa.* 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GOMES CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

GUARINELLO, Noberto Luiz. *Cidades-Estado na Antiguidade Clássica.* In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). Historia da Cidadania. São Paulo: Contexto, 2008.

GUÉHENNO, Jean-Marie. *O futuro da liberdade – a democracia no mundo globalizado. Rio de Janeiro*: Bertrand, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

GREIMAS, A.J.; COURTÉS, J. *Dicionário de semiótica.* São Paulo; Contexto, 2008.

GROPPALI, Alexandre. *Doutrina do Estado.* 2. ed. Tradução de Paulo Edmur de Souza Queiroz. São Paulo: Saraiva, 1962.

HABERMAS, Jürgen. *Die Einbeziehung des Anderen – Studien zur politischen Theorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999.

_____. *La logica de las ciencias sociais*. Madrid: Technos, 2008

_____. *Faktizität und Geltung*. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

_____. *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1975.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução Brasileira de Mendes, Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Sérgio António Fabris Editor, 1997.

_____. *La Garantia del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales.* Tradução de Joaquín Brange Camazano. Madrid: DYKINSON, 2003.

HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. 3. ed. Petropoles: Vozes, 2008.

_____. *Sein und Zeit*. Tübingen: Max Niemeyer Verlag, 2006.

_____. *Sobre a essência do fundamento. A determinação do ser do ente segundo Leibniz. Hegel e os gregos.* São Paulo: Duas Cidades, 1971.

_____. *Was ist Metaphysik.* Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1949.

_____. *O fim da filosofia ou a questão do pensamento.* Tradução, introdução e notas de Ernildo Stein. São Paulo: Duas Cidades, 1972.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição.* Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAF, 1991.

HOBBES, Thomas. *Leviatã*. São Paulo : Abril Cultural, 1983.Coleção Os Pensadores.

HÖFFE, Otfried. *Wirtschaftbürger, Staatsbüger, Weltbürger – Politische Ethik Im Zeitalter der Globalisierung.* München: C.H.Beck, 2004.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights.* New York: W. W. Norton & Norton, 1999.

HUSSERL. *Ideen zu einer Phänomenologie und phënomenologischen Philosophie.* Hamburg: Felix Meiner, 1976.

_____. *Die phänomenologische Methode.* Stuttgart: Reclam, 2007.

_____. *La filosofia como ciencia estricta*. Tradução de Elsa Tadernig. Buenos Aires: Editorial Nova.

_____. *Meditaciones cartesianas.* México, DF: Fondo de Cultura Econômica, 1985.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado.* Prólogo e traducción de Fernando de ls Rios. México: Fondo de cultura económica, 2000.

_____. *System der Subjektiven Öffentlichten Rechte.* Freiburg: Adamant Media Corporation, 2006,

KANT, Immanuel. *Kritik der praktischen Vernuft.* Stuttgard: Reclam, 2008.

KRELL, Andreas J. *Direito Social e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (dês) caminhos de um direito constitucional comparado"*. Porto Alegre: SAF, 2002

KYMLICKA, Will. Multicultural Citizenship: *A Liberal Theory of Minority Rights*. New York: Oxford University Press, 1995.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Líber Júris, 1985.

LÉVINAS, Emmanuel. *Descobrindo a existência com Husserl e Heidegger.* 2. ed. Lisboa: Instituto Piaget.

LOCKE, John. *Two Treatises of Government.* Book II.

LOPES, Mauro Brandão. *Thomas Morus, Humanista e Mártir.* In: MORUS, Thomas. *A Utopia.* São Paulo: Escala,

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de janeiro: Tempo Brasileiro, 1972.

LYOTARD, Jean-François. *O Inumano:* Considerações sobre o tempo. [Tradução: Ana Cristina Seabra / Elisabete Alexandre]. Coleção Novos Rumos. 2. ed. Lisboa/Portugal. Editorial Estampa, 1997.

_____. Jean-François. *La phénoménologie.* França: Presses Universsitaires de France, 1954.

MABBOTT, J.D. *O Estado e o cidadão – uma introdução à filosofia política.* Rio de Janeiro: Zahar, 1968.

MACHADO, Clara Cardoso. *Direitos Fundamentais Sociais, Políticas Públicas e Controle Jurisdicional do Orçamento*. Dissertação de Mestrado – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2010.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe.* Tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio.* 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo.* 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público.* 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MÉNARD, René. *Mitologia Greco-Romana.* 2. ed. Volume III. São Paulo: Opus, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira., COELHO, Inocêncio Martires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed., 2ª tiragem, Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MERLEAU-Ponty, Maurice. *Fenomenologia da Percepção.* Tradução de Carlos Alberto Ribeiro de Moura. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Constituição e cidadania.* Coimbra: Coimbra, 2003.

MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. *Discurso sobre a Dignidade do Homem.* Portugal: Edições 70, 2008.

MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris. *Las nuevas constituiciones del mundo.* 2. ed. Madrid: Editorial España, 1931

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis : as formas de governo, a federação e divisão dos poderes.* Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA, Daniel Algusto. *O Método Fenomenológico da Pesquisa.* São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2004.

MORIN, Edgard. *Ciência com Consciência.* Tradução de Maria D. Alexande e Maria Alice Sampaio Dória. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional.* 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

NOGUEIRA, Ataliba. *O Estado é meio e não fim.* 2. ed. São Paulo: Saraiva e Cia, 1945.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988.* São Paulo: Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ORTEGA y GASSET, José. *O homem e a gente.* 2. ed Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, 1973.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Org.); CUNHA JUNIOR, D. (Org.). *Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Salvador: Edufba, 2007.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O Mito da Neutralidade do Juiz como elemento de seu Papel Social* in "O Trabalho. O Trabalho, Curitiba, n. 16, p. 368-375, 1998.

PERELMAN, Chäim. *Tratado da argumentação – A nova retórica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERROUX, François. *Capitalisme et commmunauté de travail.* Paris: Librarie Du Recuel Sirey, 1938

PETTIT, Philip. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government.* New York: Oxford University Press, 1997.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução.* Coimbra: Coimbra Editora, 1989

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 6. Ed. São Paulo; Max Limonad, 2004.

PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. *História da Cidadania*. São Paulo: Contexto, 2008.

PIZZI, Jovino. *O mundo da vida: Husserl e Habermas.* Rio Grande do Sul: Unijuí, 2006.

PLATÃO. *A República.* Tradução de Heloisa da Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005.

PONTY, Maurice Merleau. *Fenomenologia da Percepção.* São Paulo: Martins Fontes, 1999.

POPPER, Karl Raimund. *A Lógica da Pesquisa Científica*. 17. ed. São Paulo: CULTRIX, 2004.

POSADA, Adolfo. *La Idea pura Del Estado.* Madrid: Revista de Direito Privado, 1933.

_____. *Estado e ciência política*. Salvador: Progresso, 1957.

POSNER, Richard A. *How Judges Think.* HAvard: Havard University Press, 2010.

POZZOLO, Susanna. *O neoconstitucionalismo como último desafio ao Positivismo Jurídico.* In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição.* 2. ed. São Paulo: Landy, 2010.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias.* São Paulo: Saraiva, 2005.

REIS, Elisa. *Cidadania: história, teoria e utopia* in: PANDOLFI, Dulce Chaves et al. *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

REYES, Manuel Aragón. *La Constituición como paradigma.* In: CARBONEL, Miguel (Org). *Teoria del neoconstitucionalismo – Ensayos escorigidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

RICOEUR, Paul. *Interpretação e ideologias.* Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.

_____. *Hermenêutica e ideologias*. Petrópolis: Vozes, 2008.

RIBEIRO, Gladys Sabina (org.). *Brasileiros e cidadãos.* São Paulo: Alameda, 2008.

ROSENN, Keith S. *O jeito na cultura jurídica brasileira.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *The Social Contract.* The Greats Books. Chicago: University of Chicago, 1952.

_____. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens.* Coleção: Os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999

SAMPAIO, Nelson de Souza. *Prólogo à Teoria Geral do Estado.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960

SANTOS, Boaventura de Souza. *Crítica da razão indolente – Contra o desperdício da experiência*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

_____. *O Discurso e o poder.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

_____. *Introdução a uma ciência pós-moderna.* Rio de Janeiro: Graal, 1989.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Fortaleza: Celso Bastos Editor. 1999.

SANTOS, Marcelo Fausto Figueiredo. *Teoria Geral do Estado.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *O Controle da Moralidade na Constituição.* São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Probidade Administrativa.* 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004,

_____. *The Struggle for Fundamental Rights in Brazil: its actors and limits*. Disponível em: < www.marcelofigueiredo.adv.br>. Acesso em: 15 jan. 2011.

SANTOS, Milton. *O Espaço do Cidadão.* São Paulo: Edusp, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Maria Filchtimer. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde.* In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (orgs.). Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível". 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SAWAIA, Bader (Org.). *As artimanhas da exclusão: análise psicossocial e ética da desigualdade social*. 2. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

SCHELER, Max. *Philosophische Weltanschauung.* München: Francke Verlag Bern, 1954.

SCHLUCKING, Marialva de Castro Calabrich. *A proteção constitucional do mínimo imune.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009.

SEN, Amartya. *Inequality Reexamined*. Massachusetts: Harvard University Presse, 1995.

SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque, *Trabalho Escravo no Brasil na Atualidade*. São Paulo:LTR,2000.

SINGER, Paul. *A cidadania para todos.* In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). *História da Cidadania*. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2008.

SIEYÈS, Emmanuel. *Que es El tercer Estado?* Buenos Aires: Editorial Americalee, 1943.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003,

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 24. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais.* 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. *Discriminação positiva e ações afirmativas na realidade brasileira.* Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*. São Paulo: LTR, 1999.

_____. Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

_____. *A Proteção Constitucional ao Trabalho da Prostituta*. Revista do Ministério Público do Trabalho, Brasília, ano XVIII, n. 36, p. 13-34, set. 2008.

_____. *Proteção Constitucional dos interesses trabalhistas: difusos, coletivos e individuais homogêneos*. São Paulo, LTr, 2001.

_____. *Direitos Fundamentais e Contrato do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

_____. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: LTr, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVEIRA, Luiz Henrique. *Síndrome de Procusto.* Tribuna Catarinense. Santa Catarina, Ed. 889, 28 out. 2005. Disponível em: <http://www.jornaltribuna.com.br/opiniao.php?id_materia=7961>. Acesso em: 14 set. 2010

SIQUEIRA Jr., Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Direitos Humanos e Cidadania.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *A superação da doutrina tripartite dos poderes do Estado.* Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Revista dos Tribunais. Ano 7, n. 29, out-dez 2009.

TEIXEIRA, Meirelles J. H. *Curso de Direito Constitucional*. Rio Janeiro: Forense Universitária, 1991

TÖNNIES, Ferdinand. *Community and Society (Gemeinschaft und Gesellschaft)*. Michigan: Michigan State University Press, 1957.

TORRES, Ricardo Lobo. *A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos.* In: TORRES, Ricardo Lobo (org). *Teoria dos Direitos Fundamentais.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *O direito ao mínimo existencial.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRINDADE, Washington Luiz da. *Trabalho e Cidadania: Termos da equação do bem -estar* in: SOUZA, Ronaldo Amorim (coordenador) e outros. Trabalho e Cidadania. Salvador: UFBA/Empresa Gráfica da Bahia, 1990.

UEXKÜLL, Thure von. *Der Mensch und die natur.* München: Leo Lehnen Verlag, 1953.

VATIMO, Gianni. *As aventuras da diferença.* Lisboa: Edições 70, 1980.

VIEHWEH, Theodor. *Tópica e Jurisprudência.* Tradução da 5. edição alemão, revista e ampliada, de Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

II) JURISPRUDENCIAIS, LEGISLATIVAS E NOTICIAS

ALEMANHA. BverfGE. 2 BvL 59/06, out. 2010, Disponível em: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20101012_2bvl005906.html>. Acesso em 2 jan. 2011).

ALEMANHA. BverfGE. 33,303.

BRASIL. STF. ADPF n. 130/DF. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 03 jun. 2010

BRASIL. STF. ADPF n. 130/DF. Disponível em < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em 03 ago. 2010.

BRASIL. STF. ADI n. 3853/MT, DJ de 26 out. 2007.

BRASIL. STJ, RE 1.185.474/SC. Rel. Min. Humberto Martins. DJe 29/04/2010 RSTJ vol. 219 p. 225.

BRASIL. STF, AI 767.681/GO. Decisão Monocrática. Rel. Min. Carmen Lúcia. DJe-222 de 19/11/2010).

BRASIL. STF, RE 582525/SP. Rel. Min. Joaquim Barbosa, de 22/10/2008; BRASIL, STF, Informativo n. 525, de 24/10/2008.

BRASIL. STF. AI 583.476/SC, DJe 24.5.2010).

BRASIL. STF. AI 575832, Dj 25 mai. 2007.

BRASIL. STF. Suspensão de Tutela Antecipada 278-6 Alagoas. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. 22 de outubro de 2008.

BRASIL. STF. RE n. 511961. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em 03 ago. 2010.

BRASIL. TRE-BA. Ação de Impugnação ao Registro de Candidatura n. 1886-41.2010.6.05.0000. Disponível em: <http://www.tse.gov.br/internet/home/push.htm>. Acesso em: 10 out. 2010

BRASIL. TRE-BA. Ação de Impugnação ao Registro de Candidatura n. 2492-69.2010.6.05.0000. Disponível em: <http://www.tse.gov.br/internet/home/push.htm>. Acesso em: 10 out. 2010.

BRASIL. TRE-BA. Ação Cautelar n. 725-93.2010.6.05.0000. Relator Juiz Salomão Viana. Disponível em: <http://www.tse.gov.br/internet/home/push.htm>. Acesso em: 03 nov. 2010.

BRASIL. TJ-SP. Apelação n. 22384/2010, Classe CNJ 198, Comarca Capital. Terceira Câmara Cível. Publicado no DJE 8333, de 18 maio 2010.

BRASIL. TJ-RS. Apelação n. 70021434170/2007. Disponível em: http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=832313&ano=2008. Acesso em: 28 dez. 2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 7337/2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=477531>. Acesso em: 25 fev. 2011.

BRASIL. Estado de São Paulo. Resolução SS - 321, de 30-10-2007. Disponível em < http://www.saude.sp.gov.br>. Acesso em: 14 set. 2010.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 5 out. 1988.

BRASIL. *Constituição (1969)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 17 out. 1969.

BRASIL. *Constituição do Estado do Pará (1999).* Assembléia Legislativa do Estado do Pará, 3 ago. 1999.

BRASIL. Lei 9.313/96. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9313.htm>. Acesso em 20 dez. 2010.

ITÁLIA. *La Costituziuone della Repubblica italiana (1947*). Disponível em:

<dhttp://www.governo.it/governo/costituzione/costituzionerepubblicaitaliana.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2010.

Instituição Republicana. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=21386>. Acesso em: 11 fev. 2011

Ordem condena excesso de PMs. Disponível em: <dhttp://www.oabpe.org.br/comunicacao/oabnamidia/8091-ordem-condena-excesso-de-pms-.html>. Acesso em 4 fev 2011.

R$ 540,00 por uma vida. Revista Época. 11 set. 2010.

An avoidable misuse and abuse of public funds results from corruption. Disponível em: < http://www.transparency.org/global_priorities/public_contracting>. Acesso em: 10 out. 2010.

Relatório Corrupção: custos econômicos e propostas de combate. FIESP, São Paulo, mar. 2010. Disponível em:< http://www.fiesp.com.br/agencianoticias/2010/06/30/decomtec_relatorio_burocracia_custos_propostas.pdf >. Acesso em: 10 nov. 2010.

R$ 540,00 por uma vida. Revista Época. 11 set. 2010.

APENDICES

APENDICE A – *Individuo, Comunidade, Sociedade e Estado*

INDIVÍDUO, COMUNIDADE, SOCIEDADE E ESTADO

Inexiste, na linguagem dos filósofos e estadistas, concordância absoluta entre o que se deve compreender por Estado e por Sociedade, sendo comum encontrar o emprego, ora indistinto, ora contrário, de tais signos, pelo que surge a concepção da Sociedade como um círculo mais amplo e do Estado como círculo mais restrito. "A Sociedade vem primeiro; o Estado, depois".[465]

Se a Sociedade é algo interposto entre o indivíduo e o Estado, consubstanciando realidade intermediária, mais larga e externa, superior ao Estado, porém, enquanto medida de valor, inferior ao indivíduo [466], impõe-se reconhecer que a complexidade que envolve o estudo dos grupamentos humanos não decorre da sociabilidade, mas da transformação do indivíduo como pessoa humana singular no campo das relações intersubjetivas tendentes à formação destes grupamentos. Vale dizer, a relação social objetivamente identificada encontra a sua complexidade na sempre incerta ordem de condutas que habita o interior dos indivíduos e que, de alguma forma e em algum momento, são dadas a conhecer no âmbito da vida em sociedade.

Inarredável, pois, no estudo desses grupamentos, ter-se como ponto de partida o ser individual, sua essência e motivos que o conduziram, por ato vontade ou não, até a integração ao ser social, ambiente em que libera as suas condutas e absorve as práticas coletivas e individuais produzidas por outros espíritos humanos, seja na historicidade ou na contemporaneidade, mas que interfere no seu comportamento e passa a integrar a sua própria personalidade.[467]

---

[465] BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política.* 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 63.

[466] Idem.

[467] Luiz Sanchez Agesta ensina que "[...] El hombre como persona tiene um destino personal transcendente, y por muy vinculado que aparezca a un medio social, hay siempre actudes y sentidos de su vida que revelan esta insobordinable individualidad. Pero, de otra parte, los grupos sociales en que se encuentra inmerso superan la vida de los meros individuos que los conponen y determinan el ser y el obrar del individuo, que forma parte del grupo, con una eficacia que hace patente la consistencia objetiva del grupo mismo. Nos educamos en una familia, en una iglesia, en una ciudad, en una nación y obramos de acuerdo con los intereses, normas y modelos de vida de esos grupos; sentimos la subjetividad de nuestra propria existencia y, al mismo tiempo, la experimentamos vinculada y modelada por los grupos de que participamos. Este infinito desdoblamiento de neuestro ser se define como puestos o papeles que jugamos necessariamente en la vida social. Somos un todo y, al mismo tiempo, parte de un orden que nos transciende. Distinguimos entre comportamiento en función de los grupos en que participamos, y acción personal, de la que nos sentimos individualmente responsables. Cuando decimos que el hombre es social, no queremos sólo dicir que tiene una necesidad o una aptitud para viver en sociedad, sino que, en gran parte, su personalida está formada por los grupos sociales de que participa. Todos los grupos imprimen su sello en su personalidad. En la familia, en la cumunidad de vecindad, en la asociación

Friedrich Engels, com o suporte das pesquisas desenvolvidas por Lewis Henry Morgan, produziu trabalho em que apresenta o surgimento da sociedade moderna, com a sua produção de excedentes, comércio e acumulo de riquezas, a partir da ruptura dos moldes de convivência familiar primitivo; espaço em que preponderavam a economia de subsistência, os interesses comuns e os laços de parentesco.[468]

Morgan, explica Engels, "foi o primeiro que, com conhecimento de causa, tratou de introduzir uma ordem precisa na pré-história da humanidade. Sua classificação permanecerá certamente em vigor até que um material significativamente mais rico obrigue a processar modificações". [469]

Todos os que se preocuparam com o exame das origens da sociedade não podem escapar das conclusões a que chegou Morgan, uma vez que suas investigações envolveram o estado selvagem e o estado de barbárie, limitando-se a tratar da transição para o estado de sociedade, sem, todavia, aprofundar o seu estudo.[470]

Examine-se a seguinte conclusão de Lewis Henry Morgan acerca da arte de subsistência:

> O fato importante de que a humanidade teve início na base da escala e desenvolveu-se é revelado de uma forma expressiva por suas sucessivas artes de subsistência. De sua habilidade nesse sentido, dependeu toda a questão da supremacia humana sobre a terra. Os seres humanos são os únicos seres de que se pode dizer que ganharam controle absoluto sobre a produção de alimentos; que no início eles não possuiam sobre os outros animais. Sem ampliar a base de subsistência, a humanidade não poderia ter se propagado para outras áreas que não possuiam os mesmos tipos de alimentos e, finalmente, por sobre toda a superfície da terra. Finalmente, sem a obtenção de um controle absoluto sobre variedade e quantidade, os seres humanos não poderiam ter se multiplicaram em países populosos. Por conseguinte, é provável que as grandes épocas de progresso humano tem sido identificadas, mais ou menos diretamente, com o alargamento das fontes de subsistência.[471]

---

profesional, en la nación, va el hombre formando sus creencias, sus hábitos, sus valoraciones, sus actitudes, su lengua, en suma, ajustando su personalidade en función de su sociabilidad." (AGESTA, Luis Sanchez. *Princípios de Teoria Política.* 3. ed. Revisada. Madrid: Editora Nacional, 1970, p. 139-140.).

[468] ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado.* 2. ed. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, p. 31.

[469] Idem.

[470] Idem.

[471] MORGAN, Lewis Henry. *Ancient Society; or, researches in the lines of human progress from savagery, through barbarism to civilization.* New York: Henry Holt and Company, 1907, p. 19. No original: "The important fact that mankind commenced at the bottom of the scale and worked up, is revealed in an expressive manner by their successive arts of subsistence. Upon their skill in this direction, the whole question of human supremacy on the earth depended. Mankind are the only beings who may be said to have gained an absolute control over the production of food; which at the outset they did not posses above other animals. Without enlarging the basis for subsistence, mankind could not have propagated themselves into other areas not possessing the same kinds of food, and ultimately over the whole surface of the earth; and lastly, without

Dessas reflexões é possível identificar a severa preocupação do ser humano com a garantia do mínimo necessário à sua existência, que, nos tempos remotos, restringia-se ao abrigo contra as intempéries naturais e à busca/produção dos alimentos.

Por sua vez, do ponto de vista sociológico, Ferdinand Tönnies, afirma que, de um lado, figurava uma vida privada, de conjunto, íntima, interior e exclusiva, e, de outro, uma pertencente ao domínio público, concebida como o próprio mundo exterior.[472] A comunidade existiria muito antes da Sociedade[473], considere-se o nome ou o fenômeno. As relações em comunidade possuem sustentação em elementos de natureza orgânica.[474]

De forma mais geral, pode-se falar em comunidade (*Gemeinschaft*) como algo a abranger toda a humanidade, todavia, a sociedade (*Gesellschaft*) humana é concebida com uma mera coexistência de pessoas independentes uns dos outros.[475]

A orientação pela igualdade e pela liberdade de vontades não parece, ao menos *a priori*, condição para a vida em comunidade, porquanto as relações de intimidade e respeito releva diferenças sociais para deixar marcar-se por determinadas desigualdades "naturais", consubstanciada em elementos físicos e morais, capacidade física e intelectual, sexo, idade, dentre outras, acompanhada por sentimentos superiores.

Para Tönnies, a Teoria da Sociedade maneja a construção artificial de agregados de homens que, de forma superficial, remontam as comunidades, de forma a viabilizar o estabelecimento da paz no âmbito da vida e habitação conjunta. Todavia, na comunidade os

---

obtaining an absolute control over both variety and amount, they could not have multiplied into populous nations. It is accordingly probable that the great epochs of human progress have been identified, more or less directly, with the enlargement of the sources of subsistence.".

[472] TÖNNIES, Ferdinand. *Comunity and Society (Gemeinschaft und Gesellschaft).* London: Transaction Publishers, 1957, p. 33.

[473] Importa destacar, com Pitirin A. Sorokin, que, como diversas categorias fundamentais do pensamento social, os dois modos de mentalidade e comportamento indicados por Tönnies surgiram bem antes de sua época e seguiram-se depois dele. O tipo "comunitário" (*Gemeinschaft*) de mentalidade e sociedade foi enaltecido por Confúcio, em sua teoria das cinco relações fundamentais: pai e filho, irmão mais velho e irmão mais novo, marido e mulher, dominador e sujeito, amigo e amigo. Platão, de igual sorte, em sua República e Leis, apresentou um retrato completo de ambas as formas de agremiação, bem como da personalidade humana. (TÖNNIES, Ferdinand. *Community and Society (Gemeinschaft und Gesellschaft).* London: Transaction Publishers, 1957. Foreword).

[474] "[…] tudo é orgânico real na medida em que ela pode ser concebida apenas como algo relacionado com a totalidade da realidade e definido em sua natureza e movimentos por essa totalidade". No original: "Everything real is organic in so far as it can be conceived only as something related to the totality of reality and defined in its nature and movements by this totality". TÖNNIES, Ferdinand. *Comunity and Society (Gemeinschaft und Gesellschaft).* London: Transaction Publishers, 1957, p. 35.

[475] TÖNNIES, Ferdinand. *Comunity and Society (Gemeinschaft und Gesellschaft).* London: Transaction Publishers, 1957, p. 34.

homens permanecem unidos malgrado todas as separações, enquanto que na sociedade, os indivíduos permaneceriam separados não obstante todas as uniões.[476]

Luis Sanchez Agesta refere ao valor histórico da distinção promovida por Ferdinand Tönnies e destaca que a comunidade se insere na categoria do espontâneo, marcada pelo viver conjunto que não se orienta por decisões reflexivas, mas sim pelos traços em comum que desenvolvem, naturalmente, "uma união que se pode expressar-se alegoricamente com a idéia de organismo". Já a sociedade, aduz o autor, em sentido contrário, consubstancia grupo social de coesão artificial, baseada em atos conscientes decorrentes de atividade reflexiva, que pode se expressar simbolicamente com a idéia de contrato. Cita Poch, para quem, na comunidade, a gente é; na sociedade, a gente está. Conclui Agesta: A família é exemplo de comunidade, já a unidade mercantil, exemplo de sociedade. [477]

---

[476] Tönnies aduz, ainda, que "In the Gesellschaft, as contrasted with Gemeinschaft, we find no actions that can be derived from an *a priori* and necessary existing unity; no actions, therefore, which manifest the will and the spirit of the unity even if performed by the individual; no actions which, in so far as they are performed by the individual, take place on behalf of those united with him. In the Gesellschaft such actions do not exist. On the contrary, here everybody is by himself and isolated, and the exists a condition of tension against all others." (Tradução própria: Na sociedade, em contraste com a comunidade, não encontramos ações que podem ser derivadas de um *a priori* e de uma necessária unidade existente; nenhuma ação, portanto, manifesta a vontade e o espírito de unidade, mesmo que realizada pelo indivíduo; nenhuma ação realizada pelo indivíduo ocorre em nome daqueles unidos a ele. Na sociedade tais ações não existem. Pelo contrário, todos são sozinhos e isolados, e existe uma situação de tensão contra todos os outros.). (TÖNNIES, Ferdinand. *Comunity and Society (Gemeinschaft und Gesellschaft).* London: Transaction Publishers, 1957, p. 65).

[477] AGESTA, Luis Sanchez. *Princípios de Teoría Política.* Madrid: Editora Nacional, 1970, p. 148: No original: "Tiene hoy un valor histórico una distinción de TOENNIES, que en parte conincide con la anterior, en *comunidad y sociedad*. La *comunidad* está referida a la categoria de lo espontáneo; es un vivir conjunto que no obedece a una decisión reflexiva, sino al hecho de tener algo en común que desenvuelve, naturalmente, una unión que puede expresarse alegoricamente com la idea de *organismo*. *Sociedad*, por el contrario, es el grupo social de una cohesión artifical, basada en actos conscientes producto de una actividad reflexiva, que puede expresarse simbolicamente con la idea de *contracto*. En la comunidad, aclara POCH, se es; en la sociedad, se está. La familia es ejemplo del primer tipo; una unidad mercantil es ejemplo del segundo.". No particular, é importante destacar as lições do autor alusiva à inflação de classificações acerca dos grupos sociais: "Los grupos sociales se ha clasificado desde los más variados puntos de vista; quizá lo que haya que lamentar sea esta riqueza de clasificaciones que, apoyada en criterios diversos y con terminologías dispares, da a la sociologia ese carácter de ciencia caótica. Teniendo en cuenta que la función de una clasificación es no solo das una visión de conjunto de loca varios contenidos de una ciencia, sino profundizar en la misma naturaleza del objeto y ordenbar los datos de un problema, nos atendremos a aquellas clasificaciones que por apoyarse en diversidades de estructura de los grupos o en su conexión com el orden político pueden sernos más utiles. [...] La mayor parte de estas clasificaciones tienden a trazarse como una dicotomia, esto es, como una división en dos términos que se contraponen como opuestos; en la medida en que esta dicotomia tienden a expressar los dos polos posibles y contrapuestos de la naturaleza de los grupos sociales, han de entenderse estos términos de la clasificación como tipificaciones ideales, cuyos contenidos coexisten frecuentemente en la realidad de un mismo grupo. Y claro está que elle nos permite concebir la posibilidad de tipos intermédios en una escala abierta de mayor o menor amplitud. Las dicotomias más importantes que puedem citarse como de empleo usual en las ciencias sociales, y cuyos términos no siempre están bien definidos, so las seguintes: I. *Personal e impersonal* – En los primeros predomina la afectividad humana y el contacto7 reiterado a través de los sentidos (los miembros se ven, se hablan e se escuchan); los segundos tienen vínculos formales de incorporación (el acto formal de inscripción, el fichero de socios que no se conocen entre sí). II. *Institucional y contractual.* – De acuerdo con la concepción de la sociedad de Hauriou (y en parte de Sumner). Institucionales son los grupos que apoyan su unidad y desenvolvimiento en ideas objectivas; contratuales, aquellos cuyo fundamento ha de encontrarse en la volutad. III. *Orgánico y mecánico o natural y artificial.* – El primero de dichos términos indica la unidad y el

Bonavides leciona que, a Comunidade antecedeu a Sociedade e com ela permaneceu, *verbis:*

> Tendo a Comunidade antecedido a Sociedade, que é um estádio mais adiantado da vida social, esta não eliminou aquela. No interior da Sociedade, que se acha provida de um querer autônomo, que busca fins racionais, previamente estatuídos e ordenados, convivem as formas comunitárias, com seus vínculos tributários de dependência e complementação, com suas formas espontâneas de vida intensiva, com seus laços de estreitamente e comunicação entre os homens, no plano inconsciente e irracional.
>
> Ao lado do conceito de Comunidade surge modernamente o de Massa. Vierkandt encontra aí a forma mais significativa das manifestações fenomenológicas que se prendem à composição estrutural da sociedade contemporânea.[478]

Alexandre Groppali reflete acerca da acepção psicológica de sociedade, desenvolvida por Tönnies, e destaca que o conceito de sociedade refletiria o complexo de relações existentes entre uma pluralidade de indivíduos que convivem e cooperam, mais ou menos conscientemente, para a satisfação e conquista de necessidades, interesses e fins comuns.[479]

Groppali alude a quatro formas típicas e fundamentais de coexistência e correlação entre os membros de um agrupamento social:

- o acumulo de indivíduos sem outra correlação entre si do que aquela determinada por uma necessidade excepcional e extraordinária;
- a comunidade gerada pelo fato da vida estável em comum;

---

desenvolvimiento espontâneo y flexible de los organismos biológicos; el segundo, la unidad racional y el movimiento rigido y preciso de la máquina. IV. *Tradicional y racional.* El matiz específico de esta oposición apunta a discernir lo que es un sedimento histórico, obra de un pasado, y la estructura trazada en razón de un fin consecuencia del obrar racional del hombre. Esta distinción puede referir-se a Weber. [...].” É neste campo de dicotomias que Agesta também se refere às classificações: a) de Cooley (grupos primários e secundários) ou (primários, intermediários e secundários); b) a institucional francesa (sociedade-contrato, dependente da vontade de quem a institui, e sociedade-instituição, emancipada das vontades individuais). Destaca, ainda, os critérios teleológicos e do interesse determinante, bem como os de coordenação, superposição e oposição, que também se orientam a estabelecer classificações dos grupos sociais. (AGESTA, Luis Sanchez. *Princípios de Teoría Política.* Madrid: Editora Nacional, 1970, p. 146-150).

[478] BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política.* 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 63.

[479] Explica Gropaali que “Este complexo de relações forma-se, de um lado, pelas relações dos indivíduos entre si por motivos de ordem fisiológica e psicológica e, de outro, pelas relações dos indivíduos com as coisas que os cercam e que assumem a forma da produção, distribuição e consumo. As atividades, portanto, que os indivíduos exercem em tais relações, se coordenam entre si, em referência à satisfação de uma necessidade ou de um interesse comum e esta coordenação se realiza de um lado, pela formação do sentido de limite nas consciências, sob a sugestão de dolorosas experiências, e, de outro como veremos, pela afirmação de uma série de normas de conduta, imposta primeiro pelo costume e em seguida pelo Estado” (GROPPALI, Alexandre. *Doutrina do Estado.* 8. 2. ed. Tradução de Paulo Edmur de Souza Queiroz. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 47-48.).

- a sociedade com os vínculos de solidariedade nascidos entre os indivíduos pela permuta recíproca de serviços e produtos, quando neles já se formaram o sentimento de auto-afirmação e disciplina;
- a sociedade que se subjetiva no Estado, adquirindo a consciência do próprio ser, de maneira a formar uma pessoa, refletindo em si o pensamento e a vontade de toda a nação.[480]

Aduz o autor que "à base de todas essas quatro formas de sociedade, está sempre uma relação de convivência a que se juntam, na terceira forma, a relação de colaboração e na quarta, a relação de obediência a uma autoridade comum, quando a sociedade se organiza juridicamente como Estado.".[481]

Thomas Hobbes, para quem a primeira lei natural do homem é a da autopreservação, descreve o estado de natureza como um estágio em que os indivíduos sobrevivem em meio à guerra de todos contra todos (*bellum omnium contra omnes*), sobrelevando o isolamento, o egoísmo e a insegurança, ausente qualquer noção de ordem e presente as recorrentes batalhas movidas por paixões e desejos, cuja contenção lastra-se na força. Assim é que o "homem é o lobo do homem" (*homo homini lupus*).[482]

Nessa perspectiva, a autopreservação constitui tão somente a busca de meios para a sobrevivência da matéria, o que, considerado o momento, aproxima a noção de mínimo existencial à de mínimo vital, cujo distanciamento foi promovido pela agregação de necessidades outras, bem assim pelo reconhecimento que o ser humano não se limita ao corpo material.

Ao esclarecer acerca da ambiguidade que subjaz aos juízos contraditórios de que é objeto o Estado, Burdeau o situa como base de um poder desencarnado, que, é, ao mesmo tempo, provedor do poder dos homens. "O Estado é um Jano de quem uma face, a que é serena, reflete o reinado do direito e a outra, atormentada se não retorcida, é marcada por todas as paixões que animam a vida política" [483]

Essa ambigüidade é essencial ao Estado, "O oráculo diz o direito, mas pela boca dos homens. Suas decisões são enobrecidas pela autoridade prestigiosa que se vincula à norma jurídica, mas sua substância é nutrida dos interesses, das ambições, das ideologias de que as forças políticas que se enfrentam na sociedade extraem um poder incessantemente renovado". [484]

---

[480] GROPPALI, Alexandre. *Doutrina do Estado.* 8. 2. ed. Tradução de Paulo Edmur de Souza Queiroz. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 47-48

[481] Ibidem.

[482] HOBBES, Thomas. *Leviatã.* São Paulo: Martin Claret, 2004.

[483] BURDEAU, Georges. *O Estado.* São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 35.

[484] Ibidem.

No torvelinho dos sentimentos que marcam as relações intersubjetivas desenvolvem-se os interesses, as ambições e as ideologias referidas por Burdeau, que retroalimentam a vontade humana despersonalizada, a qual tem no indivíduo – que, com se destacou, é superior ao Estado enquanto ordem de valores – sua origem e seu fim. Por isso mesmo, "o Estado não cria o direito, mas expressa seus imperativos tais como estes se impõem em dada sociedade em dado momento".[485]

O Estado é artifício, sustenta Burdeau. "Artifício, não no sentido em que o entendia, com Rousseau, a filosofia do século XVIII, pois o Estado cria clima indispensável à realização da personalidade humana; mas artifício no sentido de que não é dado como fenômeno natural, mas deve ser construído pela inteligência humana".[486]

O Estado é criado pela vontade humana e direciona-se a preencher os ideais de sobrevivência de determinada ordem social, que, por sua vez, impõe a esse mesmo Estado novas ordens de valores que exigem constante reposicionamento de condutas e idéias.

Trata-se de obra que o espírito humano jamais logrará acabar, sobretudo porque, se o indivíduo, criador do Estado, encontra-se sempre em evolução (ou involução), com maior razão a criatura. "[...] o Estado é artifício, nem por isso é concebido de uma vez por todas. É, ao contrário, uma criação contínua que exige por parte dos indivíduos um esforço de pensamento pelo qual seus mecanismos e suas atividades adquirem seu verdadeiro sentido".[487]

Explica-se, pois, o fato de Manoel Jorge e Silva Neto, sempre que conduzido a raciocinar sobre o Estado[488], não deixar de referir o pensamento de Adolfo Posada, segundo

---

[485] Ibidem, p. 36.

[486] Ibidem, p. 37. Saliente-se que, para Rousseau, a desigualdade criada pelo homem surge como como vícios e artifícios da sociedade, não sendo, pois, natural. A felicidade habitava o estado de natureza, ao passo que no estado civil o homem vive em constante busca pela felicidade perdida. "Há, eu sei, uma idade em que o homem individual gostaria de parar; de tua parte, procurarás a época na qual desejarias que tua espécie tivesse parado. Descontente com teu estado presente, por motivos que anunciam à tua infeliz posteridade maiores descontentamentos ainda, quem sabe gostarias de retrogradar. Tal desejo deve constituir o elogio de teus primeiros antepassadoos, a crítica de teus contemporâneos e o temor daqueles que tiverem a infelicidade de viver depois de ti". (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens.* Coleção: Os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 53-54.). "O verdadeiro fundador da sociedade civil foi o primeiro que, tendo um terreno, lembrou-se de dizer *isto é meu* e encontrou pessoas suficientemente simples para acreditá-lo. Quantos crimes, guerras, assassínios, misérias e horrores não pouparia ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou enchendo o fosso, tivesse gritado a seus semelhantes: 'Defendeio-vos de ouvir esse impostor; estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos e que a terra não pertence a ninguém"". (Ibidem, p. 87).

[487] BURDEAU, Georges. *O Estado.* São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 37.

[488] Por exemplo, quando destaca que "a agitação social predecessora das constituições do pós-guerra foi tão intensa nos Estados contemporâneos, a troca de estimação dos valores jurídicos e políticos tão radical, e tão profunda foi a crise do regime que o constitucionalismo liberal construíra, que a reinterpretação do fenômeno estatal exigiu a revisão técnica de como se tornar possível a conferência de efetividade e eficácia a ele mesmo."

quem "O Estado na história, como labor do pensamento reflexivo, não se concretiza jamais em uma fórmula definitiva, cristalizada: O Estado é processo, e nele se transforma incessantemente sua idéia sob o influxo atitudes e de critérios de valoração constantemente renovados". [489]

Esclarece Posada que a realidade em que consiste o meio social não está contida e esgotada no Estado, porquanto tão evidente como o fato de pertencer ao Estado, de que podemos nos sentir cidadãos, é que somos também membros de outras coletividades, núcleos e grupos, vivendo, assim, em um regime mais ou menos complexo de formações sociais distintas daquela que constitui o Estado – família, profissão, religião, associação cultural, etc. [490]

Formula, em suas reflexões, as seguintes indagações:

> Como então destacar na complexa teia do fenômenos sociais em que se concretizam diferenciadas atividades humanas, o fenômeno político: o Estado? Como raciocinar a sua existência e a índole própria e distinta da atividade humana que o produz? Em suma, como interpretar, compreender e definir a realidade que designamos o que as gentes designam como 'Estado'? [491]

E aduz que "Não é tarefa tão fácil, não obstante o caráter evidente da existência do Estado como fenômeno que se produz no tempo e no Espaço".[492] Por isso mesmo a necessidade de "uma Reinterpretação do Estado", que conduz à "tarefa incessante de serena reflexão" da ciência política: "a interpretação e re-interpretação do Estado, uma realidade em que o homem vive – por assim dizer – submergido".[493]

Apoiado no pensamento de Gettel, Posada esclarece que cada momento histórico suscita a necessidade de explicação ideológica e às vezes ideal do fenômeno político que se chama de Estado. Todavia, "aquele que mais pode impressionar a cada qual é a realidade política vivida em seu Estado, isto é, o Estado contemporâneo, ou seja, o do momento do seu

---

(SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 65).

[489] POSADA, Adolfo. *La Idea Pura de Estado.* Madrid: Editorial Revista de Direito Privado, 1933, p. 11. No idioma original da obra: "El Estado en la historia, como labor del pensamiento reflexivo, no se concreta jamás en una fórmula definitiva, cristalizada: es proceso El Estado, y en él se tranforma incesantemente su idea bajo el influjo de actitudes y de criterios de valoración conatantemente renovados".

[490] Ibidem, p. 9.

[491] Idem. No original: "Como destacar entonces en la compleja urdimbre de los fenomenos sociales en que se concretan diferenciadas la actividades humanas, el fenómeno político: el Estado? Como razonar su existencia y la indole propia y distinta de la actividad humana que lo produce? En suma, como interpretar, compreender y definir la realidad que designamos o que las gentes designan como "Estado"?"

[492] Idem. No original: "No es la tarea tan fácil, no ostante el caráter evidente de la existencia del Estado como fenómeno que se produce em el tiempo y em el espacio".

[493] Ibidem, p. 5.

intérprete, e que se produz sob a sua ação, e como resultante, por sua vez, do pensamento político de seu tempo". [494]

Se Estado é processo, como compreender as severas dificuldades enfrentadas pelo ser humano em suas relações em sociedade sem que se examinem as diversas motivações que historicamente influíram na modificação do comportamento social?

A reflexão acerca do processo do Estado, para além de mera referência histórica, deve servir para pautar raciocínios e delinear comportamentos, seja na busca de se retornar àquilo que, um dia, viabilizou a produção da felicidade, seja para que se evite a recriação de momentos que trouxeram intenso sofrimento ao ser humano, tudo com vistas a "dar um impulso ideal, e para melhor, a uma realidade empírica que se acredita defeituosa". [495]

Nessa perspectiva, sustenta Posada:

> [...] a história das instituições políticas é apenas uma parte da história, ou do processo, ou processos, do Estado, o qual é preciso ser completada com a história das idéias, - expressão e motores das instituições, - ou seja, com a história ou o processo do <<pensado>>, trabalho em geral da incessante interpretação do 'vivido'. Não se pode falar de *realidade política* emprestando a este termo a plenitude do seu valor, senão em um mundo no qual, na *periferia e no centro* das *instituições*, em seu ambiente, se faça a interpretação dos mesmos, satisfazendo-se assim a uma profunda necessidade do espírito humano, e procurando, simultaneamente, uma condição essencial, da qual, em grande partem dependerá que o processo de transformação dos Estados siga seu ritmo mais natural e menos forçado. [496] (grifado no original).

Impõe-se atentar, outrossim, para o fato de que cada estágio ultrapassado pela sociedade política deve ser compreendido segundo o momento histórico que produziu as respectivas condutas e transformações, já que, não raro, presencia-se o mero transportar de idéias sem que se realize a sua necessária reinterpretação no tempo.

Essa "atualização" – que, considerado o momento, revela-se imprescindível para a crítica política, especialmente pelo alto grau de complexidade que marca os indivíduos –, projeta-se para o desenvolvimento social e alcança as relações humanas, que, por muitas vezes, afasta do homem a sua verdadeira essência e o transforma em um ser hibrido: metade homem, metade máquina[497].

---

[494] Ibidem, p. 7.

[495] Ibidem, p. 8.

[496] POSADA, Adolfo. *Estado e Ciência Política.* Tradução de Pinto de Aguiar. Salvador: Progresso, 1957, p. 9.

[497] A noção que aqui se procura passar com tal figura de linguagem é do perdimento de caracteres humanos que levam à prática de condutas que inviabilizam a convivência em sociedade e destroem sentimentos superiores, que sucumbem ante objetivos subalternos.

Deveras, o agir autômato é elemento que se multiplica, em especial nos grandes centros. O ser em sociedade reproduz condutas de forma irracional e autômata, sem que se empreenda justificativa própria para seu agir. E assim, indaga-se: como racionalmente explicar algo que não aponta em si a justificativa da sua existência, sem que se busque os influxos externos que motivaram tal comportamento?

Acaso desprovido da compreensão acerca de determinado padrão de conduta, o ser humano passa a desenvolver sua ação de forma individualizada e, portanto, deixa de observar o mundo circundante, empresa que, via de regra, termina por violar a vida em sociedade, notadamente porque este proceder pode funcionar no âmbito da vida privada, mas não na esfera pública, lócus de intensa pluralidade que conduz à necessidade de tolerância.

Se as teorias políticas são "a resultante direta das condições políticas objetivas, ou expressão, nas idéias, dos movimentos de curiosidade do espírito humano que pretende interpretar a realidade política em que se sente mergulhado" [498], faz-se preciso compreender o momento histórico em que foram concebidas e verificar sua adequação ao propósito que se lhe pretendem imprimir.

"A República de Platão tem a sua significação muito diminuída se não é considerada à luz das condições em que foi produzida, no declínio das cidades Gregas". [499]

De igual sorte, a liberdade característica daquela sociedade na época aristotélica pode ser apontada como elemento indissociável da formação democrática que revolucionou as relações entre indivíduo e Estado. Todavia, a democracia marcada pela "liberdade dos antigos" somente pode ser compreendida acaso situada naquele momento histórico, sendo sua compreensão no cenário atual absolutamente dependente de atualização.

A plenitude do termo realidade política somente é alcançada se os processos do Estado sofrerem interpretação e re-interpretação no campo da história das instituições políticas, bem como da história das idéias que se estabeleceram como expressão e motores das instituições, ação que satisfaz à profunda necessidade do espírito humano. [500]

Não se revela possível a compreensão da diversidade de situações que tornam complexo o campo dos processos do Estado promovendo-se leitura isolada de fenômenos, que, via de regra, estão absolutamente conectados e que não se desenvolvem com os mesmos contornos de outros núcleos, tais como a família e os círculos de amizades.

---

[498] Ibidem, p. 9.

[499] Ibidem, p. 8. No particular, Posada remete ao pensamento de Gettel.

[500] POSADA, Adolfo. *Estado e Ciência Política.* Tradução de Pinto de Aguiar. Salvador: Progresso, 1957, p. 9.

As decisões no âmbito do Estado são cada vez mais complexas e envolvem interesses que ultrapassam as relações intersubjetivas e os motivos de sua formação. A formação comunitária, familiar e até mesmo da sociedade, ainda que em profunda associação com o Estado, não pode com ele ser confundida, sobretudo porque a possibilidade de reflexos das trágicas escolhas impõe maior sofrimento ao ser individual e comunitário, do que ao ser social e, mais ainda, ao *ser-no-Estado*.[501]

Observa-se, pois, que a cruzada pela sobrevivência projetou a raça humana, seja por desejo, seja por inconsciência, cada vez mais aos braços do Estado, que, por ser sua criação e re-criação é imperfeito, mas que se apresenta como única forma de garantir a construção de um espaço possível para a busca do preenchimento das necessidades cada vez mais urgentes e incontornáveis.

E se há algo, além das diferenças naturais, que identifica o homem no estado de natureza ao homem no estado de sociedade pode-se afirmar que se trata da busca constante pelo preenchimento das necessidades básicas à subsistência, ainda que, diversamente do homem das comunidades, o homem da sociedade privilegie o mercado em detrimento da subsistência; quando, obviamente, a subsistência de que se trata é a do outro.

Pode-se então afirmar que, compreendido o histórico domínio dos fortes pelos fracos, o objetivo de cada ser individualmente considerado é, em primeiro lugar, subsistir, para depois prevalecer sobre seus semelhantes.

E quando o acesso aos bens básicos da vida se torna algo corriqueiro e fácil parece que se olvidam das misérias que representa a ausência contumaz destes instrumentos de dignidade, passando-se então à luta desregrada pelo acréscimo patrimonial, desprezando-se o fato de que a preservação do acesso ao mínimo existencial deveria ser batalha conjunta e de responsabilidade da sociedade como um todo.

Especialmente pela impossibilidade de se permanecer no campo do altruísmo e pela absoluta impossibilidade dos indivíduos, por suas próprias forças, alcançarem o campo do equilíbrio no tocante às condições mínimas de existência digna, é que o desejo pela presença do Estado deve ser cada vez mais intenso.

---

[501] Sustenta-se que o ser-no-Estado é um modo de "ser-no-tempo", em alusão ao pensamento de Martin Heidegger, segundo quem: "porque o Ser somente pode ser compreendido na perspectiva do tempo, a resposta à questão do Ser não pode residir em uma sentença isolada e cega". (HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 56). No original: "Weil das Sein je nur aus dem Hinblick auf Zeit fassbar wird, kann die Antwort auf die Seinsfrage nicht in einem isolierten und blinden Satz liegen". (HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. Tübingen: Max Niemeyer Verlag, 2006, p. 19.

Referências

AGESTA, Luis Sanchez. *Princípios de Teoria Política*. 3. ed. Revisada. Madrid: Editora Nacional, 1970.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BURDEAU, Georges. *O Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 2. ed. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Escala.

GROPPALI, Alexandre. *Doutrina do Estado*. 8. 2. ed. Tradução de Paulo Edmur de Souza Queiroz. São Paulo: Saraiva, 1962.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

_____. *Sein und Zeit*. Tübingen: Max Niemeyer Verlag, 2006.

HOBBES, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MORGAN, Lewis Henry. Ancient Society; or, researches in the lines *of human progress from savagery, through barbarism to civilization*. New York: Henry Holt and Company, 1907.

POSADA, Adolfo. *La Idea Pura de Estado*. Madrid: Editorial Revista de Direito Privado, 1933.

_____. *Estado e Ciência Política*. Tradução de Pinto de Aguiar. Salvador: Progresso, 1957.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Coleção: Os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

TÖNNIES, Ferdinand. *Comunity and Society (Gemeinschaft und Gesellschaft).* London: Transaction Publishers, 1957.

APENDICE B – O pensamento de Maquiavel – Breves incursões

O PENSAMENTO DE MAQUIAVEL – Breves Incursões

A relevância do estudo sobre o pensamento desenvolvido por *Niccolo Machiavelli* está hoje muito mais concentrada nas reflexões sobre liberdade e poder do que propriamente em sua classificação das formas de governo, exatamente na linha da advertência de Marcelo Figueiredo: "monarquia e repúblicas, ou mesmo, principados e repúblicas, nos dias atuais, são submissos ao direito, seus governantes são escolhidos pelo povo". Assim, conclui o autor: "[...] o legado do autor se faz presente em outras análises, como no comportamento do governante e dos governados, nas técnicas de poder etc., temas que não envelhecem por sua utilidade sempre presente".[502]

Em crítica incisiva ao pensamento de Nicolau Maquiavel, Ataliba Nogueira assim se expressa:

> Nicolau Maquiavel, no seu famoso livro *Il* Príncipe, afirma a absoluta dissociação entre política e moral e qualquer outra ordem superior; fica emancipada a política e livre de entraves à realização do interesse, medida única da atividade do estado. Religião, moral, família, corporações de ofício, indivíduo, tudo está subordinado aos interesses do estado, o que quer dizer ao sucesso político do chefe do estado. Desembaraçado da impertinência dos laços religiosos ou morais, o cínico florentino sustenta a *razão do estado*, ou seja a supremacia absoluta da vontade do chefe do estado, a quem tudo é permitido, e daí o dever supremo de lançar mão até mesmo da mistificação, da mentira, do suborno, da traição, da falsidade, do disfarce, da hipocrisia, dos mais hediondos crimes, afim de obter os seus desígnios pessoais, cuja consecução não deve encontrar barreiras. Eis a origem da regra política: *os fins justificam os meios*.
>
> São suas palavras textuais: "O príncipe não pode observar todas aquelas coisas pelas quais são tidos como bons os homens; frequentemente, para manter o estado é obrigado a obrar contra a fé, contra a caridade, contra a humanidade, contra a religião. Importa ter animo disposto a dirigir-se segundo o obrigam os ventos e as variações da fortuna; não se afastar do bem, podendo; mas, saber enveredar pelo mal, se for preciso... Faça, portanto, questão o príncipe de viver e manter o estado: serão os meios sempre julgados honrados por todos. [503]

A leitura isolada de aludido excerto parece revelar certa objeção que Ataliba Nogueira opõe ao pensamento maquiavélico, todavia, é preciso compreender que a crítica deve se dirigir muito mais a uma época do que às idéias do político florentino, sobretudo porque, com o esclarece Lauro Escorel, o que Maquiavel fez foi "codificar e difundir as

---

[502] SANTOS, Marcelo Fausto Figueiredo. *Teoria Geral do Estado.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 56.

[503] NOGUEIRA, Ataliba. *O Estado é meio e não fim.* São Paulo: Saraiva e Cia, 1945, p. 37.

normas práticas que sempre regularam a conduta humana no plano político, ainda que frequentemente sob disfarces hipócritas" [504]

Como antes observado, a interpretação e compreensão das idéias políticas há que se empreendida considerado o momento histórico de sua concepção. A época de Maquiavel foi marcada por transição e contrastes e, por isso, não se pode, sob o risco de grave deformação, dissociar suas idéias das condições em que se achavam, no século XVI, os estados italianos, e dos costumes políticos que neles prevaleciam.[505]

Inspirado na Roma antiga, mas em função das condições e costumes de sua época e apoiado na sua observação pessoal dos fatos políticos e sociais de seu tempo, Maquiavel "meditou sobre as leis próprias da política, legando à cultura ocidental obra que, por ter rompido decisivamente com o medievalismo, com os conceitos básicos do feudalismo e da escolástica, é justamente considerada a pedra fundamental da ciência política moderna".[506]

Deveras, o método empreendido por Maquiavel na construção dos seus escritos foi o da observação e descrição do seu mundo circundante – empírico, portanto –, com inspiração naquele espírito renascentista, como refere Ernest Cassirer: "Maquiavel observou os combates políticos como se fossem jogos de xadrez. Ele estudou as regras do jogo de forma detida, mas não teve a menor intenção de alterar ou criticar tais regras".[507]

Conclusão que se alcança quando se empreende o exame dos escritos de Machiavel, nomeadamente em relação às questões que envolvem a conquista e manutenção dos principados, que predominam na obra *O Príncipe.*

A maneira como são relatadas as peculiaridades que marcam os Principados hereditários, mistos, novos, civis eclesiásticos, etc, revelam que o Secretário florentino não tinha, de fato, qualquer intenção de ser, ao menos diretamente, agente modificador do *status quo*, mas que, com suas descrições terminava por expor a severa dissociação entre a política e valores superiores, tais como a moral e a religião.

Época em que importava ao Príncipe a manutenção do seu Poder, Maquiavel tratou da crueldade e da piedade, observando que: "Todo Príncipe deve desejar ser

---

[504] ESCOREL, Lauro. *Introdução ao Pensamento Político de Maquiavel.* São Paulo: Organização Simões, 1958, p. 94.

[505] Ibidem, p. 3.

[506] Ibidem.

[507] *Apud* ESCOREL, Lauro. *Introdução ao Pensamento Político de Maquiavel.* São Paulo: Organização Simões, 1958, p. 95. No original: "Machiavelli looked at political combats as if they were a game of chess. He had studied the rules of the game very thouroughly. But He had not the slightest intention of changing or criticizing these rules".

considerado piedoso e não cruel; no entanto, deve ter cuidado para não usar mal esta piedade [...] Pode-se, muito bem, ser temido e não odiado".[508]

O pensamento de Maquiavel corresponde à leitura do domínio do Estado sobre os seus súditos, já que, na sua época, não era possível vislumbrar, e muito menos descrever, o Estado sem o fim de dominar e sem a arregimentação dos meios necessários para tanto.

Ora, se "Todos os estados, todos os domínios que tiveram e têm império sobre os homens, são repúblicas ou principados" [509], o fato é que a relação de domínio é a que marcava a interação Estado-indivíduo naquele tempo.

O que fez Maquiavel foi revelar essa relação de dominação e, como é reconhecido por muitos, advertir acerca de necessidade de proteção contra tais forças dominadoras.

Na verdade, como Adverte Escorel: "

> A reação contra Maquiavel foi tanto maior quanto sua obra veio por a nua verdadeira motivação e mecânica real da política de todos os tempos. Em grande parte, a corrente anti-maquiavélica não é senão, como escreveu Antônio Gramsci, a manifestação teórica deste princípio de arte política elementar: que certas coisas se fazem mas não se dizem.[510]

A leitura de Maquiavel conduz à nítida conclusão de que a política desenvolvida é aquela que dota o Estado de autoridade que se sobrepõe a qualquer valor superior presente na sociedade, seja individual ou coletivo, o que representa a face totalitária e absolutista a dominar os indivíduos e a submetê-los aos desmandos dos governantes.

Todavia, era a tendência de sua época, na qual a formação do absolutismo estatal gerava uma crescente valorização da política secular, acompanhada por visível decadência da moral tradicional e da religião, "fatos que não deixavam de repercutir na própria Igreja, dirigida então por Pontífices mais preocupados em promover, por todos os meios, os interesses temporais do Papado do que propriamente em zelar pelos valores espirituais da cristandade.".[511]

---

[508] MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 105 e 107.

[509] Ibidem, p. 21.

[510] ESCOREL, Lauro. op. cit, p. 95.

[511] ESCOREL, Lauro. *Introdução ao Pensamento Político de Maquiavel.* São Paulo: Organização Simões, 1958, p. 193. Outrossim, esclarece Escorel: "Maquiavel teve, mais do que ninguém, uma intuição profunda do sentido central em que se movia politicamente a Europa do século XVI, interpretou com lucidez invulgar os signos da condenação histórica que marcavam as velhas instituições políticas herdadas do feudalismo medieval, e pressentiu profeticamente os grandes lineamentos básicos do Estado moderno. Mas, de outro lado, a imagem deste último, na sua grandeza mundana e poder secular, de tal maneira o ofuscou, que seu olhar não pôde perceber os demais valores humanos colocados fora ou além da órbita política.". Ibidem.

Nesse cenário, como falar do Estado como "poder transcendente" e desvinculados das amarras dos interesses individuais? Como desenvolver um olhar otimista se Maquiavel empreendeu olhar meramente empírico e tentou com suas observações explicar o que observava?

No corpo principal do trabalho referiu-se às idéias de Jean-Francois Lyotard, segundo quem não é possível à experiência – que viabiliza tão somente o contingente e o singular – ter idoneidade para fornecer à ciência o princípio universal e necessário de uma afirmação semelhante. O empirismo não pode ser compreendido pelo empirismo.[512]

Faltou, portanto, a Maquiavel aquela operação intelectual que permite o acesso à universalidade das essências, para que lhe fosse possível, no dizer de Escorel, "opor à realidade dos fatos naturais e instintivos, normas morais super-empíricas, capazes de gerar uma forma mais alta de civilização e de convivência social".[513]

Assim, como identificar o Estado como meio para alcançar objetivos que possuem raiz na orientação ao bem comum? Este raciocínio não habita o pensamento maquiavélico, que não se mostra direcionado a fundamentar a existência do Estado como tal, mas sim de advertir acerca das verdadeiras atrocidades que subjazem à ação do Príncipe.

Talvez a observação mais precisa da obra de Maquiavel encontra-se no Contrato Social, de Jean-Jacques Rousseau - na parte em que questiona a atuação do rei e o absolutimo monárquico -, em que se lê que Maquiavel, "como se pretendesse dar lições aos reis, era o povo que ele realmente ensinava. O príncipe é o livro dos republicanos.". [514]

---

[512] LYOTARD, Jean-F. *La phénoménologie.* França: Presses Universsitaires de France, 1954, p. 13. No original: "Or expérience, ne fournissant jamais que du contingent et du singulier, ne peut offrir à la science lê príncipe universel et nécessaire d'une affirmation semblable".

[513] ESCOREL, Lauro. op. cit, p. 194.

[514] ROUSSEAU, Jean-Jacques. *The Social Contract.* The Greats Books. Chicago: University of Chicago, 1952, p. 412-413. Revela Rousseau que: "Os reis desejam ser absolutos, e os homens estão sempre lhes gritando que a melhor forma de assim serrem é fazer com que seus povos os amem. Essa máxima é muito boa e, em certo sentido, até verdadeira. Infelizmente, ela será sempre objeto de zombaria nas cortes. O poder que decorre do amor do povo é sem dúvida o maior, todavia precário e condicional e os príncipes nunca se contentarão com ele. Os melhores reis desejam estar em uma posição de serem maus, quando querem, sem perder a sua condição de mestres: ainda que um pregador político se esforce em dizer-lhes que, se a força do povo for a sua, o maior interesse deles é de que o povo seja próspero, numeroso e formidável, eles sabem bem que isso não é verdade. Seu interesse pessoal é de que o povo seja fraco, miserável, e jamais lhe possa resistir. Admito que, sendo os súditos sempre inteiramente submissos, o interesse do príncipe seria então que o povo fosse poderoso, a fim de que, sendo esse poder o seu, o tornasse temido por seus vizinhos; mas, como esse interesse é apenas secundário e subordinado, e a força é incompatível com a submissão, naturalmente o príncipe dá preferência ao princípio que lhe trás imediata vantagem. É o que Samuel vigorosamente expôs aos hebreus e que Maquiavel demonstrou com clareza. Como se pretendesse dar lições aos reis, era o povo que ele realmente ensinava. O príncipe é o livro dos republicanos". No original: "Kings desire to be absolute, and men are always crying out to them from afar that the best means of being so is to get themselves loved by their people. This precept is all very well, and even in some respects very true. Unfortunately, it will always be derided at court. The power which comes of a people's love is no doubt the greatest; but it is precarious and conditional, and princes will never rest content with it. The best kings desire to be in a position to be wicked, if they please, without forfeiting their mastery: political

Para Escorel, "há em Maquiavel, fruto do seu semi-fatalismo e do seu desconhecimento da idéia da perfectibilidade humana, que o fizeram acorrentar o homem às obscuras forças da natureza, um conformismo pessimista diante do mal presente na história". Este conformismo pessimista, esclarece, explica "a frieza, para nós tão chocante, com que ele descreve as ações imorais ou cruéis de seus celebrados heróis ou preceitua regras de conduta política manifestamente desumanas". [515]

Essa leitura revela, inclusive, a atualidade da obra de Maquiavel, em especial para os fins apontados por Rousseau. Projetadas as idéias construídas no século XVI para a época contemporânea verifica-se que a técnica política segue com viés de realidade absoluta, que, malgrado discutida sob o manto de valores republicanos e democráticos, serve de instrumento de dominação de classes.

A aparente limitação de Maquiavel, apontada por seus críticos, ao reduzir toda a vida do espírito humano à pura técnica política, antes de ser algo estranho às concepções atuais, revela-se pensamento que se identifica com práticas largamente utilizadas no cenário político contemporâneo, notadamente quando se examinam as ações desmedidas e desumanas empreendidas com único e exclusivo escopo de se conquistar ou manter o domínio do poder.

Luigi Russo sustenta que:

> a política não é toda a vida do espírito humano, mas somente um momento dele. O enérgico politicismo de Maquiavel serve para redimir o homem de sua inércia e de seu afeminamento, mas ele não esgota os problemas do homem, e, ao contrário, na tentativa falaz de querer resolvê-los totalmente "sub specie utilitatis", corrompe a própria "virtù-principe" da nova religião. [516]

Por isso mesmo as observações de Rousseau acerca de *O Príncipe* promovem a iluminação necessária para a releitura do pensamento de Maquiavel, já que serve de alerta para as notáveis coincidências, guardadas as referências espaço-temporais, entre o comportamento do príncipe e o dos governantes no âmbito da República, sobretudo porque a

---

sermonisers may tell them to their hearts' content that, the people's strength being their own, their first interest is that the people should be prosperous, numerous and formidable; they are well aware that this is untrue. Their first personal interest is that the people should be weak, wretched, and unable to resist them. I admit that, provided the subjects remained always in submission, the prince's interest would indeed be that it should be powerful, in order that its power, being his own, might make him formidable to his neighbours; but, this interest being merely secondary and subordinate, and strength being incompatible with submission, princes naturally give the preference always to the principle that is more to their immediate advantage. This is what Samuel put strongly before the Hebrews, and what Machiavelli has clearly shown. He professed to teach kings; but it was the people he really taught. His Prince is the book of Republicans". Ibidem.

[515] ESCOREL, Lauro. *Introdução ao Pensamento Político de Maquiavel.* São Paulo: Organização Simões, 1958, p. 194

[516] *Apud* ESCOREL, Lauro. *Introdução ao Pensamento Político de Maquiavel.* São Paulo: Organização Simões, 1958, p. 194-195.

obra de Maquiavel "nos coloca diante de uma visão de sempre viva atualidade, na medida em que reflete o que há de permanente na natureza humana, e que não seria razoável nem prudente refutar com alegações puramente moralistas". [517]

Escorel destaca que "Villari percebeu bem a agudeza do problema ao dizer que, por mais estranho que pareça, um retorno ás doutrinas de Maquiavel era necessário para se encontrar um fundamento e uma orientação segura à honestidade política.". E aduz: "Estava Villari bem consciente de tudo o que há de monstruoso na concepção maquiavélica, mas também de tudo que há nela de verdadeiro." (grifou-se).

O maquiavelismo, explica o autor, "não é, na verdade, nem uma doutrina nem uma teoria política elaborada abstratamente, por cujas conseqüências se possa com justiça responsabilizar Maquiavel. Segundo L. A. Burd., o maquiavelismo é antes um 'estado de espírito' que teria surgido no curso natural das coisas mesmo que Maquiavel nada tivesse escrito". [518]

O exame de épocas mais remotas demonstra que a exaltação da força e da astúcia, a idéia de que a justiça é o interesse do mais forte, o recurso a meios violentos e cruéis não foram noções ou receitas inventadas por Maquiavel, mas remontam à antiguidade clássica, refletindo as constantes malignas da natureza humana que nem mesmo a Idade-Média cristã conseguiu eliminar de todo da prática política, e que no Renascimento ressurgiram violentamente, reinvindicando para si mesmas uma primazia insólita na direção dos negócios humanos. [519]

Reflexão que nos conduz aos tempos atuais, em que, sob o manto da democracia e da liberdade, interesses de certos "grupos de pressão"[520], verdadeiras supremacias sociais e

---

[517] ESCOREL, Lauro. op. cit, p. 195. Refere Escorel que Viralli escrevera: "Si passa continuamente dal più profondo disgusto, qualche volta anche orrore, alla più sincera ammirazione... ci repugna la immoralità dei suoi precetti, ci affascina a ci lascia ammirati la verità delle sue osservaziono". Em vernáculo (tradução própria): "Movemo-nos sempre do mais profundo desgosto, às vezes, horror, a admiração mais sincera... Há repugnância a imoralidade de seus preceitos, atrai-nos para nos contemplar a verdade de sua observação". Ibidem.

[518] ESCOREL, Lauro. op. cit, p. 93. Destaca, outrossim, que "Há, de fato, um maquiavelismo anterior a Maquiavel, como Charles Benoist claramente demonstrou, na medida em que o Secretário florentino alicerçou suas máximas políticas no conhecimento da história clássica e na observação dos fatos e personalidades de sua época. Rômulo, Licurgo, Fernando de Aragão, Francisco Sforza, Cesar Borgia, Alexandre VI, tais foram alguns dos heróis da mitologia maquiavélica – heróis que o precederam no tempo ou que foram seus contemporâneos, e de cujas ações ele extraiu os ditames de sua sabedoria política". Ibidem.

[519] ESCOREL, Lauro. *Introdução ao Pensamento Político de Maquiavel.* São Paulo: Organização Simões, 1958, p. 94.

[520] Malgrado não se pretenda enfrentar o tema alusivo à "Teoria dos Grupos", impõe-se, com Noberto Bobbio, distinguir o conteúdo das expressões "lobbying" (ou "lobby"), "grupos de interesse" e "grupos de pressão", que são indiscriminadamente utilizadas pela literatura política. Portanto, "Grupos de pressão indica, ao mesmo tempo, a existência de uma organização formal e a modalidade de ação do próprio grupo em vista da consecução de seus fins: a pressão. Entendemos por pressão a atividade de um conjunto de indivíduos que, unidos por motivações comuns, buscam, através do uso de sanções ou da ameaça de uso delas, influenciar sobre decisões

econômicas, prevalecem em detrimento de valores superiores, tais como a vida e a integridade dos cidadãos. Ainda hoje, a narrativa maquiavélica se presta a demonstrar ao povo a crueldade das soluções dos diversos "Príncipes" que ainda habitam o teatro do Estado republicano.

Advirta-se, de logo, que não se está a subalternizar a atuação dos "grupos de interesse" ou dos "grupos de pressão". Sua existência e permanência se revelam de natureza indispensável ao debate político e ao processo do Estado Democrático de Direito, exatamente na ótica desenvolvida por Marcelo Figueredo, segundo quem:

> O Estado é composto da natureza humana. Visto sob o ângulo da influência sobre o poder é natural que os homens ou cidadãos não queiram apenas participar do processo político, do jogo político, de modo formal. Exige a democracia muito mais do que eleições, todos sabemos. Diversas forças atuam sobre o Estado e no Estado, agentes estatais, paraestatais, e mesmo meros cidadãos têm legítimos interesses que desejam defender. [521]

O que se rechaça é justamente o desvio de finalidade tendente a alcançar objetivos individuais, em flagrante colisão com os interesses da coletividade, que eles próprios pretendem representar. Em outras palavras, "cumpre verificar que tipos de interesses

---

que são tomadas pelo poder político, seja a fim de mudar a distribuição prevalente de bens, serviços, honras e oportunidades, seja a fim de conservá-la frente às ameaças de intervenção de outros grupos ou do próprio poder político. Pressão, é, portanto, não tanto como pensam alguns autores, a possibilidade de obter acesso ao poder político, mas a possibilidade de recorrer a sanções negativas (punições) ou positivas (prêmios), a fim de assegurar a determinação imperativa dos valores sociais através do poder político". Por sua vez, "Grupo de interesse é a expressão mais difundida das três ora em exame, e sua definição mais explícita se acha em Truman, para o qual grupo de interesse é "qualquer grupo que, à base de um ou vários comportamentos de participação, leva adiante certas reivindicações em relação a outros grupos sociais, com o fim de instaurar, manter ou ampliar formas de comportamento que são inerentes às atitudes condivididas". Esta definição sofre porém de três inconvenientes: de um lado, os vários autores que a usam terminam por fazer de cada erva um feixe, tornando muito genérica a noção de interesse, e por isso analiticamente inservível, de tal modo que, praticamente, cada grupo crescente numa sociedade se torna um grupo de interesse; por outro lado, há, em outros autores, a tendência a reduzir inscônscia mas significativamente todo interesse a um interesse meramente econômico, deixando de lado outros interesses presentes e organizados, como os interesses culturais, religiosos e outros, enfim, esta definição não nos permite dizer nada sobre as modalidades de interação entre os vários grupos presentes na sociedade e também sobre o modo preciso em que os mesmos procuram fazei prevalecer seus interesses. Bentley não tinha colocado este problema, pois que, antes de tudo, considerava o grupo como uma categoria analítica e não concreta e, em segundo lugar, identificava o interesse com a atividade. Fazendo assim dava como descontado que todo interesse se exterioriza em formas de atividades, já que podem existir interesses não ativados. Truman procura superar estas objeções usando a expressão grupos de interesse político, mas também ela não é satisfatória na medida em que interesses não políticos podem levar à necessidade de pesquisa de decisões políticas favoráveis, com o fim de se adotar, manter ou ampliar." Por fim, "lobby": "Como indica a própria expressão, trata-se do corredor dos edifícios parlamentares e do ingresso dos grandes hotéis, onde freqüentemente residem os parlamentares. Trata-se de uma atividade, ou melhor, de um processo, mais do que de uma organização. É o processo por meio do qual os representantes de grupos de interesses, agindo como intermediários, levam ao conhecimento dos legisladores ou dos *decision-makers* os desejos de seus grupos. Lobbying é portanto e sobretudo uma transmissão de mensagens do Grupo de pressão aos decision-makers, por meio de representantes especializados (em alguns casos, como nos Estados Unidos, legalmente autorizados), que podem ou não fazer uso da ameaça de sanções."(BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política.* 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 562-570.).

[521] FIGUEREDO, Marcelo. *Teoria Geral do Estado.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 139.

almejam", "que tipos de 'métodos' são utilizados para conseguir alcançar seus objetivos", para que se possa, efetivamente, ter-se "uma boa medida do grupo de pressão analisado, e de sua conveniência ou não ao sistema democrático". [522]

Sustenta Escorel que não foi obra de Maquiavel traçar regras políticas que se colocassem em contradição com o seu tempo e que servissem de germes de corrupção ou incentivos ao absolutismo, como seus adversários quiseram fazer crer. "Limitou-se a registrar 'dados de fato', normas empíricas de conduta que explicavam no passado e no presente os êxitos e fracassos políticos; ao mesmo tempo, interpretou as tendências políticas da época, que eram o absolutismo real e o secularismo, sob cujo auspícios nascia o Estado Moderno". [523]

É fato que a obra *O Príncipe* foi escrita em contraposição ao príncipe dos humanistas, concepção abstrata e ideal, símbolo de todas as virtudes humanas. Também é fato que a forma republicana de governo se achava bastante desacreditada e todos os louvores eram endereçados às virtudes do principado ou monarquia.

Tais são traços identificados na referida obra, seja de maneira intrínseca, seja de forma expressa, quando, por exemplo, afirma: "Deixarei de falar das repúblicas, porque delas

---

[522] Ibidem, p. 140.

[523] ESCOREL, Lauro. *Introdução ao Pensamento Político de Maquiavel.* São Paulo: Organização Simões, 1958, p. 94. Esclarece, ainda, que; "Num momento em que, sobre a decadência das instituições representativas, a monarquia absoluta se erguia vitoriosa como tipo predominante de governo na Europa ocidental, Maquiavel sentiu profundamente, mais do que ninguém,levado talvez pelo que havia nele de visionário, a urgência de constituir em solo italiano um estado monárquico-unitário que, sob a inspiração e comando de um novo príncipe, libertasse a Itália do domínio estrangeiro e a contrapusesse unida e armada, às grandes monarquias da França, da Espanha e Alemanha, estabelecendo dessarte um equilíbrio político no continente europeu. Esta foi, na realidade, a gênese do seu livro *O Príncipe,* perfeitamente compatível, de resto, com a versão que atribui a Maquiavel, ao escrevê-lo, o objetivo de conquistar as boas graças dos Médici. Mesmo admitindo o interesse pessoal do momento, não há dúvida que o livro veio atender à necessidade que se sentia na época de se formular uma nova teoria política das várias formas de governo, às novas praxes e realidades políticas do Renascimento. Verdade é que Maquiavel esteve longe de ser um teórico doutrinário, mas seu livro, que se coloca entre o tratado escolástico da tradição medieval e as aéreas construções utópicas renascentistas, sistematizou de certo modo os processos políticos da fase histórica em que, teórica e praticamente, nascia o Estado moderno. [...] A forma republicana de governo se achava bastante desacreditada e todos os louvores eram endereçados às virtudes do principado ou monarquia. Mas o príncipe que os humanistas do renascimento apresentavam como modelo aos governantes, não passava de uma construção do espírito, de uma formulação abstrata e ideal, desvinculada de qualquer possibilidade prática e em contraste chocante com a realidade crua e áspera da época quinhentista. O príncipe ideal do humanismo era o símbolo de todas as virtudes humanas, expressão suprema de bondade e devoção religiosa, cultor da filosofia, amigo do povo, magnânimo e prudente, compêndio, enfim, de todas as perfeições físicas, intelectuais e morais. Contra essa concepção edificante de um príncipe utópico, que ignirava as imposições do momento histórico e as condições particulares em que se achava a Itália, contrapôs Maquiavel um conceito realista de técnico político, para o qual o importante era ater-se à 'verità effettuale de la cose'. O príncipe maquiavélico não emerge do pensamento de seu autor aureolado pelas virtudes da ética tradicional, como produto de uma elaboração mental utópica; não o constrói Maquiavel dedutivamente, partindo de princípios abstratos, estabelecidos aprioristicamente, ou de normas do 'dever-ser' moral. Plasma-o, ao contrário, indutivamente, com base nos dados de sua observação e de sua experiência e inspirado nos exemplos da Antiguidade clássica, investindo-o de uma lógica inexorável para a consecução de seu objetivo supremo: a conquista e a preservação do poder político absoluto. (Idem, p. 98-100).

já tratei longamente. Referir-me-ei apenas aos principados". [524] Sentença que, aparentemente, conflita com a referida impressão de Rousseau, de que "*O Principe é o livro dos republicanos",* cuja compreensão nasce pela identificação do objetivo de revelar os horrores do absolutismo e proteger o povo contra seus desmandos.

Não obstante a significativa penetração de *O Príncipe* no espaço acadêmico e político, o fato é que o exame do reconhecidamente ambíguo e labiríntico pensamento de Maquiavel [525], deve ultrapassar aquelas páginas, para encontrar em outras obras contribuições de relevada importância para as reflexões acerca da formação dos Estados e dos Governos.

No caso específico do objeto da presente pesquisa, a obra *Os Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio* oferece contribuição significativa, na medida em que esclarece acerca de aspectos de relevada importância para o surgimento do pensamento republicano, decerto que, em face dos aportes históricos, com severas distinções em relação à concepção hoje delineada.

Consciente das severas diferenciações que marcavam os diversos estados, consideradas as condições históricas, espaciais, climáticas, econômicas e sociais – circunstâncias, condições e ambientes que imprimem particular estrutura e individualidade

---

[524] MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 22.

[525] Observa Lauro Escorel que "Os críticos de Maquiavel assinalam com razão que um dos fatores que torna difícil a compreensão perfeita de seu pensamento político consiste na ambigüidade e imprecisão de sua terminologia de direito público – a começar pela significação dos vocábulos 'stato' e 'libertà', que ocorrem com tanta freqüência na sua obra, e que exprimem conceitos tão fundamentais no conjunto de suas idéias políticas. Francisco Ercole considera que Maquiavel não emprega a palavra 'stato' na accepção política e jurídica moderna de uma coletividade politicamente organizada na sua essência subjetiva e soberana. Embora reconheça que o emprego da palava 'stato', por parte de Maquiavel e dos escritores italianos da Renascença, representa um passo notável no sentido de fixar o sentido moderno da mesma, acha Ercole que este significado está longe de ter sido alcançado, seja na obra do Secretário florentino, seja na de seus contemporâneos. Através de uma acurada análise dos textos maquiavélicos, o referido autor destaca as diversas sigmificações em que o termo 'stato' é empregado por Maquiavel. A palavra surge frequentemente, observa Ercole, com o significado de forma de governo ou organização dos poderes públicos, assim por exemplo: 'alcuni che hanno scrito delle repubbliche, dicono essere in quelle uno dei ter Stati chiamati de loro Principato do Ottimati e popolari....(Disc. L. I, c. II). Ou ainda: 'dopo uma mutazione di Stato, da repubblica in tirannide, e da tirannide in repubblica, è necessária una esecuzione memorabile, contro i nemici delle istituzioni presenti' (Dis. L. III, c. III). (Depois de uma mudança de regime, de república em tirania ou de tirania em república, é necessário uma execução memorável contra os inimigos das instituições vigentes). Outras vezes, o sentido do termo é o de autoridade ou poder que, nas relações internas de uma cidade, exercem efetivamente um indivíduo, uma família, ou uma facção, ainda quando não ocupem qualquer cargo público. Perder o 'stato' significa, em certas passagens, deixar de exercer autoridade ou poder efetivo, apesar de se continuar no desempenho de uma função oficial. Assim, por exemplo, o conde Guido Novello percebe certo dia 'di aver perduto lo Stato', embora oficialmente continuasse a ocupar o seu cargo. De outro lado, os Médici gozavam de uma grande autoridade em Florença, não obstante não desempenharem qualquer função oficial de governo, o que não impediu Maquiavel de referir-se ao 'Stato' da casa dos Médici: 'perciò sempre le civili discordie gli accrebbero in Firenze lo Stato...' (Storie fiorentine, VII, c. L. I.). Significa também o termo 'stato' ora organização jurídica sob um poder soberano, ora um povo que vivem num determinado território, ou seja: o governo e o país. Aquilo que Maquiavel chama subjetivamente de Stato – ensina Ercole – é sempre o governo de um ente coletivo; no sentido objetivo, o vocábulo designa um complexo demográfico-territorial, isto é, um país". ESCOREL, Lauro. *Introdução ao Pensamento Político de Maquiavel.* São Paulo: Organização Simões, 1958, p. 120-122

própria a cada um, Maquiavel não erigiu nenhuma forma de governo em ideal político aplicável indistintamente a todos os povos. [526]

Francisco Ercole, que, segundo Escorel, promoveu "notável sistematização do fragmentado pensamento maquiavélico", observa que:

> o republicanismo do autor d'*O Príncipe* foi muito relativo, pois a oportunidade da república está condicionada pela existência de altas virtudes morais e políticas na coletividade, as quais possam levar os indivíduos a sacrificar seus fins egoísticos e particulares às finalidades comuns dos Estados. De outra parte, Maquiavel nota que a forma Monárquica não se adapta a povos em que predomine uma grande igualdade social e econômica, como também não é possível instaurar uma república onde impere a desigualdade. [527]

O condicionamento da República às virtudes morais e políticas, bem como à igualdade social e econômica, exsurge claro no Livro I dos *Comentários sobre a Primeira Década de Tito Lívio*, já no capítulo segundo, em que Maquiavel discorrer acerca das formas de governo e realiza inarredável remissão ao pensamento aristotélico.

Maquiavel destaca, portanto, que há três espécies de governo – o monárquico, o aristocrático e o popular –, dentre as quais, os que pretendem estabelecer a ordem numa cidade devem escolher, a que melhor convém a seus objetivos. Aduz, ainda, que de tais formas, consideradas boas, derivam outras três, que são más: a monarquia degenerada transmuda-se em despotismo; a aristocracia corrompida, em oligarquia; e a democracia desviada, em permissividade (ou, como hoje se nomeia, em demagogia).[528]

Descrevendo o caso romano, Maquiavel sustenta que todas as formas de governo são desvantajosas: a monarquia, a aristocracia e a república, porque não podem durar; o despotismo, a oligarquia e a demagogia, pelo princípio da corrupção. Assim, os legisladores sábios evitaram empregar exclusivamente qualquer delas, reconhecendo o vício de cada uma.

---

[526] ESCOREL, Lauro. *Introdução ao Pensamento Político de Maquiavel.* São Paulo: Organização Simões, 1958, p. 113.

[527] Ibidem, p. 113.

[528] MAQUIAVEL, Nicolau. *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio.* 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 24. Aduz Maquiavel que: "Foi por acaso que surgiu esta variedade de governos. No começo do mundo, os habitantes da terra eram pouco numerosos, e viveram por muito tempo dispersos, como animais. Com o crescimento da população, os homens se reuniram e, para melhor se defender, começaram a distinguir os mais robustos e mais corajosos, que passaram a respeitar como chefes. Chegou-se assim ao reconhecimento do que era útil e honesto, por oposição ao que era pernicioso e ruim. Viu-se que quem prejudicava seu benfeitor provocava nos homens o sentimento de ira – e de piedade pela sua vítima. Passou-se a destestar os ingratos, a honrar os que demonstravam gratidão; e, pelo temor de sofrer as mesmas injúrias que outros tinham sofrido, procurou-se erigir a barreira das leis contra os maus, impondo penalidades aos que tentassem desrespeitá-la. Estas foram as primeiras noções de justiça. A partir de então, quando houve a necessidade de escolher um chefe, deixou-se de procurar o mais corajoso para buscar o mais sábio, e sobretudo o mais justo [...].

"Escolheram sempre um sistema de governo de que participavam todas, por julgá-lo mais sólido e estável: se o príncipe, os aristocratas e o povo governam em conjunto o Estado, podem com facilidade controlar-se mutuamente.".[529]

Em Roma, depois da expulsão dos reis, foram instituídos dois cônsules para exercer a função real, de modo que se baniu o título, mas não a autoridade do rei. Assim, os cônsules e o Senado Romano formavam a mistura da monarquia com a aristocracia. Como a nobreza romana despertou ressentimento no povo, para conciliar, cedeu-se parte da autoridade, pelo que originaram-se os tribunos do povo, gerando o enfraquecimento da república pela divisão da autoridade. Todavia, como "o poder real não cedeu toda a sua autoridade para os aristocratas, nem o poder destes foi todo transferido para o povo, o equilíbrio dos três poderes fez assim com que nascesse uma república perfeita".[530]

Portanto, "A desunião entre o povo e o Senado foi a causa da grandeza e da liberdade da república romana. Se os tribunos devem sua origem à desordem, esta desordem merece encômios, pois o povo, desta forma, assegurou participação no governo. E os tribunos foram os guardiães das liberdades romanas [...]".[531]

A participação popular se revela a preferência de Maquiavel na sua concepção de república mista (poder estatal distribuído entre uma maioria popular, uma minoria aristocrática e um órgão monárquico – não necessariamente um rei o príncipe, já que em Roma eram os cônsules).

O capítulo LXIII, do livro primeiro, é iniciado com a seguinte sentença: "O povo é mais sábio e constante do que o príncipe". Explica Maquiavel:

> Quanto à sagacidade e à constância, afirmo que o povo é mais prudente, menos volúvel e, num certo sentido, mais judicioso do que o príncipe. Não é sem razão que se diz que a voz do povo é a voz de Deus. De fato, vê-se a opinião universal a produzir efeitos tão maravilhosos em suas predições, que parece haver nela uma potência oculta a prever o bem e o mal. E no que concerne ao julgamento do povo, quando ele ouve dois oradores de igual talento e sustentam opiniões contrárias, é raro que não abrace logo a melhor causa, provando assim que é capaz de discernir a verdade nos argumentos que lhe são apresentados. Se o povo se deixa às vezes seduzir por propostas que demonstram coragem, ou que parecem úteis, isto ocorre ainda mais frequentemente com os príncipes, que se deixam arrastar pelas suas paixões, mais numerosas e irresistíveis do que as do povo. [...]
>
> A crueldade da multidão se dirige contra aqueles que se suspeita quererem o bem geral; a crueldade do príncipe persegue a todos os que considera inimigos do seu bem particular. Mas a opinião desfavorável que se faz do povo tem sua raiz na liberdade com que se fala mal sem temor, quando o

[529] Ibidem, p. 25.
[530] Ibidem, p. 26-27.
[531] Ibidem, p. 31-32.

> povo é quem governa. Sobre os príncipes, ao contrário, só se pode falar correndo mil perigos, cercando-se de muitos cuidados. [532]

Verifica-se, pois, que Maquiavel vislumbra na participação popular elemento de extrema importância na condução do Estado. Todavia, como bem observa Escorel, essa participação popular não deve se confundida com a participação do povo em um regime democrático, já que Maquiavel considerava a grande maioria dos homens desprovida daquela *virtù* ativa sobre a qual repousava a grandeza dos estados – vale dizer, malgrado a significativa importância que Maquiavel conferiu ao povo como instrumento de governo e sinceridade de sua convicção republicana, "não se divorciou ele um só momento do pessimismo fundamental com que encarava a natureza humana, e que o fazia confiar apenas na *virtù* do homem de estado excepcional, em cujas mãos, segundo notou Villari, o povo era como uma argila maleável nas mãos do escultor".[533]

Destaca Escorel que o republicanismo de Maquiavel deve ser compreendido em sentido limitado, ainda mais em relação ao conceito de liberdade, que se distingue sobremaneira do conceito moderno de liberdade individual. Para Maquiavel o que importa é a consagração de todos os membros da comunidade ao bem do Estado, trate-se de República ou Monarquia. [534]

Como observado, o estudo do pensamento maquiavélico impõe considerar que a realidade italiana mostrava-se fragilizada, tanto do ponto de vista político quanto do ponto de vista bélico, ameaçada e invadida por outros Estados estrangeiros, padecia de condições suficientes para garantir qualquer unificação de pensamento, liberdade ou segurança aos seus cidadãos, cenário que não poderia ensejar resultado investigativo tão distinto daquele que atingiu Maquiavel, principalmente por força da utilização predominante do método empírico.

Assim, seria demais exagerado exigir que o conceito de liberdade forjado por Maquiavel se identificasse com a liberdade individual posteriormente concebida, que eleva o homem á condição de ser dotado de direitos invioláveis em face do Estado.

A posição de Maquiavel sempre foi a de examinar os fatos ocorridos no passado – por isso mesmo o extremo interesse pelos romanos – a fim de que pudesse, de alguma forma, construir idéias que dotasse o Estado de soluções para problemas presentes e futuros; vale

---

[532] MAQUIAVEL, Nicolau. *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio.* 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 181.

[533] ESCOREL, Lauro. *Introdução ao Pensamento Político de Maquiavel.* São Paulo: Organização Simões, 1958, p. 118-119.

[534] Idem.

dizer, utilizar fórmulas produzidas pelos espíritos geniais e inteligentes no pretérito e adaptá-las ás circunstâncias de sua época.

Desiderato que resta nítido na introdução dos comentários (ou discursos):

> Se vier a encontrar dificuldades e aborrecimentos, espero colher também recompensa na aprovação dos que lançarem um olhar benevolente aos objetivos deste esforço. E se a tentativa for falha e de escassa utilidade, devido à pobreza do meu espírito, à insuficiente experiência das coisas de hoje ou ao pouco conhecimento do passado, terá ao menos o mérito de abrir caminho a quem, dotado de maior vigor, eloqüência e discernimento, possa alcançar a meta. Enfim, se este trabalho não me der a glória, também não me servirá de condenação. [535]

É preciso, de igual sorte, considerar que a visão de Maquiavel em relação aos homens é pessimista, já que, para ele, os sentimentos que dominam a natureza humana são o egoísmo e a defesa de interesse próprio, fato que explica a sua vinculação da liberdade à noção de lei e de ordem, bem como o desinteresse do espírito humano pela ação política. [536]

De fato, revela Maquiavel que: "[...] os homens, quando bem governados, não desejam maior liberdade. Foi o que aconteceu, por exemplo, aos povos governados por Timoleonte e por Arato, os quais os obrigaram a manter-se no governo enquanto viveram – embora tivessem tentado várias vezes retirar-se da vida pública". [537] O ainda: "[...] se não se tirar da maioria dos homens, nem os bens nem a honra, vivem contentes e só tera de combater a ambição de poucos, o que se pode conter de vários modos, facilmente". [538]

Decerto que as conclusões de Maquiavel decorreram de observação acerca da realidade de sua época, todavia, como adverte Escorel, o método desenvolvido logrou alcançar "um conhecimento minucioso e quase anatômico da natureza real da política,

---

[535] MAQUIAVEL, Nicolau. *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio.* 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 17.

[536] ESCOREL, Lauro. *Introdução ao Pensamento Político de Maquiavel.* São Paulo: Organização Simões, 1958, p. 123. Explica Escorel que: "[...] se na obra de Maquiavel se acha presente a idéia de cidadão, não se encontra ainda nela, como é historicamente compreensível, o conceito de homem com ou um ser dotado de direitos invioláveis diante do Estado. A palavra liberdade se confunde em Maquiavel com a de 'lei' e de 'ordem': não significa, em suma, o direito de colocar-se o individuo contra ou fora do Estado, desde que não prejudique a outrem, mas se identifica antes com a lei que impõe a todos os indivíduos a limitação dos próprios desejos em favor do interesse geral, contra o qual não prevalece qualquer interesse particular. Liberdade significa, também, para Maquiavel, independência ou soberania, constituindo nesse sentido uma condição essencial de vida para o Estado. Distingue ele, ademais, a liberdade civil da liberdade política, considerando esta, pelo fato de implicar a participação direta dos cidadãos no governo, só se acha plenamente garantida no regime republicano. Mas, acrescenta Maquiavel, a maioria dos indivíduos não se interessa, na verdade, pela liberdade política, isto é, pelo direito de influir diretamente na gestão da coisa pública, satisfazendo-se apenas em gozar da proteção legal das liberdade civil, que lhe garanta a vida, a propriedade e a honra. Apenas um pequeno número aspira a ser livre para exercer ação política; todos os demais desejam a liberdade tão somente na medida em que esta é sinônimo de segurança pessoal.". Ibidem.

[537] MAQUIAVEL, Nicolau. *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio.* 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 312.

[538] MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 116.

concebida como uma técnica utilitária posta a serviço dos fins do Estado.". Nesse sentido, ainda que se considere unilateral e fechado o pensamento de Maquiavel, há que se reconhecer que a técnica por ele desenvolvida deve ser conhecida e dominada pelo homem político, "particularmente quando investido das responsabilidades do poder público, a fim de bem cumprir sua missão última que consiste em promover o bem comum". [539]

Quando se reflete acerca dos diversos escândalos que irrompem Brasil adentro, em cujo âmbito verbas públicas são desviadas para fins individuais – logo, escusos –, impõe-se reconhecer certa razão ao pessimismo maquiavélico, porquanto a astúcia e o egoísmo parecem vencer sentimentos superiores.

Dessa forma, é preciso perceber que os maiores prejuízos de tais práticas são suportados por aqueles que têm no Estado o seu principal – e ás vezes único – sustentáculo para alcançar uma vida digna e, por conseguinte, livre.

Nessas circunstâncias, afasta-se a liberdade como não dominação e desmoronam-se os pilares do republicanismo.

Referências

ESCOREL, Lauro. *Introdução ao Pensamento Político de Maquiavel*. São Paulo: Organização Simões, 1958.

SANTOS, Marcelo Fausto Figueiredo. *Teoria Geral do Estado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NOGUEIRA, Ataliba. *O Estado é meio e não fim*. São Paulo: Saraiva e Cia, 1945.

LYOTARD, Jean-F. *La phénoménologie*. França: Presses Universsitaires de France, 1954.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio*. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

NOGUEIRA, Ataliba. *O Estado é meio e não fim*. São Paulo: Saraiva e Cia, 1945.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *The Social Contract.* The Greats Books. Chicago: University of Chicago, 1952.

[539] ESCOREL, Lauro. op. cit, p. 197.