



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO PÚBLICO**

CHARLES SILVA BARBOSA

**A PARTICIPAÇÃO POLÍTICA COMO PRESSUPOSTO DE
EFETIVAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL NO ESTADO
DEMOCRÁTICO BRASILEIRO**

Salvador - BA

2015

CHARLES SILVA BARBOSA

**A PARTICIPAÇÃO POLÍTICA COMO PRESSUPOSTO DE
EFETIVAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL NO ESTADO
DEMOCRÁTICO BRASILEIRO**

Tese apresentada ao Programa de Pós Graduação em
Direito da Universidade Federal da Bahia, como
requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em
Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares

Salvador - BA

2015

B238

Barbosa, Charles Silva,

A participação política como pressuposto de efetivação do mínimo existencial no Estado democrático brasileiro / por Charles Silva Barbosa. – 2015.

210 f.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2015.

1. Participação política. 2. Republicanismo. 3. Liberdade. I. Universidade Federal da Bahia

CDD- 342.023

TERMO DE APROVAÇÃO

CHARLES SILVA BARBOSA

A PARTICIPAÇÃO POLÍTICA COMO PRESSUPOSTO DE EFETIVAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

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

Professor Doutor Ricardo Maurício Freire Soares (Orientador)
Universidade Federal da Bahia

Professor Doutor Dirley da Cunha Junior
Universidade Federal da Bahia

Professor Doutor Nelson Cerqueira
Universidade Federal da Bahia

Professor Doutor _____
Universidade

Professor Doutor _____
Universidade

Salvador-BA, ____ de _____ de 2015

*Aos que, submetidos ao domínio do outro,
aguardam a libertação e anseiam por sua própria
existência*

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

Agradecimentos são sempre incompletos e este não será diferente.

Por isso mesmo, é preciso iniciar com pedido de desculpas.

Diante de dois reconhecidos medos que assolam os seres humanos, o do desconhecido e o da solidão, é preciso lembrar que “duas possibilidades existem: ou estamos sozinhos no universo ou não estamos. Ambas são igualmente aterrorizantes”¹

A solidão não se configura diante da ausência de pessoas, mas da ausência de pessoas certas. Daí porque o popular “sozinho no meio da multidão”.

Impõe-se, portanto, agradecer a todos aqueles que, em um determinado momento, trouxeram o conhecimento e a companhia. Uma dualidade na unidade, porquanto não há companhia sem conhecimento, e não há conhecimento sem companhia.

O conhecimento exige que estejamos em interação com alguém ou alguma coisa. E sempre que estamos em interação, passamos a conhecer.

Para vencer a solidão não é preciso estar perto dessas certas pessoas, mas tão somente senti-las perto. Muitas vezes, o respeito surge na distância; em respeitar o momento, mas vigiar a solidão.

Independentemente da nossa concepção de mundo, há prudência em não se considerar autossuficiente, de maneira a ignorar que muitas vezes é necessário buscar conhecimento no desconhecido, acreditar, ter esperança de que alguma força superior há de conduzir o nosso destino, mormente apontando caminhos ao nosso livre arbítrio.

Necessário, pois, agradecer a essa força.

As escolhas, muitas vezes, são difíceis, mas as pessoas certas arrefecem as dificuldades.

De igual sorte, são também relevantes as investidas malfazejas no curso do caminhar. Espíritos humanos que, pelas mais diversas razões, impõem-nos flagelos, aptos a destruir toda uma edificação. Essas ações servem, de um lado,

¹ “*Two possibilities exist: Either we are alone in the Universe or we are not. Both are equally terrifying*” In: Kaku, Michio. *Visions : How Science Will Revolutionize the Twenty-First Century*. England: Oxford Univ Press, 1998, p. 295.

para revelar nossas mais elementares fraquezas e, de outro, para fazer exsurgir a nossa força interior, em uma batalha interna que parece não ter fim.

Assim como o fogo forja o aço, as dificuldades fortalecem e moldam o caráter do ser humano.

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, aos meus irmãos, Ulisses e Bethânia, pela força, dedicação e carinho. Aos meus amigos Osvaldo Abreu, Dalton Andrade e José da Conceição (meu tio Nininho), pela inestimável amizade e apoio.

A trajetória de pesquisa, que se iniciou no mestrado, cujo produto escrito ora se apresenta, consubstancia um trabalho influenciado por Professores da mais elevada estirpe, tais como, em ordem de disciplinas atendidas, Ricardo Maurício Freire Soares, Manoel Jorge e Silva Neto, Dirley da Cunha Junior, Rodolfo Pamplona Filho, Nelson Cerqueira, Saulo José Casali Bahia, Mônica Neves Aguiar, Paulo Roberto Lyrio Pimenta e Edvaldo Pereira Brito.

Com companhias dessa magnitude não se poderia esperar menos do que o severo estímulo à obtenção de conhecimento.

Ao Professor-orientador, Ricardo Maurício Freire Soares, pela seriedade, competência, dedicação e auxílio na superação dos diversos obstáculos, postura que serve de estímulo sobretudo àqueles que se dedicam ao magistério.

Aos Professores Manoel Jorge e Silva Neto e Dirley da Cunha Junior, cujas lições jamais olvidarei. São inestimáveis o constante estímulo e apoio que tenho recebido desde a graduação.

Ao Professor Rodolfo Pamplona Filho, pelos ensinamentos, oportunidades, apoio e confiança, especialmente nas parcerias entabuladas na produção de artigos científicos.

Ao Professor Nelson Cerqueira, que me fez tomar a fenomenologia como postura de contemplação da vida e robustecer as bases da tese com a abordagem ao existencialismo sartriano.

À Professora 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 Professores Sidney Madruga e Cláudio Gusmão, cuja amizade e apoio foram absolutamente influentes na minha caminhada acadêmica e profissional.

Ao Professor Gilberto Amorim, pela sua inestimável contribuição e apoio, especialmente por me apresentar os primeiros passos da pesquisa acadêmica, bem como pela ajuda em momentos difíceis.

Aos meus professores do Curso de Especialização em Direito Constitucional da UNISUL/IDP, em especial Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Blanco, pela relevante contribuição para a minha formação acadêmica.

Ao Professor Cláudio Carvalho, pelo constante apoio e parceria.

Aos meus colegas do mestrado e doutorado, bem como aos meus alunos, pelas edificantes discussões.

Reitero os agradecimentos da Banca de Qualificação, composta pelos Professores Ricardo Maurício, Dirley da Cunha Junior e Nelson Cerqueira, sobretudo pelos importantes corretivos indicados ao trabalho, todos eles devidamente implementados.

Antecipo os agradecimentos aos integrantes da Banca Examinadora, pela atenção e ensinamentos que ainda me aguardam, mas que serão de sobrelevada importância para a consolidação do conhecimento.

Finalizo pedindo desculpas por eventual esquecimento nas palavras, que, no particular, não correspondem ao agradecimento registrado em alto relevo no meu coração, direcionado a todos aqueles, mencionados ou não, que confiaram e apoiaram na realização deste estudo e que, como eu, percebem que o conhecimento deve sempre levar à crescente compreensão do quanto ainda precisamos aprender.

"Não é fácil compreender como as mais extremas formas de nacionalismo podem sobreviver tão longamente diante do fato de que os seres humanos tenham visto a Terra em sua verdadeira perspectiva como uma simples e pequena esfera contra as estrelas" (It is not easy to see how the more extreme forms of nationalism can long survive when men have seen the Earth in its true perspective as a single small globe against the stars)²

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

² CLARKE, Arthur C. *Exploration of Space*. USA-NY: Harper & Bros, 1951, p. 187.

RESUMO

Viver, sobreviver e existir são coisas distintas. A existência precede a essência. O conhecimento natural nasce com a experiência e com ela permanece. A consciência é o nada; apenas um movimento para fora. O ser humano é um projeto que depende da liberdade de consciência. O ser humano existe quando a sociedade e o Estado o reconhecem. Ser humano como projeto significa a responsabilidade por todos os demais seres humanos. O mínimo existencial é sempre relativo e dependente de cada cultura. Mínimo existencial não consubstancia tão somente o preenchimento das necessidades materiais, destinadas à sobrevivência do indivíduo. Para além desse mínimo material, impõe-se reconhecer o direito à participação na sociedade, sob o ponto de vista cultural e político. A participação política não deve se restringir apenas à participação no processo político de decisão, mormente por meio do sufrágio universal e da filiação partidária. O pensamento fundamental do republicanismo é a liberdade como não-dominação. No republicanismo, participar politicamente significa que os seres humanos são livres (não dominados, física ou psicologicamente, por outros seres humanos) para tomar suas decisões, desenvolver sua vida e influenciar positivamente na modificação das condições sociais, em benefício da ampliação da liberdade republicana e da redução das desigualdades, materiais e espirituais. Sem essa participação política republicana não é possível reconhecer a efetividade do direito ao mínimo existencial.

Palavras-Chave: Mínimo existencial. Participação política. Republicanismo. Liberdade. Não dominação.

ABSTRACT

Life, survival and existence are different things. The existence precedes essence. Natural knowledge comes from experience and remains with it. Consciousness is nothing; only a move outward. The human being is a project that depends on the freedom of conscience. The human being exists when the society and the State recognize. Human being as a project means the responsibility for all other human beings. The existential minimum always depends on each culture. Existential minimum does not only represent the fulfillment of material needs, intended for the individual survival. Beyond this material minimum, it must be recognized the right to participate in society, from the cultural and political point of view. Political participation should not be restricted to participation in political decision-making, especially through universal suffrage and party affiliation. The fundamental thought of republicanism is the freedom as non-domination. In republicanism, political participation means that human beings are free (not dominated, physically or psychologically, by other human beings) to make decisions, to develop life and to have a positive influence on changes of the social conditions, for the expansion of republican liberty and to reduce inequalities, material and spiritual. Without this Republican political participation, the effectiveness of the right to existential minimum cannot be recognized.

Key-words: Existential minimum. Political participation. Republicanism. Freedom. Non-domination.

ZUSAMMENFASSUNG

Leben, Überleben und Existenz sind verschiedene Sachen. Die Existenz geht der Essenz voraus. Natürliche Erkenntnis hebt an mit der Erfahrung und verbleibt in der Erfahrung. Die Bewusstseinsbewegung ist nicht, sondern eine Bewegung heraus. Der Mensch ist ein Projekt, das von der Freiheit des Bewusstseins abhängt. Der Mensch existiert, wenn die Gesellschaft und der Staat ihn anerkennen. Menschen als Projekte bedeutet, dass er auch für alle anderen Menschen einsteht. Das Existenzminimum ist immer kulturspezifisch und relativ. Als Existenzminimum muss man bezeichnen nicht nur die Mittel, die zur Befriedigung der materiellen Bedürfnisse notwendig sind, um physisch zu überleben. Es muss, über das physische Existenzminimum hinaus, ein Recht auf Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben garantiert werden. Die politische Partizipation ist nicht nur die Teilhabe und Beteiligung an politischen Entscheidungsprozessen. Auch nicht nur die Teilnahme an politischen Wahlen oder der Mitgliedschaft in politischen Parteien. Der Grundgedanke des Republikanismus ist Freiheit als Nicht-Beherrschtsein. Die politische Partizipation im Republikanismus bedeutet, dass die Menschen frei (nicht beherrscht, physisch oder psychisch, von anderen Menschen) sind, um ihre Entscheidungen zu treffen, ihr Leben zu entwickeln und die Veränderung der sozialen Bedingungen positiv zu beeinflussen, zugunsten des Ausbaus der republikanischen Freiheit und Abbau von materiellen und geistigen Ungleichheiten. Ohne diese republikanische politische Partizipation kann die Wirksamkeit des Rechts auf Existenzminimum nicht erkannt werden.

Schlüsselwörter: Existenzminimum. Politische Partizipation. Republikanismus. Freiheit. Nicht-Beherrschtsein.

Sumário

INTRODUÇÃO	17
CAPÍTULO I – FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A DICOTOMIA VIVER e EXISTIR	30
1.1 Existencialismo, essencialismo, idealismo, realismo e eideitismo: reflexões necessárias 30	
1.2 Da universalidade de fatos à universalidade de essências	34
1.3 A existência e o humanismo	42
1.4 Mínimo vital, mínimo existencial e o “projeto” ser humano.....	47
CAPÍTULO II - MÍNIMO EXISTENCIAL E MÍNIMO VITAL NO NEOCONSTITUCIONALISMO	49
2.1 Uma releitura da teoria do status	50
2.2 A teoria do status e a sua contribuição para a compreensão do mínimo existencial	55
2.3 A Teoria dos Princípios e a compreensão do mínimo existencial.....	63
2.4 Direitos Fundamentais, dignidade humana e mínimo existencial.....	71
2.4.1 Direitos Fundamentais e o valor “ser humano”	71
2.4.2 A teoria republicana dos direitos fundamentais	81
2.4.3 O mínimo existencial e as condições materiais mínimas de subsistência. A relação com direitos sociais. 83	
2.4.4 Conteúdo essencial dos direitos fundamentais e o direito ao mínimo existencial	90
2.5 Mínimo existencial e neoconstitucionalismo	95
2.6 O direito ao mínimo existencial e a inadequada oposição da reserva do possível	103
CAPÍTULO III - A DIMENSÃO POLÍTICA DO MÍNIMO EXISTENCIAL	110
3.1 A importância dos valores republicanos na preservação da dignidade humana.....	110
3.2 O Estado é tudo que merecemos que ele seja: a vontade de Estado, a vontade geral	111
3.3 Republicanismo e liberdade	120
3.3.1 O sentimento republicano e a liberdade como não dominação	120
3.3.2 Eletividade, periodicidade e responsabilidade	123
3.4 Democracia e Constitucionalismo: A difícil convivência em tempos de baixa moralidade política	131
3.5 Cidadania, República e o direito ao mínimo existencial.....	140
3.5.1 Cidadania dos antigos e cidadania dos modernos – um breve olhar histórico.	141
3.5.2 Cidadania e inclusão	145
3.5.3 Cidadania, seleção natural e oportunidades.....	150

<i>CAPÍTULO IV – O MÍNIMO EXISTENCIAL NO ESPAÇO AUTÔNOMO DE PARTICIPAÇÃO POLÍTICA</i>	156
4.1 Sociedade em rede. O espaço de autonomia: cyberspace e espaço urbano	156
4.2 A formação da representação política no Estado republicano	160
4.3 Atuação jurisdicional na formação da representação republicana	161
<i>CAPÍTULO V – ALIENAÇÃO POLÍTICA NO CONTEXTO BRASILEIRO: AS VIOLAÇÕES AO MÍNIMO EXISTENCIAL</i>	184
5.1 A subalternização do princípio da moralidade e a frágil cultura constitucional	184
5.2 A participação política e a emancipação do cidadão	188
5.3 A cidadania entendida apenas na perspectiva da dimensão econômica do consumo .	192
<i>CONCLUSÃO</i>	196
<i>REFERÊNCIAS</i>	200

INTRODUÇÃO

A equiparação da noção de existência à concepção de vida tem encontrado severos obstáculos teóricos e práticos, sobretudo por força do reducionismo que a operação enseja.

Nos domínios de uma sociedade cada vez mais complexa, em que as ações humanas estão em crescente exposição ao risco³, a compreensão do existir projeta-se cada vez mais para além do domínio humano, mormente porque extrapola os limites do viver, especialmente do viver de um único indivíduo.

Enquanto a vida e sobrevivência podem se desenvolver em isolamento, a existência pressupõe a inter-relação, a inserção, a inclusão do ser humano em um conjunto de práticas e condições que viabilizem o reconhecimento de sua individualidade, ainda que em mínima dimensão de dignidade, considerada, outrossim, a existência de semelhantes⁴.

O ser humano é capaz de sobreviver sozinho, pode viver sozinho, ser feliz. São posturas ou situações individuais. Porém, para existir, o espírito humano depende de reconhecimento, de interação, de responsabilidades.

Nessa perspectiva é que se cumpre indagar, em que medida o preenchimento dessas condições e a viabilização dessas práticas podem conduzir o ser humano à qualificação de sua vida com a marca de sua existência.

³ “*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 incluida 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 superabundancia. Se desencadenan riadas de pretensiones. Los sistemas jurídicos no captan los hechos. Las preguntas más evidentes cosechan encogimientos de hombros. Los tratamientos médicos fracasan. Los edificios científicos de racionalidad se viene abajo. Los gobiernos tiemblan. Los votantes indecisos huyen. Y todo esto sin que las consecuencias que sufren los seres humanos tuvieran algo que ver con sus acciones, sus daños con sus obras, y mientras para nuestros sentidos la realidad no cambia en absoluto*”. (BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Barcelona: Paidós, 1998, p. 13-14.). (grifos no original).

⁴ 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 Mitgliederschaft 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).

O existir, nos limites aqui propostos, configura um estado de reconhecimento da significação do indivíduo para a sociedade em que vive, como parte⁵ ativa de um processo de mudança social.

Hesse sustenta 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”⁶.

Assim é que se impõe refletir acerca do pensamento mutilador, da incompletude do conhecimento e da fragilidade das normas, diante da crescente complexidade que marca os problemas da humanidade, sobretudo em um mundo pós-moderno, cuja transição, como adverte Ricardo Maurício Freire Soares⁷, tem como marco filosófico do pensamento jurídico contemporâneo o pós-positivismo, consubstanciado em um movimento que supera a tradicional contraposição das teses jusnaturalistas e juspositivistas.

A superação de teses, contraposições e paradigmas constitui estrada inexorável para a evolução humana, que, por muitas vezes, é colhida pela estagnação de pensamentos, que obstaculizam a realização do próprio ser.

A postura individualista da sociedade contemporânea, agravada pelas condutas desviantes que insistem em privilegiar, de forma ilegítima, e até ilícita, determinados grupos de poder, impõe reflexão acerca da premente necessidade de se deslocar o centro da atenção para o *outro*⁸, a fim de se resgatar a essência das relações comunitárias – na perspectiva de Ferdinand Tönnies –, perdida com o avanço desmedido das sociedades.

⁵ “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” [...] as partes sob o efeito das coações resultantes da organização do todo, perdem ou vêm inibir-se algumas das suas qualidades ou propriedades” [...] 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” (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).

⁶ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAF, 1991, p. 13.

⁷ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 197.

⁸ 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 passivo: é preciso que, sobre a base de uma abertura, eu atue sobre ele e ele me responda ou me recíproque”. (ORTEGA y GASSET, José. *O homem e a gente*. 2. ed Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, 1973).

Nesse cenário, a inclusão se apresenta como árdua tarefa, sobretudo porque significativa parcela da humanidade não logrou alcançar os domínios da dignidade, porquanto afastadas dos bens mais elementares para a subsistência. Seres, para os quais a evolução da teoria dos direitos fundamentais, a virada hermenêutica, linguística e pragmática, o programa constitucional e o neoconstitucionalismo pouco ou nada representaram.

Decerto que 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.

Isso justifica o intenso foco nos direitos sociais, em cujo âmbito o Poder Judiciário tem sido instado a protagonizar em excesso, como forma de minimizar referido cenário, marcado por relações aviltadas pela indignidade, diante da atuação deficitária das demais instâncias estatais.⁹

Dessa sorte, a relevância social de qualquer pesquisa que pretende contribuir com reflexões sobre a redução desse estado de indignidade, exsurge dos seus fundamentos: para que se modifiquem, de maneira efetiva, paradigmas e valores sociais, tendentes a homenagear a dignidade humana, não basta prover a subsistência dos indivíduos, mas é preciso viabilizar a sua existência.

O problema erigido na pesquisa se consubstancia em demonstrar que a contemporânea concepção de mínimo existencial, como instituto vinculado aos direitos sociais, constitui redução fenomenológica que extrapola os limites da proibição da proteção insuficiente, de maneira a vilipendiar a essência do instituto.

A proposta é, portanto, superar tal concepção, para perceber o mínimo existencial como categoria autônoma, depreendida de todas as dimensões dos direitos fundamentais, representada por um conjunto de direitos e deveres, que garantam aos indivíduos não só o acesso aos bens necessários à subsistência mínima, mas, de igual sorte, àqueles bens jurídicos indispensáveis ao reconhecimento da sua existência pela sociedade política, em cujo âmbito deve estar apto a atuar efetivamente para sua transformação.

⁹ 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.).

Visualiza-se, portanto, a essência multidimensional do mínimo existencial, que se ajusta à complexidade das relações sociais contemporâneas e permite resgatar o indivíduo de amarras psicológicas, que o conduzem a um estado de dominação, de verdadeira escravidão do espírito, na perspectiva de Wilhelm Dilthey.

As consequências práticas dessa superação conceitual são antecipáveis, como se pretende demonstrar, incidindo, dentre outras, na relação entre os denominados poderes do Estado, sobretudo no tocante à contemporânea discussão acerca do ativismo judicial e da judicialização da política.

Cuida-se de compreender 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 efetivo ingresso e permanência 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 o forte combate às interferências legítimas, tendente a garantir a liberdade dos indivíduos, de outro.¹⁰

A falência da representação política 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, que deve integrar a noção de mínimo existencial, na condição de elemento fundamental.

Nessa transição, 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.

¹⁰ 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 extent 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 extent 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).

É dizer, o protagonismo dos juízes no campo das políticas públicas decorre das severas falhas de formação dos demais poderes (órgãos) do Estado, especialmente aqueles decorrentes do processo democrático.

O espaço de debate sobre o mínimo existencial é difuso, pelo que não se deve limitar a questões orçamentárias ou a demandas judiciais específicas, porquanto a finalidade última é, além da atuação tendente a minorar sofrimentos, viabilizar um processo de alocação do Estado nos trilhos do republicanismo, da liberdade como não dominação.

A arquitetura jurídica do mínimo existencial não deve comportar reducionismos que limitem o reconhecimento do indivíduo como um cidadão cosmopolita, perspectiva que se coaduna com as múltiplas 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.

Objetiva-se, pois, demonstrar que a garantia do direito ao mínimo existencial não se limita à busca da efetividade dos direitos mínimos, necessários a uma vida digna, mas deve alcançar a inclusão do indivíduo no campo do debate político, tendente a transformá-lo em um agente de mudanças com possibilidade de empreender transformações no âmbito da sociedade em que vive e, portanto, lograr responsabilizar-se pelo seu destino.

Para tanto, impõe-se reconhecer que a proteção dos pilares republicanos, da eletividade, da representatividade e da responsabilidade, constitui providência inexorável ao desenvolvimento de uma sociedade que objetive a efetividade do direito ao mínimo existencial, especialmente no que se refere à ascensão ao poder daqueles que já demonstraram seu absoluto descaso no trato com a coisa pública.

Essa ação pressupõe uma consciência política, insusceptível de ser forjada a partir de uma atuação assistencialista do Estado, que se limite ao desenvolvimento de políticas públicas tendentes a preencher as necessidades básicas dos indivíduos no campo da saúde, educação, segurança pública etc.

Nessa perspectiva é que, com supedâneo nas reflexões empreendidas por Robert Alexy à teoria do status de Georg Jellinek¹¹, pretende-se demonstrar que

¹¹ 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*

não há relação de exclusividade entre o direito ao mínimo existencial e qualquer das posições assumidas pelos indivíduos, vinculada a determinada espécie de direitos fundamentais, ainda que se possa observar sua estreita conexão com os direitos sociais, sobretudo em sociedades marcadas pela desigualdade ilegítima.

Nessa linha de raciocínio é que a participação política se apresenta como pressuposto de efetivação do mínimo existencial, especialmente porque a falência da representatividade contribui para o naufrágio das finalidades do Estado, consideradas as ações tendentes à manutenção do poder a qualquer custo, em cujo âmbito são desenvolvidas práticas sub-reptícias alienantes, insusceptíveis de serem identificadas por aqueles que se encontram alijados do debate político.

No Estado contemporâneo, em que a escravidão física se coloca como uma ilicitude, desenvolve-se, de maneira saliente, uma nefasta forma de escravidão, representada por aqueles que, manipulados pelas demagogias de supostas lideranças, pensam que são livres para influenciar seu próprio destino.

Esse mal social flagela com maior força Estados com severo déficit nas políticas públicas mais elementares, que favorece o recrudescimento das desigualdades, cenário em que se amolda o Estado democrático e republicano brasileiro.

Por isso mesmo, nessa transição paradigmática, do cidadão do Estado para o cidadão do mundo, da subsistência à vida e da vida para a existência, impõe-se descortinar a fragilidade das críticas ao denominado ativismo judicial, construídas precipuamente com fundamento no princípio da separação dos poderes.

Decerto que o governo dos juízes é tão rechaçável quanto o despotismo de um só ou das multidões. Todavia, corretivos eficazes às severas violações ao espaço de dignidade não podem ser levados a efeito sem a atuação do Judiciário, seja no campo das políticas públicas, seja no controle da formação dos órgãos eletivos, durante o processo eleitoral, ou no controle das práticas malfazejas que vilipendiam a coisa pública.

Nesse particular é que o recurso à teoria dos princípios, dos direitos fundamentais e da argumentação jurídica se mostra indispensável à construção do

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.

discurso da liberdade como não dominação, notadamente para que se viabilize a efetiva proteção do direito ao mínimo existencial, na concepção ora defendida.

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

A atuação do Poder Judiciário, ainda que se possa eventualmente considerar 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.

Não se descarta do fato de que o juiz é um ser humano e, como tal, necessita de limites à sua atuação. Esse, porém, é um outro campo de investigação.

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”¹² 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.

Assim é que se reconhece que não se há falar em mínimo existencial sem que as necessidades básicas à subsistência autônoma do indivíduo sejam atendidas. Todavia, de igual sorte, não se há falar em mínimo existencial quando apenas estejam atendidas tais necessidades.

¹² 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 JusPodivm, 2009).

Mínimo existencial não se confunde com mínimo vital ou mínimo à subsistência digna.

Existir é diverso de viver e de subsistir. Mínimo existencial não se confunde com condições materiais mínimas de existência, uma vez que envolve elementos imateriais, mormente aqueles alusivos à inserção e reconhecimento do indivíduo no espaço social e político.

Para se concluir neste sentido, a pesquisa houve que abraçar e abandonar caminhos, sobretudo no tocante ao método.

De Descartes a Feyerabend, as opções são diversas e os caminhos numerosos¹³, 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 ideias de Edmund

¹³“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.).

Husserl, o que exigiu severa incursão na universalidade das essências, considerada a marca da liberdade que prepondera nas ideias 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.¹⁴

Buscou-se lastro no pensamento de Jean-Paul Sartre, considerada a sua concepção de existência, que marcam os desígnios do homem (ser humano), em uma postura conciliatória, especialmente no tocante ao interminável debate sobre o predomínio da existência ou da essência.

Mesmo quando Sartre se distancia, ou perfilha um caminho mais restrito do que o de Husserl, procurou-se observar os fundamentos e os objetivos de ambos, qual seja a liberdade humana, a libertação de amarras que aprisionam o homem (ser humano) em si mesmo.

Assim, diante do desafio, 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, sobretudo de matiz existencialista, a fim de viabilizar a correção de rumos, sempre que o pesquisador fosse tentado pela superficialidade, que fragiliza e atrai a sedução pelos indesejáveis atalhos acadêmicos.

Com essa orientação, surge o primeiro capítulo, sob o título: “FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA DO MINIMO EXISTENCIAL: A DICOTOMIA VIVER e EXISTIR”, rescrito e renomeado por inúmeras vezes, para ao final, com o inestimável auxílio do orientador, bem assim dos Professores Dirley Cunha e Nelson Cerqueira, nos importantes aportes da Banca de qualificação, alcançar melhor aproximação do que se deseja expressar.

¹⁴ 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. É a consciência que faz o mundo aparecer como fenômeno, como significação, pelo fato de ser um *cogitatum* intencionado pelo sujeito”. (MOREIRA, Daniel Augusto. *O Método Fenomenológico da Pesquisa*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2004, p. 85). (grifos no original).

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 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.

Com essa investigação é que se pode concluir que, em sua essência, o mínimo existencial possui caracteres incompatíveis com todas essas visões, supondo-se que tomadas de maneira isolada e absoluta.

Pretende-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.¹⁵

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 E MÍNIMO VITAL NO NEOCONSTITUCIONALISMO”, em cujo âmbito, outrossim, examina-se a teoria dos princípios e se discute relações entre *mínimo existencial*, *mínimo vital*, *núcleo essencial*, *reserva do possível* e *neoconstitucionalismo*.

Esse exame conduziu, definitivamente, ao completo abandono da percepção limitada de mínimo existencial, para possibilitar a visualização de que, em sua essência encontra-se 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, a representar o estado de liberdade dos indivíduos.

Foi assim que, com lastro em outro marco teórico, representado pelo pensamento de Philip Pettit, produziu-se o capítulo “A DIMENSÃO POLÍTICA DO MÍNIMO EXISTENCIAL”.

¹⁵ 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.).

A concepção de “liberdade como não dominação”, tão bem delineada por referido autor, representa a inviabilidade de se 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 garanta aos indivíduos a realização do direito às condições mínimas de existência 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.¹⁶

Sob a orientação de que o espaço republicano é marcado pela liberdade como não dominação, um *locus* em que os indivíduos não devem ser 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.

Nessa estrada, exsurge o capítulo “O MÍNIMO EXISTENCIAL NO ESPAÇO AUTÔNOMO DE PARTICIPAÇÃO POLÍTICA”, em que se discute a ampliação do espaço de interação dos indivíduos, com o advento das sociedades em rede, examinadas com profundidade por Manuel Castells, sobretudo para delimitar a noção de poder uno e localizado na mente dos indivíduos.

Essa ampliação do espaço de autonomia política, em que se exige a maximização da publicidade das ações estatais, reforça as bases da tese ora debatida. Isto porque, não bastar ter informações disponibilizadas, é preciso saber acessá-las, compreendê-las e trabalha-las, sobretudo para não se deixar por elas manipular.

Para isso, o indivíduo necessita significativamente mais do que o mero preenchimento de necessidades básicas. É preciso mais do que educação: é preciso educação política, noção de responsabilidade cidadã, para que seja capaz de

¹⁶ 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.).

influenciar consistentemente o seu destino e, portanto, o destino do Estado em que vive.

Nesse sentido, a ampliação do espaço de autonomia, por meio do avanço tecnológico, *de per se*, está longe de significar inclusão ou ampliação da efetiva participação dos indivíduos, porquanto o desenvolvimento de uma consciência crítica constitui pressuposto inexorável ao reconhecimento da existência no espaço de autonomia política, sob pena de se estabelecer a pior violação à liberdade, que marca a sociedade atual: ilusão do ser livre.

A natureza do debate que a tese pretende estabelecer não sugere a incursão em questões de natureza prática específica, para se examinar dados empíricos das diversas formas de violação ao mínimo existencial, sobretudo porque examinar os delineamentos de cada forma de violação seria, *de per se*, construir diversas teses.

Nada obstante, até mesmo para ser fiel ao posicionamento sartreano, bem como à postura fenomenológica de se retornar às coisas mesmas, nasce o quinto e último capítulo, A ALIENAÇÃO POLÍTICA NO CONTEXTO BRASILEIRO: AS VIOLAÇÕES AO MÍNIMO EXISTENCIAL, a consubstanciar uma compilação mais detida do que significa a manipulação do discurso democrático – que se transfaz em demagógico (na acepção aristotélica) -, de programas governamentais, tendentes a supostamente preencher o programa constitucional.

Reflete-se acerca dos desvirtuamentos empreendidos pelo governo e pelo próprio povo. O primeiro, consciente, o segundo, muitas vezes, inconsciente.

Trata-se da falsa percepção da realidade. Da falsa percepção de liberdade.

Outrossim, buscou-se demonstrar que, com essas falsas percepções, que podem decorrer da ausência de efetividade do direito ao mínimo existencial, na perspectiva ora proposta, resta frustrada a implementação de uma verdadeira sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, concebida por Peter Häberle no

sentido de “Constituição enquanto processo público (*verfassung als öffentliche Prozess*)”¹⁷.

Delineadas as bases da pesquisa, cumpre, por fim, destacar que privilegiou-se a produção dos autores pátrios, empreendendo-se, todavia, incursão na doutrina estrangeira. 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 compreensões, posições e visões prévias 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.

Finalizadas essas linhas introdutórias, passa-se à investigação filosófica da arquitetura do mínimo existencial.

¹⁷ 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 Antônio Fabris Editor, 1997, p. 32.).

CAPÍTULO I – FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA DO MINIMO EXISTENCIAL: A DICOTOMIA VIVER e EXISTIR

1.1 Existencialismo, essencialismo, idealismo, realismo e eideitismo: reflexões necessárias

Breves distinções se fazem necessárias 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 das correntes filosóficas, algumas 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 ideias husserlianas à filosofia essencialista.

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”.¹⁸

Nada obstante, 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*.¹⁹

¹⁸ 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. Dicionário de Filosofia. Buenos 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.).

¹⁹ HUSSERL, Edmund. *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie*. Hamburg: Felix Meiner Verlag GmbH: 2009, p. 8. No original: “*Ich benutze daher als Fremdwort das terminologisch unvbrauchte Eidos, als deutsches Wort das mit ungefährlichen, gelegentlich allerdings ärgerlichen Äquivokationen behafte 'Wesen'*”.

*Eidos*²⁰ é um vocábulo de origem grega já existente entre os pré-socráticos, porém, com Platão (que designava “ideia”, 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.

O estudo dos fenômenos, na perspectiva de Husserl, não pretende estabelecer primados, seja da essência sobre a existência, seja da existência sobre a essência, sobretudo porque a proposta de Husserl é o conhecimento do mundo por meio da “captação intuitiva” e “integração significativa”, no que afasta a percepção realizada pela mera captação pelos sentidos.

A “intencionalidade” representa que “toda consciência é consciência de alguma coisa”, que conduz à uma fuga de si mesma, com a finalidade de atingir uma existência. O “objeto é sempre objeto para a consciência”, que, por ser transcendental, está sempre fora dela.

A atividade da consciência (*noese*), reproduzida em pensamento, coloca-se para o objeto (*noema*), objeto do pensamento e habitante da consciência.

A redução fenomenológica (*epoché*) representada pela colocação entre parênteses, consubstancia-se na tentativa de eliminação de juízos, a fim de que se possa alcançar o conhecimento que se está a buscar, eliminando-se tudo que não

²⁰ FERRATER MORA, José. Diccionario 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 ve 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 un 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 terminología 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.”.

for intuitivo, em uma “redução fenomenológica” que permite a “consciência transcendental”, a remoção de invólucros aparentes, traduzindo-se em atitude fenomenológica, que melhor se adequa ao reconhecimento da responsabilidade pelo outro.

Aloisio Krohling e Beatriz Krohling, em sua investigação sobre a ética da alteridade e responsabilidade, destacam a superação do “paradigma racionalista kantiano da moral deontológica e do imperativo categórico”, no que apontam a opção de Lévinas, para quem a fenomenologia de Husserl é “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”.²¹

Por essa razão, ao se afirmar que a fenomenologia funda a filosofia contemporânea, quer-se reconhecer que Edmund Husserl proporcionou a renovação do pensamento, transpondo, portanto, os limites da filosofia enquanto disciplina. Trata-se de uma nova atitude: a atitude fenomenológica. Uma postura de investigação, que, nascida entre o final do século XIX e as primeiras décadas do século XX, mantém-se até os dias atuais como inspiração a propiciar a melhor compreensão do mundo.

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

Adverte-se, de logo, que pensamento de Husserl não é marcado pela contradição ao existencialismo. Se assim o fosse, não teria inspirado Jean-Paul Sartre na sua concepção existencialista e humanista.

Não se desconhece que tudo está a depender da perspectiva de mundo que o investigador assume; suas visões, concepções e posições prévias.

Em alguma medida, exige-se uma imersão no campo de colisão entre o pensamento realista e a posição idealista.

Assim, a subordinação da representação aos objetos representados, onde se localizaria a gênese do conhecimento – postulado realista -, encontra complemento (ou complementa) a posição idealista de primazia do sujeito, do plano ideal, do intelecto.

²¹ KROHLING, Aloisio; KROHLING, Beatriz Stella Martin. *Ética rizomática e teoria crítica do direito internacional dos direitos humanos*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). 5(1): 82-92 janeiro-junho 2013. LÉVINAS, Emmanuel. *Descobrir a existência com Husserl e Heidegger*. 2. ed. Lisboa: Instituto Piaget, p. 63.

Nada obstante, extrai-se de Husserl que essa operação não deve conduzir à total assimilação do objeto pelo sujeito, uma supremacia da consciência em relação às coisas, que terminariam por perder a sua realidade, distorcendo-se no processo de apreensão, dominadas que seriam pelas estruturas lógicas estabelecidas pelo sujeito em momento prévio à experiência.

Assim é que a fenomenologia, com a sua grande orientação, “retornar às coisas mesmas”, pretende solucionar a contaminação das coisas pelo sujeito, suas posições e pensamentos, de maneira a evitar que o que captamos das coisas se limite à carga e caracteres que nós mesmos a elas atribuímos, subtraindo-lhes, portanto, a autonomia, a realidade.

Reconheceu-se, dessarte, que o retorno às coisas mesmas purifica a relação sujeito-objeto, de maneira a permitir o conhecer pela consciência, que, para Husserl, é sempre consciência de alguma coisa. Ela não se opõe, ela não é coisa alguma, mas uma postura de se observar o mundo. Um movimento, uma visão, um olhar para fora, uma intelectualidade dirigida ao conhecer.

Assim, o sujeito não confronta as coisas e pode nelas desaparecer, ou o inverso: o objeto não perde a sua autonomia, a sua realidade, ao ser apreendido pelo sujeito; o objeto não se dissolve no sujeito.

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”.²²

Não há, pois, existencialismo, essencialismo, realismo, idealismo, mas sim existencialismos, essencialismos, realismos e idealismos, porquanto tudo está a depender da visão do ser humano em relação a si mesmo e ao mundo que o envolve, ou que é por ele envolvido.

²² FERRATER MORA, José. op. cit., p. 558.

Constata-se, portanto, a razão do pensar fenomenológica fundar a filosofia contemporânea, pelo que não deve ser confundido com correntes clássicas de matiz realistas, idealistas, existencialista ou essencialistas, já que se está diante de uma forma inovadora de se definir a consciência do ser humano do mundo: o que se renova é maneira de ler a postura humana em sua presença no mundo. A consciência como um movimento.

É isso que inspira Sartre e tantos outros.

E é tudo isso que inspira a presente pesquisa, na jornada de demonstração do mínimo que deve ser a existência, a fim de que se reconheça a liberdade como não dominação e, por conseguinte, a dignidade humana.

1.2 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 (*naturalistische 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.²³

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.²⁴

Tem-se, pois, nesse campo, o mundo como o horizonte total de investigações possíveis, panorama de orientação originária em que despontam as

²³ HUSSERL, Edmund. *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie*. Hamburg: 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”.

²⁴ Ibidem. p. 10. No original: “Natürliche Erkenntnis hebt an mit der Erfahrung und verbleibt in der Erfahrung.”.

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.²⁵

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.

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.²⁶

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.

²⁵Ibidem. No original: “*In der theoretischen Einstellung, die wir die ‘natürliche’ nennen, isto also der Gessamthorizont möglicher Forschungen mitt einem Worte bezeichnet: es ist die Welt. Die Wissenschaften dieser ursprünglichen Einstellung sind demnar insgesamt Wissenschaften von der Welt, und solange sie die ausschliesslich herrschende ist, decken sie die Begriffe ‘wahrhaftes Sein’, ‘wirkliches Sein’, d.i. reales Sein, und – da alles Reale sich zur Einheit de Welt zusammenschliesst – ‘Sein in der Welt’.*”.

²⁶ Ibidem, p. 11.

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 ideias (*in Ideen gesetzt*). A intuição empírica (*Erfarrende Anschauung*) ou individual (*individuelle*) pode ser transformada em visão de essência (*Wesenanschauung*) ou ideação (*Ideation*).²⁷

Adverte Husserl, em relação à alteração terminológica para designar “essência”, acerca da 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 *eidōs*.²⁸

Assim, sempre que Husserl se reporta ao *Wesen*, o faz para designar o *eidōs*; 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.

²⁷ HUSSERL, Edmund. *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie*. Hamburg: Felix Meiner Verlag GmbH: 2009, p. 13.

²⁸ 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’*”.

Em palavras mais precisas, Lyotard faz referência 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.²⁹

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

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 [...]”.³⁰

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.

²⁹ LYOTARD, Jean-F. *La phénoménologie*. França: Presses Universitaires de France, 1954, p. 13. No original: “[...] un triangle rectagle possède une objectivité idéale, en ce sens qu’il 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’il possède une essence, constituée par tous les prédicats dont la suppression imaginaire entraînerait la suppression du triangle en personne. Par exemple tout triangle est par essence convexe”.

³⁰ 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, movido e passageiro, não podendo ser, por consequência, objeto do nosso estudo, que se interessa apenas por aquilo que é permanente, universal e necessário”. (Ibidem).

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.³¹

A crítica lançada por Habermas refere-se à 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 desarrollan un horizonte común de mundo constituyó un fracaso*”.

32

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 esclarece sobre a intersubjetividade transcendental.³³

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 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.

³¹ “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’” (PIZZI, Jovino. *O mundo da vida: Husserl e Habermas*. Rio Grande do Sul: Unijuí, 2006, p. 132.)

³² HABERMAS, Jürgen. *La logica de las ciencias sociales*. Madrid: Technos, 2008, p. 336.

³³ “*La intersubjetividad transcendental, gracias a este formar comunidad, tiene una esfera intersubjetiva propia suya, en la que constituye intersubjetivamente el mundo objetivo y en la que es, pues, en tanto que el <<nosotros>> transcendental, subjetividad respecto de este mundo y también respecto del mundo de lo hombres – en cuya forma se ha hecho objetivamente real ella a sí misma [...]*”. (HUSSERL, Edmundo. *Meditaciones Cartesianas*. México: Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 169-170).

Não se pode pretender a contemplação filosófica do mundo, sem que se atreva fixar na própria razão e pôr em dúvida toda opinião decorrente da tradição, deixando-se de reconhecer aquilo que, em avaliação pessoal, não se revele compreensível ou justificável.³⁴ 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 pensamento 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 se apresentar ao investigador na atual compreensão do pensamento husserliano é possível que aflore em reflexão futura, considerada a complexidade das ideias 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 de Bretano. Porém, era vão o meu esforço, porque, somente mais tarde o descobriria, eu as questionava de maneira inadequada.”³⁵

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 ambiguidade que a obra de Husserl revela à primeira vista”.³⁶

³⁴ 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”.

³⁵ 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.

³⁶ *Ibidem*, p. 101.

Cumpra 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 recurso 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, sem que se possa dissociar da ideia 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.³⁷

O *cogito* não pode desvalorizar a percepção do *outro* e sustentar que o *eu* somente pode ser 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 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”.³⁸

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.³⁹

³⁷ “[...] 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.” MERLEAU-Ponty, Maurice. *Fenomenologia da Percepção*. Tradução de Carlos Alberto Ribeiro de Moura. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 1.

³⁸ *Ibidem*, p. 9.

³⁹ “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

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”⁴⁰. “O mundo não é aquilo que eu penso, mas aquilo que eu vivo”. “O método eidético é o de um positivismo fenomenológico que funda o possível no real”.⁴¹

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 particular. A ideia de compreensão e explicação ‘originárias’ e ‘intuitivas’ dos fenômenos abriga o contrário da ingenuidade de uma ‘visão’ casual, ‘imediate’ e ‘impensada’”.⁴²

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*.

É marcante o fato de *Ser e Tempo* ter sido dedicado a Edmund Husserl “em testemunho de admiração e amizade” (*in Verehrung und Freundschaft 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:

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

⁴⁰ 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 Transzendente Logik*, p. 142”.

⁴¹ Idem.

⁴² HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 76-77. No original: “Die Begegnisart des Seins und der Seinsstrukturen im Modus des Phänomens muss den Gegenständen der Phänomenologie allererst abgewonnen werden. Daher fordern der Ausgang der Analyse ebenso wie der Zugang zum Phänomen und der Durchgang durch die herrschenden Verdeckungen eine eigene methodische Sicherung. In der Idee der <<originären>> und <<intuitiven>> Erfassung und Explikation der Phänomene liegt das Gegenteil der Naivität eins zufälligen <<unmittelbaren>> und unbedachten <<Schauens>>”. (HEIDEGGER, Martin, *Sein und Zeit*. Tübingen, Max Niemeyer Verlag, 2006, p. 36-37).

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.⁴³

Na mesma diretiva, o que se pretende com essa digressão filosófica é inspiração suficiente para, ao “abrir as coisas elas mesmas”, descortinar que o mínimo existencial, para além da dimensão social (no sentido de direitos sociais), relaciona-se diretamente com a essência do próprio Estado republicano, no que representa o reconhecimento da liberdade do indivíduo no espaço de interação política e social, percepção que nos conduz a uma visão existencialista, considerada a consciência de algo e o fenômeno apreendido.

1.3 A existência e o humanismo

O conhecimento do que é o próximo exige esforço de compreensão e desenvolvimento, com a percepção de que “o próximo é dado assim no que ele é. O caráter não difere da facticidade, é dizer, da contingência originária. Captamos o próximo como livre. [...] A liberdade é uma qualidade objetiva do próximo como poder incondicionado de modificar situações”⁴⁴.

Essa conclusão de Sartre não poderia ser alcançada, senão a partir do lastro fenomenológico construído por Husserl, que viabiliza maior precisão e nitidez para as questões que envolvem a interioridade e a exterioridade, sobretudo no que se refere à distinção entre a consciência (que é sempre consciência de alguma coisa) e a sua função, constituída no modo como se olha as coisas, o que Husserl denomina de intencionalidade.

⁴³ 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 persönliche 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).

⁴⁴ SARTRE, Jean-Paul. *El Ser e La Nada: Ensayo de Ontología Fenomenológica*. Buenos Aires: Losada, 1966. P. 441. “Empero, el prójimo es dado así en lo que él es. El carácter no difiere de la facticidad, es decir, de la contingencia originaria. Captamos el prójimo como libre; hemos señalado antes que la libertad es una cualidad objetiva del prójimo como poder incondicionado de modificar situaciones”.

Não é possível compreender as razões de um pensamento sem que se conheça minimamente o cenário que o motivou. Por vezes, percebe-se que é essa dissociação – pensamento e cenário motivacional (tempo e espaço) – que conduz à incompreensão do posicionamento de algum autor, sobretudo no campo filosófico, com matiz política.

Esse é também e, com maior ênfase, o caso de Sartre.

Suas inquietudes nascem de uma insatisfação severa em relação à maneira como a academia de sua época vislumbrava a posição do homem em relação ao mundo circundante.

A inspiração em Husserl o ajudou a construir uma argumentação que abalou o que ele denominou, de forma crítica, de estagnação dos “cem anos de academicismo” da filosofia francesa, que se fundava em um espiritualismo dominante e eclético, impulsionado por diversas correntes.

Em um breve artigo sobre a fenomenologia de Husserl, publicado em 1939, Sartre revela toda sua indignação com essa posição intelectual, que cunhou de “espírito aranha”, e demonstra a importância do pensamento de Husserl para a ruptura do que denominou de “ilusão comum ao realismo e ao idealismo”: “Ele a comia com os olhos. Esta frase e diversos outros signos caracterizam sobremaneira a ilusão comum ao realismo e ao idealismo, segundo a qual conhecer é comer. A filosofia francesa após cem anos de academicismo ainda está lá”⁴⁵

A crítica à posição que faz sucumbir ou dissolver as coisas na consciência encontra-se severamente formulada: “[...] Acreditamos que o Espírito-Aranha atrai as coisas para sua teia, cobre-as com uma baba branca e depois as deglute lentamente, reduzindo-as à sua própria substância. O que é uma mesa, uma rocha, uma casa? Um certo conjunto de “conteúdos da consciência”, uma ordem desses conteúdos. O filósofo alimentador!”⁴⁶

A intencionalidade, portanto, ideia fundamental da fenomenologia, permite compreender que “mundo e consciência são dados em um mesmo tempo: exterior

⁴⁵ “«Il la mangeait des yeux. Cette phrase et beaucoup d'autres signes marquent assez l'illusion commune au réalisme et à l'idéalisme, selon laquelle connaître, c'est manger. La philosophie française, après cent ans d'académisme, en est encore là“ SARTRE, Jean-Paul. *UNE IDÉE FONDAMENTALE DE LA PHÉNOMÉNOLOGIE DE HUSSERL: L'INTENTIONNALITÉ*. Situations I. Paris: Gallimard, 1947, p. 32. Disponível em: < <http://jpsartre.free.fr/Husserl.html>>. Acesso em 24 dez. 2014.

⁴⁶ “« nous avons tous cru que l'Esprit-Araignée attirait es choses dans sa toile, les couvrait d'une bave blanche et lentement les déglutissait, les réduisait à sa propre substance. Qu'est-ce qu'une table, un rocher, une maison? Un certain assemblage de «contenus de conscience», un ordre de ces contenus. O philosophie alimentaire!“. *Idem*.

por essência à consciência, o mundo é, por essência, relativo a ela” (»*La conscience et le monde sont donnés d'un même coup: extérieur par essence à la conscience, le monde est, par essence, relatif à elle*«).⁴⁷

O exemplo da árvore é deveras elucidativo: “Vemos uma árvore aqui. Porém, a vemos no lugar mesmo onde ela está: à beira do caminho, em meio à poeira, torcida sob o calor, a vinte léguas do mediterrâneo. Ela não poderá entrar na nossa consciência, porquanto não é da mesma natureza”.⁴⁸

Conhecer, portanto, não é apoderar-se das coisas, tampouco é perder-se nas coisas. Para Sartre, Husserl enxerga na consciência um fato irreduzível que nenhuma imagem física pode exprimir. Salvo, talvez, a imagem rápida e obscura do manifestar-se. Conhecer, é, portanto, “se manifestar rumo à”, arrancar-se da úmida intimidade gástrica para escapar, longe, para além de si, rumo ao que não é si, longe, perto da árvore e todavia fora dela, pois ela me escapa e me repele e eu não posso mais me perder nela como ela não pode diluir-se em mim: fora dela, fora de mim.⁴⁹

Assim, “a consciência é pura, clara como um grande vento; não há nada nela, salvo um movimento para fugir de si, deslizando-se para fora de si [...]”⁵⁰

Em linha de convergência com os diversos seguidores diretos de Edmund Husserl, Sartre faz referência à filosofia da transcendência e reporta-se a Heidegger, para reafirmar que “Ser é ser no mundo”. “Ser-no” é movimento, manifestar-se no mundo, a partir de um nada de mundo e da consciência para se manifestar “consciência-no-mundo”. Resume: “Que a consciência busque se recuperar, de coincidir enfim com ela mesma, logo se fecham as janelas, ela se destrói. Essa necessidade da consciência existir como consciência de outra coisa, Husserl define como ‘intencionalidade’”⁵¹

Em uma perspectiva mais contemporânea, sustenta Aloisio Krohling que “a consciência não é uma substância, mas uma atividade constituída por atos (percepção, imaginação, especulação, violação, paixão etc.)”.⁵²

⁴⁷ SARTRE, Jean-Paul. *UNE IDÉE FONDAMENTALE DE LA PHÉNOMÉNOLOGIE DE HUSSERL: L'INTENTIONNALITÉ*. Situations I. Paris: Gallimard, 1947, p. 32. Disponível em: <<http://jpsartre.free.fr/Husserl.html>>. Acesso em 24 dez. 2014.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Ibidem.

⁵² KROHLING, Aloísio. *Ética, moral: protótipos epistemológicos*. In: _____ (Org.). *Ética e a descoberta do outro*. Curitiba: CVR, 2010, p. 30.

Por isso, sustenta Sartre, tudo está fora, inclusive nós mesmos. Estamos fora, no mundo, entre os outros. Estamos “na estrada, nas cidades, em meio à multidão, coisa entre as coisas, homem entre os homens”.

Esse é o principal fundamento do pensamento de Sartre, sobretudo porque oferece os subsídios filosóficos necessários para seu propósito político, considerada a grave crise que se abatia sobre a Europa naquela oportunidade. Uma crise de natureza ética, combatida de forma veemente por suas posições críticas.

Nesse ponto, impõe-se, por rigor metodológico, destacar que existe entre Sartre e Husserl um dissenso. É que Husserl avançou em suas investigações para admitir um Ego transcendental, que, para Sartre, põe em risco a concepção fenomenológica de consciência, considerada a localização do Eu. Todavia, para os propósitos da presente tese, não se faz necessário ingressar neste debate, porquanto o que interessa aqui é a percepção do próximo, do outro, de nós mesmos, a partir de uma consciência que nos identifica.

A percepção do mínimo existencial se faz a partir da consciência, desse movimento, que encontra fora, na relação entre os seres humanos, o “si”, para que se possa perceber o que “é”. “O concreto não pode ser senão a totalidade sintética de que tanto a consciência quanto o fenômeno constituem só momentos. O concreto é o homem no mundo, com essa união específica do homem com o mundo, que Heidegger, por exemplo, chama de “ser-no-mundo”.⁵³

Assim, essa maior densidade que Husserl passa a atribuir à consciência, essa essência, que se amolda aos seus ulteriores propósitos, desagrade Sartre, porém não compromete o curso de seu pensamento, sobretudo porque Sartre enfrentava severas e controversas críticas, considerada suas posições (para os cristãos, o seu ateísmo e materialismo; para os comunistas, por não ser materialista; para outros, subjetivista).

Por certo, o exame de cada um desses confrontos mereceria uma tese.

O que importa para sustentar a multidimensionalidade do mínimo existencial é a noção de liberdade vazada por Sartre, em meio a uma relação entre existência e ser humano, entre existencialismo e humanismo. Interessa o amadurecimento social e político que se desdobrou a partir da sua obra capital, o ser

⁵³ SARTRE, Jean-Paul. *El Ser e La Nada: Ensayo de Ontología Fenomenológica*. Op cit., p. 42. “Lo concreto no puede ser sino la totalidad sintética de que tanto la consciencia como el fenómeno constituyen sólo momentos. Lo concreto es el hombre en el mundo, con esa unión específica del hombre con el mundo, que Heidegger, por ejemplo, llama ‘ser-en-el-mundo’”.

e o nada, mormente diante da necessidade de enfrentar as críticas que lhe foram irrogadas.

“O existencialismo é um humanismo é um texto estenografado, pouquíssimo retocado por Sartre, de uma conferência que ele proferiu em Paris, na segunda-feira dia 29 de outubro de 1945”⁵⁴.

O existencialismo de Sartre declara que “mesmo que Deus não exista, há ao menos um ser cuja existência precede a essência, um ser que existe antes de poder ser definido por algum conceito, e que tal é o homem, ou como diz Heidegger, a realidade humana”. A existência precede a essência, na medida em que o homem existe primeiro, se encontra, surge no mundo, e se define em seguida. Inicialmente é nada. Apenas posteriormente será alguma coisa e será aquilo que ele se tornar.⁵⁵

Portanto, o homem (ser humano) constrói-se a partir de sua existência. “O homem nada é além do que ele se faz [...] o homem tem mais dignidade do que uma pedra ou uma mesa. [...] O homem existe antes de tudo: é, antes de tudo, aquilo que projeta vir a ser e aquilo que tem consciência de projetar vir ser”.⁵⁶

Por tais razões, o ser é um ser “em-si”, no mundo, e a consciência é o nada, o “para-si”, que dizer, para fora, para o mundo, na construção do ser humano por ele próprio.

Esse é o ponto sensível do pensamento existencialista, que conduz ao reconhecimento desse “projeto” que é o ser humano, o que enseja a consequência: “[...] colocar todo homem em posse daquilo que ele é, e fazer repousar sobre ele a responsabilidade total por sua existência”. E mais: **“quando dizemos que o homem é responsável por si mesmo, não queremos dizer que ele é responsável estritamente por sua individualidade, mas que é responsável por todos os homens”**.⁵⁷ (grifou-se).

Nessa perspectiva, do desenvolvimento desse “projeto” humano, é que se sustenta que o atendimento às “condições materiais mínimas de existência” não se revela suficiente para a efetivação do mínimo existencial, situado hoje como um direito que depende tão-somente da atuação positiva do Estado, considerada a natureza social que lhe é imanente.

⁵⁴ SARTRE, Jean-Paul. *O Existencialismo é um Humanismo*; apresentação e notas, Arlette Elkaïm-Sartre; tradução de Joao Batista Kreuch. 2. Ed. Petrópolis. Rio de Janeiro: Vozes, 2013. p.9.

⁵⁵ SARTRE, Jean-Paul. *O Existencialismo é um Humanismo*. Op. cit., p.19.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Ibidem, p.20.

1.4 Mínimo vital, mínimo existencial e o “projeto” ser humano.

O paradigma do qual se parte e que se deseja superar é composto de uma série de concepções que situam o mínimo existencial no campo dos direitos sociais, em cujo âmbito, não raro, percebe-se uma relação de identidade entre existência, vida e subsistência, ainda que, por muitas vezes, objetive-se a separação.

Marialva de Castro Calabrich Schlucking desenvolve argumentos tendentes a identificar o mínimo existencial a um conteúdo mínimo dos direitos sociais, dependentes da atuação positiva do Estado.⁵⁸

Vidal Serrano sustenta que é “dever do Estado, caudatariamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, garantir a todos um *standard* social mínimo incondicional”.⁵⁹

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”.⁶⁰

Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo 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”.⁶¹

⁵⁸ 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.).

⁵⁹ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988*. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 70

⁶⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 3.

⁶¹ 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.

Na mesma linha, Dirley da Cunha Junior, ao sustentar que “os direitos sociais são, inegavelmente, direitos fundamentais, seja por que se destinam a prover o homem de meios de subsistência, garantindo-lhes o **mínimo existencial**, seja por que evidenciam o grau de democracia no Estado”, o que se compatibiliza com a jurisprudência dos Tribunais pátrios.⁶² (Grifo no original).

Miguel Calmon Dantas, evidencia de maneira expressa a distinção, ao preferir adotar “a expressão “mínimo vital” ao invés de “mínimo existencial”, dada a perspectiva de contraposição que existe com a proposta de sustentação do direito fundamental ao máximo existencial”, tese que rompe com um modelo paradigmático e firma no sentido da “a indivisibilidade dos direitos fundamentais, respaldando o caráter indivisível e interdependente, inclusive, das liberdades e dos direitos sociais, conclui-se que a insuficiência dos paradigmas teóricos tradicionais se revela, inicialmente, com relação aos direitos sociais”.⁶³

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

Como visto, não é nova a construção de que a proteção ao mínimo vital é pressuposto para a garantia da existência e que o mínimo existencial é requisito básico para o ingresso no campo da dignidade, sobretudo porque se reconhecem outras necessidades além das prestações positivas direcionadas à proteção da vida.

Ocorre, todavia, que na linha de raciocínio proposta nesta tese, em que o ser humano é um projeto que deve ser desenvolvido por ele mesmo, considerada a sua responsabilidade pelos demais, impõe-se reconhecer que o direito ao mínimo existencial deve ser delineado a partir da noção republicana de liberdade e não de necessidade.

⁶² CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Neoconstitucionalismo e novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: um suporte axiológico para a efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais*. In: CUNHA JUNIOR, Dirley da; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. (org). *Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 87. “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. (BRASIL, STJ, RE 1.185.474/SC. Rel. Min. Humberto Martins. DJe 29/04/2010 RSTJ vol. 219 p. 225)

⁶³ DANTAS, Miguel Calmon. *Direito Fundamental ao Máximo Existencial*. Tese de Doutorado – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

É dizer, não se trata tão somente do Estado garantir prestações positivas, tendentes a viabilizar a subsistência material dos indivíduos, mas, de igual sorte, abster-se de práticas que interfiram arbitrariamente na liberdade de formação do pensamento, na orientação social e política, sobretudo a partir da manipulação econômica, ocorrida, não raro e justamente, por meio da implementação de programas governamentais, que sujeitam os indivíduos a amarras psicológicas.

E mais: atuar para que essas práticas violadoras não ocorram, perpetradas, que podem ser, por particulares, especialmente no processo de construção democrática do Estado, que tem seu ápice no certame eleitoral.

Nesse ponto é que se deve reconhecer a eficácia horizontal, privada ou externa (*Dritwirkung*) do direito ao mínimo existencial, a fim de evitar uma dominação, ainda que sub-reptícia, da consciência dos indivíduos.

No sentido proposto, o mínimo existencial exige a garantia da efetiva participação política do indivíduo na construção do Estado, o que representa ir além do acesso às condições materiais mínimas de subsistência (contemporaneamente denominada mínimo existencial), para alcançar as condições espirituais (conscienciais ou psicológicas) mínimas de existência, de maneira a que possa expressar livremente o seu pensamento e executar livremente as suas ações.

De outra perspectiva, por hipótese, há a possibilidade do indivíduo se encontrar em condições degradantes de subsistência e, ainda assim, em razão de sua postura e do nível de consciência política, poder se conduzir de maneira a contribuir para modificar a sua realidade, no que se revela possível reconhecer a sua existência, ainda que em patamares mínimos.

Dessa sorte, o direito ao mínimo existencial se revela integrante da estrutura basilar para o desenvolvimento do ser humano no seio da comunidade política, perfazendo um conjunto de direitos que viabilizam ao indivíduo a manifestação do seu livre arbítrio, de maneira a, de fato, poder ser responsabilizado, como diz Sartre, “por aquilo que vier a ser”, raciocínio que conduz à identificação de necessário exercício de deveres fundamentais.

TAL NO NEOCONSTITUCIONALISMO

2.1 Uma releitura da teoria do status

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 Zwischen 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.⁶⁴

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.⁶⁵

Não se pretende aprofundar o estudo acerca da teoria dos *status*, mas tão somente examinar a concepção de Jellinek 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*

⁶⁴ 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 Zustand 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.*”.

⁶⁵ 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 Beispiele deutlich. So soll durch die Ausstattung einer Person mit dem Wahlrecht und dem Recht, ungehindert Eigentum zu erwerben, deren Satus und damit deren Sein verändert werden, während der Erwerb eines bestimmten Grundstückes nur deren 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<<.*”.

passivo e o faz por meio da dicotomia “conteúdo do status” (“*Inhalt des Status*”) e “status como tal” (“*Status als solcher*”).⁶⁶

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 como tal*” não se modifique e o indivíduo permanece no campo do *status passivo*.⁶⁷

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.⁶⁸

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.⁶⁹

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*

⁶⁶ Ibidem, p. 231.

⁶⁷ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 4. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 231.

⁶⁸ Ibidem, p. 233.

⁶⁹ Ibidem, p. 233-237.

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”.⁷⁰

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*).⁷¹

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*).⁷²

A 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

⁷⁰ 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 Individuums ist ein gesetzlich begrenzter. Daher ist es juristisch nicht korrekt, von Freiheitsrechten zu reden, es ist vielmehr nur die Freiheit im Singular vorhanden, die nur ihren Gegensatz gegen bestimmte ehemalige Einschränkungen mehr in politischer als in juristischer Hinsicht verschiedene individuelle gefärbte Nuance erhält*”. (JELLINEK, Georg. *System der Subjektiven Öffentlichen 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.

⁷¹ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 4. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 238-239.

⁷² *Ibidem*, p. 240-241.

membros do Estado e inserindo-os, por conseguinte, no *status* de cidadania.⁷³

Nessas circunstâncias, assevera Alexy, o direito ao não impedimento – que corresponde aos “direitos de defesa” (*Abwerrechte*) –, não pertenceria a qualquer dos *status*, o que teria como consequência a ausência de localização no sistema de Jellinek de uma das mais importantes posições no campo dos direitos fundamentais.⁷⁴

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.⁷⁵

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 que 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*

⁷³ JELLINEK, Georg. *System der Subjektiven Öffentlichen 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 Congruenz vom Staate anerkannt wird, gewährt er dem Einzelnen Ansprüche an seine Tätigkeit 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“.

⁷⁴ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 4. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 240-241.

⁷⁵ Idem.

negativo em sentido amplo (direitos de defesa) são uma subclasse dos direitos do *status* positivo em sentido amplo.

Sustenta que, 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 autocompreensíveis. 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.⁷⁶

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 liegenden Fähigkeiten gegeben werden*”), com sói acontecer com o direito de votar.

⁷⁶ 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 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 hinzugefügt 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 pragmatische 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 Ausdrücken >>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.*”

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 eine Pflicht beschränkt, sondern vielmehr seine rechtliche Handlungsfähigkeit erweitert wird*).⁷⁸

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.⁷⁹

Empreendidas estas reflexões acerca da teoria dos *status* de Jellinek, enriquecida 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.

2.2 A teoria do *status* e a sua contribuição para a compreensão do mínimo existencial

A discussão sobre o mínimo existencial é preponderantemente conduzida no campo das necessidades básicas dos indivíduos e da necessária atuação do Estado no desenvolvimento de políticas públicas aptas a solucionar o problema das desigualdades naturais e sociais.

Como referido, Ricardo Lobo Torres sustenta que “o problema do mínimo existencial se confunde com a questão da pobreza e tem importância muito grande

⁷⁷ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 4. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 242.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 243.

⁷⁹ *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

na história da fiscalidade moderna”.⁸⁰

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 ideias de Kant. Trata-se, pois, de uma teoria normativa, interpretativa, dogmática e vinculada à moral.⁸¹

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,

⁸⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 3.

⁸¹ *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 consequências 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 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 legislatoris*, 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.”

considerada as noções de *status* em sentido amplo e estrito, delineadas 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 sustenta, 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.

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 consequência, 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, sob esta perspectiva.

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.

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 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 mezinhos 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 767681⁸², 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

⁸² 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).

existência digna do cidadão”.⁸³

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, [...]”⁸⁴. (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”⁸⁵ restou legitimado por um ordenamento fundado em normas negativas, orientado a funcionar como método de controle social, modelo totalmente coincidente com aquele criticado por Bobbio⁸⁶, 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 procedimentos⁸⁷, que, como sustenta Ricardo Maurício Freire Soares, “a procedimentalização do direito adquire um sentido menos formalista, á medida que os procedimentos se articulam com os princípios enunciadores dos direitos fundamentais”.⁸⁸

⁸³ SCHLUCKING, Marialva de Castro Calabrich. *A proteção constitucional ao mínimo imune*. Porto Alegre: SAFE, 2009, p. 15, p. 68-69.

⁸⁴ BRASIL, STF, RE 582525/SP. Rel. Min. Joaquim Barbosa, de 22/10/2008; BRASIL, STF, Informativo n. 525, de 24/10/2008.

⁸⁵ 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.

⁸⁶ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do Direito*. São Paulo: Manole, 2007.

⁸⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 235-236.

⁸⁸ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 188.

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 Torres⁸⁹, razão pela qual a sua releitura à luz do pensamento de Robert Alexy se presta a situá-la nos tempos do neoconstitucionalismo.

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

⁸⁹ “A teoria moderna ampliou o quadro dos *status* e o adaptou à nova realidade do Estado Social de Direito. Häberle defende a ideia do *status activus 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 (*verfassungsrechtliche status des Einzelnen*), que reflete o duplo caráter – subjetivo e objetivo – dos direitos fundamentais. 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*)” (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.)

Hannah Arendt a escrever sobre a dignidade da pessoa humana não emanou da condição de pobreza, mas sim da existência da apatridia.

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.⁹⁰

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.⁹¹

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”⁹² – vale dizer, foram lançados sob a severa condição de *heimatlos*.

⁹⁰ 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 has given to man. Men are conditioned beings because everything they come in contact with turns immediately into a condition of their existence”.

⁹¹ 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 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”.

⁹² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 689.

Bodo Pieroth e Bernard Schlink, ao discorrerem sobre a justificação constitucional do direito de nacionalidade, sustentam a possibilidade de perda de nacionalidade no caso em que o indivíduo não seja colocado na condição de apátrida.⁹³

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.⁹⁴

É dizer: aqueles cidadãos (em sentido amplo) foram literalmente privados de sua existência para Estado brasileiro, cenário, inclusive, reconhecido pelo constituinte reformador (ou, com melhor técnica, constituído reformador), com a edição da Emenda Constitucional n. 54/2007, que, além de corrigir o texto do art. 12, I, c, CF, incluiu o art. 95 nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, com a finalidade de remediar a grave lesão perpetrada aos *status dignitatis* daqueles “brasileiros”.⁹⁵

Assim, 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.

Nessa perspectiva, a participação política do indivíduo na construção do Estado constitui pressuposto de efetivação do mínimo existencial. É que, se a consciência é um nada, que se projeta para fora, em busca do “em-si”, para que se viabilize o projeto “ser humano”, não se pode impor ao indivíduo a responsabilidade

⁹³ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrecht Staatsrecht II*. 16., neubearbeitete Auflage. Heidelberg: Müller, 2000, p. 242.

⁹⁴ 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).

⁹⁵ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 10.

pelo que vier a ser – e responsabilidade por si e pelos outros –, colocando em seu caminho obstáculos ao seu livre arbítrio, vale dizer, interferência arbitrárias que o subjugam – muitas vezes sem que ele próprio perceba –, reduzindo ou eliminando o seu grau de liberdade de pensamento.

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 salvaguardar bens jurídicos extremamente sensíveis, já identificados como integradores do núcleo básico da dignidade.

2.3 A Teoria dos Princípios e a 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 autorregular.

Essa circunstância 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.

Ricardo Maurício Freire Soares leciona que “se a norma jurídica é um pedaço da vida humana objetivada, não pode ser uma norma abstrata de moral, de ética, desligada dos fatos concretos, é um enunciado para a solução de um problema humano”. Adverte, outrossim, que “a norma jurídica não pode ser julgada como um fim, mas como um meio para a consecução de valores concretos, tais como o bem-estar social, a dignidade, a liberdade e a igualdade. Sendo assim, a

materialização dessas estimativas sociais permite a realização da justiça e, portanto, do direito justo”.⁹⁶

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, especialmente sob a ótica da participação política dos indivíduos no espaço de conformação democrática e republicana.

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.

⁹⁶ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 10.

Necessário, pois, orientar-se pela noção que deve permear toda construção humana – qual seja, a busca pela felicidade⁹⁷ –, 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.⁹⁸

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”.⁹⁹

Como não se pretende examinar as diversas teorias que debatem 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

⁹⁷ 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.

⁹⁸ 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 dum 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 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).

⁹⁹ Enquanto “ideias jurídicas materiais” são manifestações especiais da ideia 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 ideia de Direito. (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 674).

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 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”.¹⁰⁰

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.¹⁰¹

¹⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 129.

¹⁰¹ “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)” 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 realisiert 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 rechtlichen Möglichkeiten abhängt. Der Bereich der rechtlichen Möglichkeiten wird durch gegenläufige Prinzipien und Regeln bestimmt.*” (ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 4. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 75-76.),

O sentido que se atribui ao vocábulo mandamento – adverte Alexy – é aquele que envolve, de igual sorte, as permissões e as proibições.¹⁰² 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 validade para tomarem lugar na dimensão do peso, considerando-se que apenas princípios válidos podem colidir”.¹⁰³

Gilmar Mendes apresenta trecho da conferência proferida por Alexy, no Rio de Janeiro, em que se colhe reforço à distinção entre regras em princípios, centrada na questão do grau e da determinação.¹⁰⁴

Sobrelevam, outrossim, as lições acerca dos 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.

Dessa forma, “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

¹⁰² Ibidem, p. 75.

¹⁰³ Ibidem, p. 79. No original: “Regelkonflikte spielen sich in der Dimension der Geltung ab, Prinzipienkollisionen finden, da nur geltende Prinzipien kollidieren können, jenseits der Dimension der Geltung in der Dimension des Gewichts statt”.

¹⁰⁴ „Princípios são normas que permitem que algo seja realizado, da maneira mais completa possível, tanto no que diz respeito à 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*).” (Kollision und Abwägung als Grundproblem der Grundrechtsdogmatik. Rio de 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).

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”.¹⁰⁵

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 uma teoria que supõe que o catálogo dos direitos fundamentais também contém regras, senão uma teoria que afirma que os direitos fundamentais contêm somente regras”.¹⁰⁶

Considerando-se dissidências no âmbito do estudo das regras e dos princípios, importa destacar, como registro, o raciocínio desenvolvido por Humberto Ávila.¹⁰⁷

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.

A solução dos conflitos deve privilegiar o elemento humano, pelo que a sua compreensão somente pode ser levada a efeito à luz de um princípio que

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ Kollision und Abwägung als Grundproblem der Grundrechtsdogmatik. Rio de 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.

¹⁰⁷ “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 derogadas em função dos outros princípios colidentes [...]. 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” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 30, 60-64)

preserve a dignidade da pessoa – cuja dimensão axiológica orienta a ponderação de bens e interesses no advento da colisão entre outros princípios.

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, outrossim, 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 ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham papel central.¹⁰⁸

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.

Com inspiração em Müller, reconhece-se a fragilidade interpretativa que representa buscar no texto tão-somente o seu conteúdo e alcance: impõe-se ultrapassar esse modelo para, sobretudo, extrair-se o valor, considerado o contexto que está a exigir a incidência normativa.¹⁰⁹

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 humana, o objetivo estatal de

¹⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 350-351.

¹⁰⁹ É que, para Müller, “o âmbito da norma é um factor co-constitutivo da normatividade. Ele não é uma soma de fatos, mas um nexu 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.).

erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades, além de programas, diretrizes e prioridades para o Poder Público.¹¹⁰

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.¹¹¹

Será no campo dos princípios constitucionais, 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.¹¹²

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.

De igual sorte, no espaço de conformação democrática, digladiam-se direitos com elevadíssimo lastro principiológico, como os direitos políticos passivos e o direito à representação fidedigna, em cujo âmbito devem ser identificadas mazelas – a exemplo do interesse particular -, que contaminam o exercício do primeiro e prejudicam a consecução do segundo.

Exsurge, pois, nesse âmbito, verdadeiros *hard-cases*, cuja solução depende de um juízo de ponderação mais aprofundado e a realização de escolhas que, conquanto não se relacionem diretamente com políticas públicas, exercem sobre elas relevante influência reflexa.

¹¹⁰ BARCELOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 19.

¹¹¹ 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.

¹¹² *Ibidem*.

2.4 Direitos Fundamentais, dignidade humana e mínimo existencial

Feitas essas observações sobre teoria dos princípios, importa empreender investigação sobre as relações entre direitos fundamentais, dignidade humana e mínimo existencial.

2.4.1 Direitos Fundamentais e o valor “ser humano”

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”.¹¹³ 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 [...]”.¹¹⁴

Na Inglaterra do século XIII, identifica-se a *Magna Charta Libertatum*, 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.

¹¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.44.

¹¹⁴ MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. *Discurso sobre a Dignidade do Homem*. Portugal: Edições 70, 2008, p. 57.

Todos esses documentos limitavam o poder monárquico, todavia não vinculavam o parlamento.¹¹⁵

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 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.¹¹⁶

Todavia, a história nos mostra que as declarações de direitos careciam de força e de mecanismos jurídicos que garantissem a concretização dos direitos humanos.¹¹⁷

Manoel Jorge e Silva Neto, com inspiração em Mirkin-Guetzevitch, aponta como marca indelével do denominado constitucionalismo clássico a proteção dos direitos individuais contra a interferência do Estado, destacando que o transporte das ideias iluministas para o contexto político ensejou o surgimento da racionalização do poder.¹¹⁸

¹¹⁵ 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).

¹¹⁶ “(...) 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).

¹¹⁷ “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).

¹¹⁸ “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 a política unificacionista ocorrida na Europa, os diversos Estados que até então se apresentavam como divisões espaciais e políticas bastante fragmentárias assumiram complexidade 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

A constitucionalização dos “direitos humanos” fez nascer os denominados “direitos fundamentais”, expressões que, malgrado muitas vezes utilizadas como sinônimas, possuem distintas compreensões.¹¹⁹

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 suprapositiva e deonticamente 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.¹²⁰

No curso da evolução dos direitos fundamentais, importa referir às três primeiras dimensões¹²¹, as quais guardam relação com a Revolução Francesa. Entretanto, a reflexão acerca destas gerações há que ser conduzida à luz do

agigantavam com a sua política econômica mercantilista, o caminho inverso se fazia em termos de garantia dos direitos dos indivíduos. Pouco ou nenhuma 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 ideias 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).

¹¹⁹ (...) 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).

¹²⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p. 37-39.

¹²¹ Explana Saulo Casali Bahia: “[...] 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).

processo de constitucionalização que 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, com apoio em Jellinek, a evolução que marca a esfera de independência do indivíduo frente ao Estado.¹²²

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 Antiguidade, à orgânica estatal de Platão e Aristóteles, renovada com tanto brilho e verticalidade pela filosofia hegeliana do século passado”.¹²³

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.¹²⁴

A partir dessas reflexões pode-se concluir que aquela consciência jurídica referida por Jellinek foi o atributo necessário para a constitucionalização dos direitos humanos, eliminando a contradição existente na antiguidade, submetendo o Estado ao dever de respeitar a individualidade garantida na Lei Maior.

¹²² “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 Antiguidade a possuir a *consciência do caráter jurídico* dessa esfera, subtraída à coação estatal.” (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 158.)

¹²³ Idem.

¹²⁴ “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 colmeias 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 consequência, indivíduo, ao passo que o homem antigo permaneceu membro submisso da comunidade estatal.” (Ibidem, p. 159).

Silva Neto leciona que a gênese do constitucionalismo clássico conecta-se ao irrefreável ímpeto quanto à posituação de direitos e garantias aptos à salvaguarda dos indivíduos quanto à intromissão ou arbítrio praticados pelo Estado.¹²⁵ 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.

Sustenta que “se a exploração desenfreada do ser humano pelo próprio no apogeu do sistema capitalista confere, por assim dizer, uma nódoa negra

¹²⁵ Ibidem.

indelével à história da humanidade, traz à baila, como lenitivo, circunstância provocadora de mudança de estrutura”¹²⁶

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 Porfirio Díaz, 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 Flores Magón, insurgiram-se contra a ditadura Díaz 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 1918.¹²⁷

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.

¹²⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 52. Para o autor: “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 marcadamente expressão do compromisso do Estado com a questão social e para impedir, inviabilizar ou dificultar a sua retirada por conveniência do legislador ordinário.

¹²⁷ “Inspirada em el ejemplo histórico de la Revolución francesa, la Revolución soviética ha hecho una Declaración de derechos. La primera Constitución 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 Constitución. 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 revolucionario enorme –dice un comentarista 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 aquí un documento en que se invita a comparar con la Declaración de 1789.’ (MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris. *Las nuevas constituciones del mundo*. 2. ed. Madrid: Editorial España, 1931, p 47).

Com a eclosão da II Grande Guerra não houve oportunidade para que se fizesse 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 ideia 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 bolchevismo¹²⁸, 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.¹²⁹

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.¹³⁰

¹²⁸ “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.).

¹²⁹ MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris. *Las nuevas constituciones del mundo*. 2. ed. Madrid: Editorial España, 1931, p. 36. Esclarece o autor que: “*Si examinarnos los orígenes de la Constitución alemana, veremos que la socialdemocracia alemana ha protegido la República contra los asaltos del bolchevismo. Los socialistas fueron los defensores del régimen democrático naciente, y esto hace que quede su recuerdo en el texto de la Constitución; la ideología socialista no puede contentarse con 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 sufragio universal, etc. El derecho al trabajo, a una existencia humana digna, derecho proclamado por la Revolución de 1848 e inscrito en la Constitución francesa de la Segunda República, se encuentra hoy día más explícitamente desenvuelto en la Constitución de Weimar.*”.

¹³⁰ 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 Constituciones la existencia*

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”.¹³¹

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

de derechos 'sociales'. Aún más: la Constitución que establece más plenamente el carácter social de las libertades individuales y que llega a limitar los derechos de propiedad agraria, es una Constitución monárquica, es la del reino servio-croata-esloveno (artículo 43). Lo mismo en otra Constitución monárquica, la de Rumania, se encuentra una definición muy larga de los nuevos derechos 'sociales' del hombre. Por el contrario, en ciertas Constituciones republicanas no se encuentra una sección relativa a los derechos de los ciudadanos (Constitución de Letonia), o se encuentra una lista de derechos que no va más allá de la enumeración clásica de las libertades individuales. Nos encontramos en presencia de un hecho curioso: la introducción de los elementos sociales en las declaraciones de los derechos no está de ningún modo en relación directa con la proporción más o menos grande de la democracia de un país 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 Constituciones que han sido redactadas con una débil participación o sin el concurso de los socialistas. Es la historia política de los diversos países la que puede responder a esta cuestión: los elementos sociales aparecen en la medida en que se agitan sobre los espíritus de las Constituciones la amenaza social y los resultados destructores de la experiencia rusa.”.

¹³¹ 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 país han estimado necesaria la inscripción, en la nueva Constitución, de la defensa de los derechos sociales; lo que importa es el hecho, de que estos derechos han aparecido en la Constitución. [...] Las nuevas Constituciones han sido redactadas en una época en que ningún partido político podía ignorar la cuestión social. En el siglo XX, el sentido social del derecho, no es sólo una doctrina, no es solo una escuela jurídica, es la vida misma”.

secundárias e primárias, informação geral e especializada, enfim, áreas desprovidas de serviços essenciais à vida social e à vida individual”.¹³²

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, 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.¹³³

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.¹³⁴

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*.¹³⁵

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

¹³² SANTOS, Milton. *O espaço do cidadão*. 7. ed. São Paulo: Edusp, 2007, p. 59.

¹³³ MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris. *Las nuevas constituciones del mundo*. 2. ed. Madrid: Editorial España, 1931, p. 37.

¹³⁴ Idem.

¹³⁵ Idem.

ideias 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”.¹³⁶

Alinha-se Cunha Junior ao pensamento de Robles, para sustentar que “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.”¹³⁷

Afirma que “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 coletividades e estabelecem obrigações jurídicas concretas aos Estados.” E conclui: “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.”¹³⁸

É preciso destacar 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.

A evolução histórica dos direitos fundamentais aponta para uma passagem do cidadão político, que participa da vida do Estado, para o cidadão

¹³⁶ CUNHA JUNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional, 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 594-596.

¹³⁷ Ibidem.

¹³⁸ “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 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.” (CUNHA JUNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional, 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, 596-597).

social, que demanda atuação do Estado no desenvolvimento de políticas públicas tendentes a reduzir o fosso das desigualdades.

Nessa luta por condições materiais mínimas de subsistência o cidadão político foi colhido pelo tempo, afogado nas promessas de campanha, conduzido pela demagogia (no sentido aristotélico) e hoje se coloca como um náufrago, cujo resgate pressupõe uma releitura do significado de existência e, por conseguinte, da sua responsabilidade pela sorte alheia.

2.4.2 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”.¹³⁹

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.¹⁴⁰

¹³⁹ 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 de 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 ideias 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 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).

¹⁴⁰ Ibidem, p. 28.

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*.¹⁴¹

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”.¹⁴²

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.¹⁴³

A conexão entre a “liberdade dos antigos” e a política republicana assenta na identidade da participação no poder, mesmo quando exercida por intermédio de representantes – fato que, advirta-se, representa uma limitação quando examinado à luz da teoria liberal.¹⁴⁴

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.¹⁴⁵

¹⁴¹ Idem.

¹⁴² Ibidem, p. 32

¹⁴³ Idem.

¹⁴⁴ 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).

¹⁴⁵ Ibidem, p. 34.

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 ideia 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.

A responsabilização e a luta pelos direitos de outrem não se compatibilizam com uma noção de mínimo existencial exclusivamente vinculada às questões sociais, sobretudo porque a inserção e efetiva participação política dos indivíduos é pressuposto para que não sejam manipulados por suas necessidades materiais e comercializem a sua consciência.

2.4.3 O mínimo existencial e as condições materiais mínimas de subsistência. A relação com direitos sociais.

Fixou-se a orientação de 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 não se confunde com a garantia de condições mínimas de existência dos indivíduos, uma vez que a existência pressupõe a**

ausência de interferências arbitrárias nos diversos segmentos 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 perpetraram severas violações ao acesso dos indivíduos às prestações sociais, revela-se compreensível que o estudo em relação ao mínimo necessário para a existência humana seja preponderantemente desenvolvido neste campo, pelo que se tende a confundir mínimo existencial com uma parcela dos 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 sociais¹⁴⁶; b) a da indivisibilidade dos direitos humanos¹⁴⁷; c) a da redução da jusfundamentalidade dos direitos sociais ao mínimo

¹⁴⁶ 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.).

¹⁴⁷ “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 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. Norberto 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 socialdemocratas 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

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”.¹⁴⁸

De fato, no estágio 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.¹⁴⁹

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 consumir-se através dos tempos a 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”.¹⁵⁰

Stephen Holmes e Cass R. Sunstein produziram estudo que auxilia a compreensão acerca dessa dimensão político-econômica no campo de efetivação

passou a se interessar pelos problemas da Constituição Europeia. 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.).

¹⁴⁸ Ibidem, p. 43.

¹⁴⁹ 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.).

¹⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 74.

dos direitos.¹⁵¹

Defendem a tese de que a efetivação de todo e qualquer direito, independente que geração ou dimensão íntegra, 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 atuação positiva do Estado.¹⁵²

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.¹⁵³

A liberdade privada, portanto, possui caráter público e “O direito dos americanos não são divinos e tampouco frutos da natureza; eles não são auto-poníveis e não podem ser devidamente protegidos quando o governo está insolvente ou incapacitado”.¹⁵⁴

Na ótica dos autores, pois, as disposições constitucionais, por sua amplitude e 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.¹⁵⁵

¹⁵¹ HOLMES, Stephen et SUSTEIN, Cass. *The Cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton and Company, 1999, p. 37.

¹⁵² *Idem*.

¹⁵³ “Os direitos são comumente descritos como invioláveis, preemptórios, 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 proteção 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”. 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.*”.(*Ibidem*, p.97.).

¹⁵⁴ 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.*”.

¹⁵⁵ *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*

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 máquina 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 máquina estatal.

Também é verdade que as ponderações de 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 mínimo existencial e condições materiais mínimas de subsistência, 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.

E não se pode admitir que a sociedade suporte a já corriqueiro espraiamento de severas agressões a bens jurídicos de tão alta relevância,

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”.

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 sequenciais 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.

Dessa forma, neste estágio de proteção do mínimo existencial, relacionado aos direitos sociais, impõe-se observar uma gradação valorativa na espécie de violação.

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 máquina 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 diretamente 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”.

O autor constrói uma explicação sobre a saída para a afirmação dos direitos sociais, vinculada, dentre outros, à redução da sua jusfundamentalidade ao mínimo existencial.¹⁵⁶

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.

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.

¹⁵⁶ “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 restrições 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 positivus libertatis*, que possibilita a entrega de prestações estatais positivas a quem se encontra abaixo de certo nível de pobreza.” (TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 53-54).

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 demonstrar que a dimensão social é uma das possibilidades de exame do mínimo existencial, considerada a ausência de relação de exclusividade possível entre o mínimo existencial e qualquer das espécies de direitos fundamentais.

2.4.4 Conteúdo essencial dos direitos fundamentais e o direito ao mínimo existencial

Como se verificou, não é possível a identificação do mínimo existencial com determinada parcela dos direitos sociais, ainda que tal raciocínio seja impulsionado, no âmbito de sociedades desiguais como a brasileira, pelo fato da existência dos indivíduos estar severamente vinculada ao acesso às prestações no âmbito da moradia, saúde e educação, cujo acesso reflete na própria liberdade do ser humano.

Ocorre que, como já obtemperado, não raro, o direito ao mínimo existencial é violado no âmbito dos direitos de defesa, quando o Estado ou um particular 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.¹⁵⁷

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”.¹⁵⁸

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.¹⁵⁹

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

¹⁵⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 83-89.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 85.

¹⁵⁹ 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 Prinzipien im konkreten Fall gegenüber dem grundrechtlichen Prinzip ein höheres Gewicht zukommt. Man kann deshalb sagen, dass die Grundrecht als solche Beschränkungen ihrer Einschränkung und Einschränkungbarkeit sind.”.

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.¹⁶⁰

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*).¹⁶¹

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”.¹⁶²

É certo que a correlação entre mínimo existencial e conteúdo essencial dos direitos fundamentais sempre reclama exame mais detido, notadamente pelo

¹⁶⁰ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 4. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 250.

¹⁶¹ Idem.

¹⁶² MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 14.

fato de que, no âmbito de muitos dos direitos fundamentais, é possível destacar conteúdo essencial que não se transmuda em mínimo existencial.

A história 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 levado 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”.¹⁶³

Na verdade, a compreensão do homem acerca dos direitos que lhe são inerentes ainda desloca-se lentamente na direção da 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 relembra as reflexões empreendidas por Dirley Cunha acerca da necessidade de fundamentalização dos direitos humanos, posição que se coaduna com o que Bobbio, no sentido de que o grande problema dos direitos humanos, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas sim o de protegê-los.

Verifica-se, pois, a incipiente proteção que recebem determinados bens jurídicos, notadamente quanto sua violação decorre de fatores que encerram importante caráter religioso e sociocultural, o que torna ainda mais espinhoso o caminho para a solução das controvérsias, que inexoravelmente se desenvolvem no plano empírico.

Importa sublinhar 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

¹⁶³ GUÉHENNO, Jean-Marie. *O futuro da liberdade – A democracia no mundo globalizado – A democracia no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: Bertrand Brazil, 2003, p. 36.

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.

Sustenta o autor que “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”. E conclui: “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”.¹⁶⁴

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.

¹⁶⁴ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988*. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 70.

2.5 Mínimo existencial e neoconstitucionalismo

O estudo do mínimo existencial não pode ser elevado a efeito sem a devida incursão no pensamento 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.

Percepção de absoluta importância para o “projeto ser humano”, na perspectiva sartriana já exposta, mormente no sentido da construção da existência e da essência dos indivíduos.

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.

Esse cenário de complexidade faz emergir a postura classificada como 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.¹⁶⁵

Malgrado seja possível identificar posições doutrinárias que combatem esse ou aquele aspecto da sistematização proposta por Duarte¹⁶⁶, o fato é que a

¹⁶⁵ 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 validade 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 realização aproximativa de uma ideia moral’, o neoconstitucionalismo atribui às Constituições atuais, além de uma força formal de validade, 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 validade das normas jurídicas desde um grau mínimo de justificação ética.

¹⁶⁶ 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.

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.

No particular, observa-se que a noção existencialista defendida por Sartre, a partir do pensamento fenomenológico, busca justamente aplacar a crise ética que se abatia (e ainda se abate) sobre o ser humano, especialmente no tocante ao reconhecimento de sua responsabilidade sobre o destino do outro, posição que se alinha ao caminho da dignidade conduzido pela ótica neoconstitucional.

O neoconstitucionalismo, assim, 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 Bonn¹⁶⁷, de 1949 e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951, servem de

¹⁶⁷ 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.).

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 a Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente 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”.¹⁶⁸

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.¹⁶⁹

Não há espaço para o formalismo positivista no âmbito dessa abertura interpretativa, possibilitada pela adoção do “modelo prescritivo de Constituição como norma”¹⁷⁰, mormente porque resultou da importação do positivismo filosófico¹⁷¹ para

¹⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁹ “[...] 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” (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.)

¹⁷⁰ 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”.

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.¹⁷²

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.¹⁷³

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 com lastro 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.

Essas razões 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

¹⁷¹ Impõe-se destacar que essa tese de que o positivismo jurídico resultou da importação do positivismo filosófico não encontra na doutrina posição unívoca. Norberto 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, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 15).

¹⁷² 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.

¹⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 322.

estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas”.¹⁷⁴

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.”¹⁷⁵

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”.¹⁷⁶

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”.¹⁷⁷

¹⁷⁴ 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.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ 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 ideia 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 participam de uma obra valorativa e construtiva do direito positivo, abraçando também o que o no paradigma positivista pertencia à teoria da Justiça”.

¹⁷⁷ 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 o limite 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

A perspectiva neoconstitucionalista não mais se conforma com a existência de pautas sociais inseridas 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 ideias 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

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”.

“*existência de unos instrumentos jurídicos que garanticen la aplicación de la Constitución*”, a prevalência de uma cultura constitucional.¹⁷⁸

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 substancial¹⁷⁹ 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 valorativa, que se debruce sobre a situação de

¹⁷⁸ “[...] *una cultura constitucional y obliga su perpetuación, pues la Constitución democrática descansa, más que ninguna otra, no solo en las garantías políticas y jurídicas, sino sobre todo, en las garantías sociales, esto es, en la aceptación popular de la Constitución. Sin garantías jurídicas (de ahí su carácter inexorable) no hay Constitución doradura. La educación constitucional, o si se quiere la cultura política democrática, se presenta pues, como la condición necesaria para la consolidación del constitucionalismo. Pero el constitucionalismo es también una actitud, un 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 Constitución. Difícilmente podrá haber Estado constitucional sin una constitucionalización de la política y, específicamente, de la política profesional: en ese sentido, el constitucionalismo de la política no es solo un modo de <<hacerla>>. No basta, sin embargo, con la <<constitucionalizarían>> de la política, pues siendo, como es, el constitucionalismo un fenómeno sobre todo jurídico, su consolidación y desarrollo obligan a una <<constitucionalización>> también de la cultura jurídica*” (REYES, Manuel Aragón. *La Constitución como paradigma*. In: CARBONEL, Miguel (Org). *Teoría del neoconstitucionalismo – Ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007).

¹⁷⁹ 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 às 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”.

fato, ofensiva à dignidade, não só com o objetivo de conhecê-la, mas de modificá-la.¹⁸⁰

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), que envolve 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.

2.6 O direito ao mínimo existencial e a inadequada 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.¹⁸¹

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

¹⁸⁰Nelson 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.).

¹⁸¹ “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).

versam sobre o mínimo existencial – 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”¹⁸².

Andreas Krell adverte que a importação do instituto da reserva do possível é “fruto de um direito constitucional equivocado”¹⁸³, 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 Vorbehalt 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 ideias de Krell, no sentido de que “No Brasil, como em outros países periféricos, é justamente a questão analisar quem

¹⁸² 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“.

¹⁸³ 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.

possui a legitimidade para definir o que seja “o possível” na área das prestações sociais básicas face à composição distorcida dos orçamentos dos diferentes entes federativos”. E concluir: “Os problemas de exclusão social no Brasil de hoje se apresentam numa intensidade tão grave que não podem ser comparados à situação social dos países-membros da União Europeia.”¹⁸⁴

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.¹⁸⁵

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 impeditiva 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”.¹⁸⁶

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.¹⁸⁷

¹⁸⁴ Ibidem, p. 53.

¹⁸⁵ 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.

¹⁸⁶ 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.

¹⁸⁷ 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 JusPodivm, 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

Por isso mesmo, a 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 Público, 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 domínios 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

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 infrequente que decisões judiciais 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 a oportunidade 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 à vida, substituindo a ação de construção de uma estrada ou uma 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?”

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.”¹⁸⁸

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.

No mesmo ano de 2007, o Estado de São Paulo aprovou o “Protocolo para Tratamento dos portadores de Hipertensão Arterial Pulmonar – HAP”¹⁸⁹, 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, em 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 posterior 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 às 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,

¹⁸⁸ BRASIL. STF. AI 575832, Dj 25 mai. 2007.

¹⁸⁹ SÃO PAULO. Resolução SS - 321, de 30-10-2007. Disponível em < <http://www.saude.sp.gov.br>>. Acesso em: 14 set. 2010.

conscientizam o Poder Público de que a solução para os graves problemas que impedem o acesso dos cidadãos às 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”.¹⁹⁰

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.¹⁹¹

Essa é justamente a dimensão do mínimo existencial que se aperfeiçoa por meio da participação política dos indivíduos, uma vez que, se não há falar em mínimo existencial sem que haja o atendimento das condições materiais mínimas de subsistência dos indivíduos, de igual sorte, essas mesmas condições não são atingíveis em amplitude necessária se os indivíduos não estiverem suas consciências direcionadas à construção do “projeto” que é o ser humano, sob a perspectiva existencialista.

É dizer, a participação política viabiliza o necessário combate prévio aos desvios, para que seja possível a redução da atuação jurisdicional e, por conseguinte, o arrefecimento das questões que envolvem a batalha judicial do

¹⁹⁰ 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”.

¹⁹¹ 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.

mínimo existencial e da reserva do possível, em cujo âmbito, invariavelmente se encontra a subalternização do humano e a negativa da dignidade.

Trata-se da responsabilização do ser humano por seu próprio destino em sociedade.

CAPÍTULO III - A DIMENSÃO POLÍTICA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

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 ideia segundo a qual é possível preservar-se um direito individual, e assim realizar o bem de uma parte, em detrimento do bem comum”.¹⁹²

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

¹⁹² 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 realiza o bem comum, não há como realizar o bem da parte, uma vez que a parte integra a comunidade.”.

democracia participativa; e) incentivo ao autogoverno dos cidadãos; f) implementação de políticas que atenuem a desigualdade social, através da efetivação da isonomia substancial.¹⁹³

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 estatais¹⁹⁴, 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, direcionado a viabilizar a proteção ao mínimo existencial, considerada a natureza multidimensional já exposta.¹⁹⁵

3.2 O Estado é tudo que merecemos que ele seja: a vontade de Estado, a vontade geral¹⁹⁶

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

¹⁹³ AGRA, Walber de Moura. *Republicanism*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 16.

¹⁹⁴ 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 finalidades que descrevem sua razão de ser e existir”.

¹⁹⁵ Tal empresa demanda sérias reflexões prévias sobre as relações entre indivíduo, 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 extrema importância, revelou-se exorbitante ao núcleo principal da investigação.

¹⁹⁶ Com lastro nas lições de Konrad Hesse é que se constrói essa 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 protege 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 zur 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.).

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.

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 viabilizada 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”.¹⁹⁷

O Estado, portanto, surge, e somente existe, na ideia 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”.¹⁹⁸

¹⁹⁷ BURDEAU, Georges. *O Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 39-40.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 39. Na senda desta conclusão é que Burdeau delinea 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 ideia 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 ideia 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

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 ideia 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 um de nós para com o fenômeno concreto constituído pelo Poder. [...] o Estado é uma interpretação do Poder”.¹⁹⁹

A atitude intelectual referida por Burdeau pressupõe a interação de indivíduos não só capazes de compreender a realidade em que vivem, mas, de igual sorte, capazes de empreender ações tendentes a modificar cenários desfavoráveis à sociedade.

A efetiva participação política, portanto, exige que o indivíduo esteja livre de amarras físicas e psicológicas, de maneira a conseguir agir com liberdade (portanto, sem dominação) no espaço de autonomia.

A existência do ser humano no âmbito do Estado se desenvolve a partir da liberdade de direcionamento de sua consciência, de maneira que possa conduzir suas ações e delinear o seu destino e o destino da sociedade em que vive.

O fato de um ser humano viver em condições materiais mínimas não significa que ele possua mínima existência, considerando que essas condições materiais podem, inclusive, subtrair-lhe a liberdade de consciência.

Diz Burdeau que o Estado é o aquilo que merecemos que ele seja, porquanto o poder conferido à minoria governante se apoia sobre os representantes de uma sociedade nacional, para materializar na organização estatal a ideia que ela faz de Estado: “ele só pode construir à imagem do plano que é consentido pelo grupo”.²⁰⁰

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”.²⁰¹

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).

¹⁹⁹ BURDEAU, Georges. *O Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 40.

²⁰⁰ Ibidem, p. 37.

²⁰¹ Idem.

A afirmação de Perroux é lançada em sua obra, *Capitalismo e Comunidade do Trabalho*, para arrematar o seu raciocínio em torno da relação de consequência 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. Ideia 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.²⁰²

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.²⁰³

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 consequência, já que os desvios de condutas que podem marcar determinado governo, podem não ser a expressão da sociedade, mas exatamente uma ausência dela, na medida em que se obstaculiza ou subverte a liberdade de consciência.

²⁰² PERROUX, François. *Capitalisme et communauté de travail*. Paris: Librairie Du Recueil Sirey, 1938, p.264. No original: “*On aperçoit, du même coup, que l'Etat est résultante d'échanges entre les personnes en société et un système d'organisation politique sous la domination d'un personnel de gouvernants. 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 politiques qu'il faut aujourd'hui un certain effort por la redécouvrir avec sa pureté essentielle et ses exigences redoutables.*”

²⁰³ Ibidem. No original: “*Toujours, sous toutes ses formes, l'Etat est, à des degrés divers, le reflet d'une société 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 facilement de vue combien les Etats modernes, même dictatoriaux, sont plus consentis qu'autrefois.*”

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 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 a promessa de direitos básicos, tais como educação, saúde, segurança pública etc. 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 ideias 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 reinterpretação.²⁰⁴

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 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

²⁰⁴ ‘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 ideia 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.’(BURDEAU, Georges. *O Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 37-38).

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 condutas²⁰⁵, 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.

Essa sorte de violação obstaculiza a existência dos indivíduos, na medida em que alimentam a falsa percepção de que influenciam o modo de construção do Estado, mas, na verdade, não passam de verdadeira massa de manobra, dirigida por consciências “superiores”, envolvidas em um “projeto” individualista e imoral.

Saliente-se, por oportuno, que tal comportamento se reveste de gravidade ainda mais acentuada quando se identificam reflexos no campo das condições mínimas de subsistência 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, quanto 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.

Impõe-se reconhecer o flagrante desvio imposto à função do Estado que, em última análise, chega a criar uma casta superior, com privilégios, malgrado garantidos às expensas de parcela economicamente melhor situada do povo,

²⁰⁵ “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_2bv1005906.html>. Acesso em 2 jan. 2011).

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 vital e, portanto, localizam-se distante do acesso ao mínimo existencial.

Trata-se de ação arbitrária de dominação que não condiz com o conteúdo da liberdade republicana.

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 (*Übel oder Weh*)²⁰⁶.

²⁰⁶ 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 *Böse*. 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 *Böse*, 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 Vernunft*. Stuttgart: 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 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*

O resgate dessa ideia 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”.²⁰⁷

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”.²⁰⁸

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”.²⁰⁹

Somente dessa forma é possível viabilizar o surgimento da “ideia do Estado e, com ela, a própria realidade do Estado que só existe nessa ideia”.²¹⁰

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 consequência, a consecução dos objetivos do Ente político, restarão deveras comprometidos.

A consciência – na perspectiva do movimento pensado por Sartre -, pressupõe o engajamento político, a capacidade de depurar informações, de examinar condutas e empreender ações no espaço de autonomia política, sem o

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).

²⁰⁷ BURDEAU, Georges. *O Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 38.

²⁰⁸ Ibidem, 39.

²⁰⁹ Idem.

²¹⁰ Idem.

que não se pode afirmar, sob a ótica proposta, que um indivíduo existe no âmbito do Estado.

Vive, subsiste, mas não ingressou nos domínios da existência mínima, que viabilize autonomia para a construção do “projeto ser humano”, de maneira a poder ser responsabilizado pelo destino do outro.

Quanto mais liberdade, mais autonomia e maior a garantia da existência no campo do debate democrático e republicano, considerada a ausência de dominação.

3.3 Republicanismo e liberdade

3.3.1 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 nos seus representantes 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 arbitrarias.²¹¹

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.²¹²

²¹¹ 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 in many circles, probably under influence of Hannah Arendt, with a communitarian and populist approach. Such an 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”.

²¹² *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 than the right of democratic participation”.

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.²¹³

Reporta-se Pettit ao pensamento de Maquiavel para delinear a oposição liberdade-servidão, mais precisamente quando o pensador romano, ao empreender exame de contraste entre cidades livres e escravas, identifica a submissão à tirania e à colonização a formas de escravidão.²¹⁴

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”.²¹⁵

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.²¹⁶

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

²¹³ Com apoio 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).

²¹⁴ 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, he says, make very great gains*”.

²¹⁵ 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*”.

²¹⁶ AGRA, Walber de Moura. *Republicanism*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 16.

dominação é possibilitada pela ordem jurídica, já que o domínio da violência autorizada pela ordem jurídica é necessário para a garantia da paz social.²¹⁷

O que o republicanismo não admite é o ato de dominação que reduz ou retira, de maneira arbitrária, 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 das sociedades a padrões, conceitos ou ideais pré-estabelecidos”, como se os entregassem à sorte do leito de Procusto.²¹⁸

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 os resultados aguardados pela sociedade.

²¹⁷ Nesse sentido, importa invocar as lições de Adolfo Posada, que situa “*El Estado como institución de dominación*” e aduz: “*Y no se crea que esta idea es una idea vulgar, meramente. Hay quienes, empleando términos menos comprensibles, la sostienen con todo el aparato científico 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 soberanía 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 mayoría de las doctrinas que los periódicos desarrollan, y que va encubierto en los programas de los partidos, y verá que es muy corriente considerar el Estado: 1º como el poseedor de las cárceles, de los fusiles e cañones, de la guarda civil, de la riqueza social por el impuesto, y el que por la expropiación forzosa se apodera, à nombre del interés público, de la propiedad 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 Derecho Privado, 1933, passim.)

²¹⁸ 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 escondiam não apenas características iminentes 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/opiniaophp?id_materia=7961>. Acesso em: 14 set. 2010.)

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 é ainda o amor à frugalidade”.²¹⁹

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.

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

E essa percepção depende de uma consciência minimamente livre de amarras físicas e psicológicas; vale dizer do ingresso do ser humano no campo da existência mínima para que possua a capacidade de compreender e defender o interesse público.

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

²¹⁹ 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.

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”.²²⁰

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”.²²¹

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”.²²²

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 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 Democrático²²³, em especial para o exercício do pluralismo e defesa da própria

²²⁰ AGRA, Walber de Moura. *Republicanism*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 23.

²²¹ Idem.

²²² Idem.

²²³ 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

sociedade²²⁴, 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.²²⁵

É preciso reconhecer que, em um Estado assolado pela crise moral na política, a liberdade de imprensa é, por diversas vezes, subvertida e se transfaz em instrumento para favorecimento de interesses individuais escusos.

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

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. 2013.

²²⁴ 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. 2013.

²²⁵ 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 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.

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.”.²²⁶

Posada refere à representação como “maneira de obrar o Estado”. “O indivíduo 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.”.²²⁷

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”. 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”.²²⁸

²²⁶ ATALIBA, Geral. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 13.

²²⁷ Ensina Posada que: “*El fenómeno, rigurosamente sociológico, de la condensación de la obra colectiva del Estado, en un individuo, miembro suyo, en cual, al verificar el acto del Estado, se convierte en su órgano, constituye la base en que descansa la representación política. 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, manifiesta concretamente su actividad mediante sus representantes, puede decirse que el Estado obra por representación. La representación, además 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 jurídicamente*”. (POSADA, Adolfo. *Ciência Política*. Barcelona: Sucesores de Manuel Soler: 1902, p. 100-101).

²²⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 262.

O que se espera também é a seguinte consequência 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”.²²⁹

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.

E esse grau de dominação somente é removido a partir da formação de indivíduos conscientes de seu papel na sociedade, de sua responsabilidade com o outro, porquanto os governantes não vêm de Marte.

Em Montesquieu, colhe-se a ideia 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”.²³⁰

Se o cenário é adverso, como ocorre no Estado brasileiro, onde que a representação política encontra-se contaminada por interesses individuais subalternos, há que se operar um longo processo de transformação, que exige hercúleo esforço para 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 à representação sofre deformações oligárquicas [...]”.²³¹

²²⁹ ATALIBA, Geral. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 14.

²³⁰ 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.

²³¹ SANTOS, Marcelo Fausto Figueiredo. *Teoria Geral do Estado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 128.

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 materiais básicas à subsistência humana.

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 ao avanço social.

Perpetua-se, pois, o cenário de pobreza e inacessibilidade aos bens mais mezinhos da vida, o que, por consequência, 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.

De outra perspectiva, o acesso a esses bens, malgrado logre retirar o indivíduo do estado de pobreza, atendendo ao seu mínimo vital, a política pública respectiva vem acompanhada de um discurso de dominação, que vincula a capacidade prestacional do Estado a determinado grupo político, circunstância que escraviza o ser humano na sua própria consciência, impedindo a sua livre manifestação e, por conseguinte, maculando o seu projeto de existência.

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.

Considerando que o republicanismo não deve admitir qualquer sorte de dominação arbitrária, seja ela de indivíduo sobre indivíduo, grupo sobre indivíduo, fornecedor sobre consumidores, etc., impõe-se reconhecer 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.

Posicionamento político livre e não dominado que não será jamais alcançado se o indivíduo estiver sob o efeito de discursos demagógicos, que vinculam a capacidade de prestar do Estado a este ou àquele grupo de poder, influenciando negativamente a formação da consciência, de maneira a macular a sua existência no âmbito da sociedade e do Estado.

A remoção dessa influência negativa é pressuposto inexorável para a efetivação do mínimo existencial; vale dizer, para o desenvolvimento do indivíduo, consubstanciado no “movimento para fora”, referido por Sartre, tendente à construção de uma existência e de uma essência humana responsável.

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”.²³²

²³² 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.

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 consequências deste ultraje à liberdade política atingem 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”.²³³

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.

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

²³³ GUÉHENNO, Jean-Marie. *O futuro da liberdade – A democracia no mundo globalizado – A democracia no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: Bertrand Brazil, 2003, p. 41

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 determina 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 transformação da postura política do Povo, que, neste caminho, passa depender severamente das instâncias contramajoritárias, que, 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.

3.4 Democracia e Constitucionalismo: A difícil convivência em tempos de baixa moralidade política

A afirmação de que o Judiciário atua contramajoritariamente é algo de razoável estabilidade teórica nos meandros da doutrina, uma vez que cediço que enquanto o Legislativo e Executivo é formado a partir de um processo democrático, o Judiciário sustenta a sua legitimidade diretamente na Constituição.

Sob a orientação do princípio republicano, estatuído no art. 1º, da Constituição Federal, considerada a tríade que o sustenta – vale dizer, a eletividade, a temporariedade dos mandatos e a responsabilidade –, é possível afirmar que os

dois primeiros elementos encontram-se desconexos da investidura do Juízes, todavia, o ultimo, sobretudo no que se relaciona aos domínios do *accountability*²³⁴, representa o ponto de toque entre os três órgãos da República.

Agir com responsabilidade traspassa a simples noção de possibilidade de ser responsabilizado pelos seus atos, já que a responsabilização em sentido estrito é algo de natureza predominantemente repressiva, inabilitada, portanto, para evitar lesão a bens jurídicos. Trata-se, no campo do Estado, de orientação que pretende representar a necessidade de conduta moralmente adequada à coisa pública, justamente na perspectiva da cultura milenar chinesa, segundo a qual “a base da vida social é o preceito moral (*li*), que só é acompanhado pelo jurídico (*fa*) quando o indivíduo não é tão virtuoso a ponto de se ater espontaneamente aos ditames da moral”.²³⁵

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 precípua de buscar no ordenamento completo o texto correspondente ao fato levado à sua apreciação; pelo

²³⁴ Malgrado a ausência de correspondência terminológica no vernáculo, o termo *accountability* encontra uma conceituação suficiente na obra de Andreas Schedler, para quem: “*Rather than denoting one specific technique of domesticating power, it embraces three different ways of preventing and redressing the abuse of political power. It implies subjecting power to the threat of sanctions; obliging it to be exercised in transparent ways; and forcing it to justify its acts. I treat the first dimension under the heading "enforcement" and sum to the last two dimensions under "answerability". The three aspects together - enforcement, monitoring and justification - turn political accountability into a multifaceted enterprise that copes with a considerable variety of actual and potential abuses of power.*”. Tradução própria: “Ao invés de denotar uma técnica específica de domesticar o poder, envolve três maneiras diferentes de prevenção e correção do abuso de poder político. Implica sujeitar o poder à ameaça de sanções; obrigá-lo a ser exercido de forma transparente; e forçá-lo a justificar seus atos. Eu trato a primeira dimensão sob o título “*enforcement*” e aglutino as duas outras dimensões sob o signo “*responsabilização*”. Os três aspectos juntos - monitoramento, *enforcement* e justificação - transformam a responsabilidade política em uma empresa multifacetada, apta a lidar com uma variedade atual e potencial de formas de abuso de poder.”. (SCHEDLER, Andreas. In: SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F. *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*. London: Lynne Rienner Publishers, 1999. p. 14.

²³⁵ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Trad.: Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 501.

que empreendia, assim, operação (já que não se podia propriamente falar em juízo) de natureza meramente subsuntiva.

Indaga-se: qual deveria ser então a complexidade da função judicante, que, 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?²³⁶

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.

Ricardo Maurício Freire Soares refere à substituição do otimismo moderno no progresso científico pelo ceticismo no tocante à capacidade de a ciência resolver os grandes problemas mundiais. Destaca a refuta da crença na plena objetividade do conhecimento, bem com a aproximação dentre sujeito e objeto. O trabalho do cientista é, portanto, condicionado pela história e pela cultura. A verdade é sempre fruto de uma interpretação.²³⁷

Nesse sentido, o intérprete, portanto, é dotado de “posição prévia (*vorhabe*)”²³⁸, “visão prévia (*vorsicht*)”²³⁹ e “concepção prévia (*vorgriff*)”²⁴⁰ – vale

²³⁶ 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 sideral. 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.

²³⁷ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica Jurídica e Interpretação*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 46.

²³⁸ “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. Petrópolis: 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

dizer, pré-compreensões. “Os 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.²⁴¹

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 wesentlich durch Vorhabe, Vorsicht and Vorgriff fundiert. Auslegung ist nie ein voraussetzungsloses Erfassen eines Vorgegebenen*).²⁴²

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”.²⁴³

Opera-se, pois, a virada “hermenêutica”, “linguística” (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.

ist, tritt sie wieder in das unabgehobene Verständnis zurück. Und gerade im diesem Modus ist sie wesenhaftes Fundament der alltäglichen, umsichtigen Auslegung“. (HEIDEGGER, Martin, *Sein und Zeit*. Tübingen, Max Niemeyer Verlag, 2006, p. 150.).

²³⁹ “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 Eingenüllten 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).

²⁴⁰ 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 original: “Die Auslegung kann die dem auszulegenden Seienden zugehörige Begrifflichkeit aus diesem selbst schöpfen oder aber in Begriffe zwingen, denen sich das Seiende gemäss seiner Seinsart widersetzt”. (Ibidem).

²⁴¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 368.

²⁴² HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 211; HEIDEGGER, Martin, *Sein und Zeit*. Tübingen, Max Niemeyer Verlag, 2006, p. 150.

²⁴³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 497, 504.

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 âmbito, por muitas vezes, se revelam inumanas²⁴⁴ as razões de desejar, demandar e, até mesmo, decidir?

Saulo 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”.²⁴⁵

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

²⁴⁴ 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, constringidos, 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 consequência 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.).

²⁴⁵ Idem.

proporcionalidade, conferiria 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.²⁴⁶

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.²⁴⁷ A distinção estaria na circunstância de que os princípios possuem caráter deontológico e os valores caráter axiológico.²⁴⁸

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 exsurtem 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.

²⁴⁶ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 4. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 75-76).

²⁴⁷ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 4. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 125. No original: „[...] zum anderen korrespondiert der gradweisen Erfüllung von Prinzipien die gradweise Realisierung der Werten.

²⁴⁸ Ibidem, p. 133. No original: „Prinzipien und Werten unterscheiden sich also nur wegen ihres einerseits deontologischen und andererseits axiologischen Charakters“.

Em *constitucionalismo discursivo*, Alexy expõe a impugnação daqueles que denomina “cépticos da ponderação”, como, por exemplo, Habermas e Schlink, que que a ponderação “ ‘porque para isso faltam critérios racionais’, deve efetivar-se ‘ou arbitrariamente ou irrefletidamente, segundo modelos e 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.²⁴⁹

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, deságue-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.

²⁴⁹ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. 2. ed. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 133.

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 “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.²⁵⁰

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

²⁵⁰ ROBERT, Alexy. *Constitucionalismo Discursivo*. 2. ed. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 132-133.

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 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 definida 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.²⁵¹

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

²⁵¹ 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. 2013.

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 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.

3.5 Cidadania, República e o direito ao mínimo existencial

Em uma pesquisa que pretende demonstrar a maior amplitude do mínimo existencial, representada pelo pressuposto da participação política, não se pode prescindir de examinar a questão da cidadania.

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.

3.5.1 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”.²⁵²

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 delimite postulados passíveis de conformar posições e situações gerais e aplicáveis ao estudo²⁵³

²⁵² REIS, Elisa. Cidadania: história, teoria e utopia in: PANDOLFI, Dulce Chaves et al. Cidadania, justiça e violência. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

²⁵³ “[...] 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

Desde Hobbes, com quem se aprende que o homem vive em conflito entre o seu estado de natureza²⁵⁴ – entendido enquanto a liberdade individual e o poder de tomar suas próprias decisões, obedecendo unicamente seus juízos e razão – até Marshall, que divide a cidadania em três elementos: o civil, o social e o político²⁵⁵, 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?"²⁵⁶

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.²⁵⁷

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.²⁵⁸

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

²⁵⁴ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

²⁵⁵ MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 63-65.

²⁵⁶ DAHRENDORF, Ralf. *Sociedade e liberdade*. Brasília, UnB, 1981.

²⁵⁷ MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 63-65.

²⁵⁸ 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

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 participação do indivíduo na riqueza coletiva: o direito à educação, ao trabalho, à saúde, dentre outros.²⁵⁹

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”²⁶⁰

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 – além, é claro, como não poderia deixar de ser, dos direitos políticos”.²⁶¹

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

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”.

²⁵⁹ PINSKY, Jaime. *Introdução*. In: In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). *Historia da Cidadania*. São Paulo: Contexto, 2008.

²⁶⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 273.

²⁶¹ Idem.

mundos diferentes, com sociedades distintas, nas quais pertencimento, participação e direitos têm sentidos diversos”.²⁶²

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.²⁶³

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.²⁶⁴

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.²⁶⁵

Há que se destacar que a cidadania grega – marcada por círculo restrito – guarda severas diferenças em relação aos romanos, já que em Roma votavam

²⁶² 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: “Começamos 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 circunstâncias, parcial e genérica, consciente das perdas que acarreta para o entendimento de cada caso particular.

²⁶³ FUNARI, Pedro Paulo. *A cidadania entre os romanos*. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). *Historia da Cidadania*. São Paulo: Contexto, 2008.

²⁶⁴ Idem.

²⁶⁵ Idem.

pobres e mesmo libertos.²⁶⁶ 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.²⁶⁷

A cidadania no Estado democrático de direito e de justiça social²⁶⁸ não admite restrições arbitrárias à opinião dos indivíduos²⁶⁹, tampouco à participação dos cidadãos na esfera pública pluralista, fato que impõe ao Estado o dever de proporcionar condições para que esta opinião/participação se efetive.

3.5.2 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.

²⁶⁶ Idem.

²⁶⁷ Idem.

²⁶⁸ 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.).

²⁶⁹ 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 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 *opinionum omnium* (‘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.).

A 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 maior presença do Estado, a fim de que seja garantida 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 deem as mãos –, para se tornar uma questão política, essencial à 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 Vattimo ²⁷⁰

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. ²⁷¹

²⁷⁰ “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”(VATTIMO, Gianni. *As aventuras da diferença*. Lisboa: Edições 70, 1980, p. 104).

²⁷¹ 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,

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.²⁷²

Por isso mesmo, conclui Habermas que, “malgrado a falta de um consenso substancial sobre os valores, fundado em uma visão de mundo amplamente aceita na sociedade, as pessoas mantêm o apelo às crenças e padrões morais, com a compreensão individual de que devem ser compartilhados por todos.”. Aduz, ainda que, “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 na vida cotidiana como na política e ainda mais no âmbito das controvérsias constitucionais.” Concluir, portanto, que “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”.²⁷³

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

der allen Bürgern ohne Ansehen ihrer kulturellen Herkunft, religiösen Überzeugung und individuellen Lebensführung gleiche Freiheiten sicher”.

²⁷² 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).”

²⁷³ 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 *modus vivendi* ausreichen würden, streiten sich die Leute über moralische 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 moralisches Bewusstsein oder einen Sinn für Gerechtigkeit, der über weltanschauliche Grenze hinweg operiert, während sie gleichzeitig lernen, weltanschauliche Differenzen als Quelle vernünftiger Meinungsverschiedenheiten zu tolerieren.”

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 ideia 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 legítima, regular com os meios do direito positivo a sua convivência.²⁷⁴

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.

O Estado de Direito e de Justiça Social é aquele que discrimina, para igualar,²⁷⁵ 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 Madrugá 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”. Portanto, “o princípio isonômico não se restringe a vedar discriminações. É preciso mais. Necessita-se efetivar o mandamento constitucional. Tornar possível não só ao cidadão comum

²⁷⁴ 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. ”.

²⁷⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, passim.

ver realizado os preceitos jurídicos-formais já estabelecidos, como ainda pôr em prática o que a Constituição taxou como substancialmente igualitário”.²⁷⁶

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 diretamente 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 “[...] 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*).²⁷⁷

Impõe-se, como quer Wolkmer, considerar um pluralismo vinculado à síntese de todos os interesses cotidianos individuais e coletivos²⁷⁸, afastando-se os desvios que representam a constitucionalização simbólica²⁷⁹ e ampliando as indagações referentes ao exame dos valores sociais na construção e implementação

²⁷⁶ SILVA, Sidney Pessoa Madruga da. *Discriminação positiva e ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 53.

²⁷⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989, p. 12.

²⁷⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001, passim.

²⁷⁹ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, passim.

do direito.²⁸⁰ 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”.²⁸¹

Perspectiva, ressalvada os distintos caminhos epistemológicos perseguidos pelos autores, absolutamente convergente com o pensamento de Husserl e com o existencialismo de Sartre, como alhures examinado. É dizer, considerar seriamente o “projeto” que é o ser humano, o que enseja a consequência de colocar todo homem em posse daquilo que ele é, e fazer repousar sobre ele a responsabilidade total por sua existência, bem como pela existência de todos os outros homens.

3.5.3 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.²⁸²

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.²⁸³

²⁸⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1972, passim.

²⁸¹ 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”.”.

²⁸² AMARTYA, Sen. *Development as Freedom*. New York: Anchor Books, 1999, p.17.

²⁸³HÖFFE, Otfried. *Wirtschaftsbürger, Staatsbürger, Weltbürger – Politische 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

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.

Trata-se de condições materiais mínimas de subsistência, a partir do qual o ser humano avança para a construção de sua existência.

Antes de alcançadas essas condições, que integram a noção de 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.

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 Gerechtigkeit 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 herzustellen 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 Leistungsbereitschaft 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, sob a perspectiva dos direitos sociais, do conteúdo do direito 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”.²⁸⁴

Adverte que “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.”²⁸⁵

Indaga, no sentido de delinear a concepção da cidadania em sentido amplo: “Trata-se somente de melhorar as condições de seleção funcional que toda sociedade realiza, para que não seja falseada por contingências sociais de

²⁸⁴ GUÉHENNO, Jean-Marie. *O futuro da liberdade – A democracia no mundo globalizado* – A democracia no mundo globalizado. Rio de Janeiro: Bertrand Brazil, 2003, p. 37

²⁸⁵ “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 legítima; sobre esta questão, direita e esquerda não se opõem quanto aos 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”(GUÉHENNO, Jean-Marie. *O futuro da liberdade – A democracia no mundo globalizado* – A democracia no mundo globalizado. Rio de Janeiro: Bertrand Brazil, 2003, p. 38).

nascimento – mas que sejam aceitas as contingências genéticas?”; II) Aceitamos as desigualdades da natureza por não sabermos como corrigi-las ou por elas conterem uma verdade diante da qual nos inclinamos?; III) A loteria genética é mais legítima do que a loteria social? ²⁸⁶

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 materiais mínimas de subsistência 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 ideias como o único princípio de organização do mundo globalizado”.²⁸⁷

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

²⁸⁶ Idem.

²⁸⁷ GUÉHENNO, Jean-Marie. *O futuro da liberdade – A democracia no mundo globalizado* – 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 às determinações da natureza”. (idem).

sociedade pacífica e tolerante, sonho que ele sabia inatingível, mas que consubstanciava reação contra a corrupção, a injustiça e a subalternização das classes menos favorecidas que marcavam a sociedade de sua época.²⁸⁸

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.²⁸⁹

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

²⁸⁸ 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.

²⁸⁹ José Ferrater Mora delinea 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 una 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 muchos 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, con 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 les 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. *Diccionario de Filosofía*. Bueno Aires: Montecasino, 1967, p. 862).

A imensa minoria se traduz em milhões de brasileiros discriminados e lançados à própria sorte a uma seleção fundada no darwinismo 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 Madrugá, 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”.²⁹⁰

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.²⁹¹

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.²⁹²

Esse cenário explica o pensamento reducionista que vincula o mínimo existencial aos direitos sociais.

Repise-se: o atendimento das necessidades materiais mínimas para uma subsistência digna não preenche o complexo elenco de interações exigíveis para que o indivíduo possa ingressar no campo da existência, reconhecida pelo Estado, de maneira a atuar, de maneira livre (sem dominação), para modificar a realidade em que vive.

²⁹⁰ SILVA, Sidney Pessoa Madrugá da. *Discriminação positiva e ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 82.

²⁹¹ GUÉHENNO, Jean-Marie. *O futuro da liberdade – A democracia no mundo globalizado – A democracia no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: Bertrand Brazil, 2003, p. 40.

²⁹²Idem.

CAPÍTULO IV – O MÍNIMO EXISTENCIAL NO ESPAÇO AUTÔNOMO DE PARTICIPAÇÃO POLÍTICA

4.1 Sociedade em rede. O espaço de autonomia: cyberspace e espaço urbano

Considerada a complexidade que marca o atual estágio das sociedades, o mínimo existencial não deve ter seu exame adstrito a determinadas categorias de direitos, dimensões ou classificações. Trata-se, portanto, em essência, de um conjunto de condições mínimas que garantem o avanço do ser humano no campo da dignidade, em sua verificação prática, pelo que as definições e classificações apriorísticas naufragam na tentativa de delimitar determinado campo de incidência.

As reflexões sobre o engajamento político na construção do Estado republicano e democrático servem de alicerce para a percepção de necessidade premente da formação política do indivíduo, em cujo âmbito não só se debate o acesso às informações seminais à edificação do pensamento, mas o próprio interesse em se obter estas informações, que, por sua vez, emana da consciência de importância de sua atuação na implementação de mudanças sociais.

A noção de republicanismo como um espaço em que a liberdade se constrói a partir do conceito de não dominação, não admite que, por vias oblíquas, manipule-se a liberdade de pensamento, a partir de uma política direcionada a preencher as necessidades vitais, permeada de argumentos dominadores da consciência do povo.

A existência digna pressupõe, dessarte, o estado de integração social e política do indivíduo, livre de amarras que possam submeter a consciência ao domínio de outros, de maneira a limitar ou modificar a liberdade de escolha e o posicionamento social.

Ao se afirmar que todo poder emana do povo, expressão que, malgrado o caráter formal de que se reveste, objetiva-se implementar o sentimento de que o próprio povo é responsável pelos desígnios da sociedade que integra, não obstante as condições existenciais em que se encontre.

Ora, é nítida a contradição em termos. Se o pretenso detentor do poder é manipulado no seu exercício, por evidente que há uma submissão que macula a sua titularidade, quando não a transfere. E isso é perceptível na medida em que a representação política se transfaz em mera peça de adorno, porquanto exercida em violação aos limites firmados no espaço democrático.

Em suas mais recentes reflexões, Manuel Castells aponta para as implicações dos movimentos sociais para o espaço, considerada a sua autonomia, bem com a natureza histórica destes movimentos, direcionada precipuamente à implementação de modificações sociais, deflagrados sempre por uma ação emocional, que se difunde por meio da comunicação entre sujeitos distintos.²⁹³

A forma de organização, comunicação e implementação prática depende precipuamente da cultura e do ambiente institucional da sociedade na qual se desenvolve, bem como do particular contexto espacial.

Estabelece uma dicotomia de aproximação entre mudanças sociais e mudanças espaciais, que, a seu juízo, são inseparáveis. Seguem inexoravelmente juntos, em interação, em uma relação de mútuas consequências.

Irrompem no mundo globalizado uma série de movimentos que, muitas vezes, não possuem sequer uma liderança. Simplesmente surgem da indignação com o cenário político, marcado pela corrupção, pelo desvio de representação, e difundem-se por meio de redes sociais, tomam as ruas, o espaço urbano, com uma agenda que persegue alteração do cenário social.

O que se observa no estandarte de frente de todos esses movimentos, independentemente da cultura, das estruturas institucionais e do cenário político, é o predomínio do signo “dignidade”, representada pela irresignação contra a injustiça social, marcada pela humilhação diária na vida dos indivíduos, perpetrada pelas instâncias políticas, que se desviam das promessas forjadas no espaço democrático, para favorecer interesses individuais, desvirtuados da noção de vontade geral.

Outra marca desses movimentos é a sua natureza em rede, proporcionada pela atual plataforma tecnológica da internet, pelos softwares de comunicação instantânea, que viabilizam uma interação imediata e o desenvolvimento rápido de sua organização.

²⁹³ CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

A participação nesses movimentos, todavia, pressupõe tão somente a denominada inclusão digital? O fato de se ter acesso ao bem de consumo? Obviamente que não.

A compreensão da natureza das reivindicações, que demanda um certo nível de conhecimento do cenário político-social, apresenta-se como fundamental à legitimidade e força dos movimentos, que representam a própria busca da identidade cidadã, do espaço de dignidade no âmbito do instrumentalismo estatal, severamente marcado pelo dilapidar da coisa pública.

A autonomia da comunicação conduz à autonomia na organização dos movimentos, todavia, a contaminação desta comunicação emana da ausência ou desvio de informação obtida no espaço social. Informação dificultada ou distorcida pelas instâncias governamentais – ou privadas, em seu projeto de ascensão ao poder –, cuja postura conduz, outrossim, ao desinteresse de significativa parcela do povo em relação à agenda de transformação social.

Muitos desses movimentos são deflagrados por entidades de representação social, cuja missão tem sido reiteradamente desvirtuada, para, justamente, servir a fins particulares. É dizer, lideranças sindicais, estudantis, de associações, desenvolvem a sua suposta ação de combate ao *status quo* ao falacioso argumento da defesa dos interesses de classe.

O espaço de autonomia, portanto, não é ocupado por cidadãos conscientes de seu papel, mas por indivíduos manipulados pelo poder persuasivo de “líderes”, que, por sua vez, encontram-se, não raro, vinculados a instâncias estatais corruptas, engajados em um projeto de poder que não interessa à sociedade, mas que, por ignorância, encontra nesta mesma sociedade o seu apoio.

Não é possível reconhecer a efetiva existência de um indivíduo imerso e dominado em um cenário dessa natureza.

O acesso às condições dignas de vida não corresponde ao acesso às condições dignas de existência, sobretudo porque a ocupação dos espaços de autonomia pressupõe o desenvolvimento de uma consciência social e política, que viabilize a inserção no debate democrático.

Dessa forma, a ilusória inserção digital, limitada a políticas públicas de matiz econômica, tendentes a viabilizar o mero acesso ao espaço de debate, constituem verdadeiros caminhos de ilusão, que ensejam a falsa percepção da inclusão.

Como sustentam De Mattos e Chagas, “a capacidade de compreensão e a possibilidade de se utilizar efetivamente todas as potencialidades oferecidas pelas tecnologias de informação e Comunicação são bastante diferenciadas na população brasileiras, dado o alto grau de desigualdade na educação formal das pessoas.” Levantam os autores o que denominam “diferença (cognitiva)”, para sustentarem que “os dados de ampliação da inclusão digital no Brasil na verdade não retratam uma realidade tão positiva como parecer sugerir a fria análise das estatísticas”. Concluem: “ou seja, não se pode captar – pela forma como as estatísticas de inclusão digital têm sido reveladas – se de fato a ampliação do número de pessoas conectadas à internet significa que essas pessoas estão percebendo um acesso qualificado às Tecnologias de Informação e Comunicação e se de fato este acesso tem promovido uma melhoria significativa na qualidade de vida dessas pessoas”.²⁹⁴

Forçoso reconhecer que não será a tecnologia da informação que poderá viabilizar a qualificação dos indivíduos no cyberspaço de autonomia. Em verdade, essa qualificação há de ser prévia, desenvolvida no espaço urbano de debate, empreitada que traz como pressuposto a viabilidade de um engajamento político efetivo e livre.

Assim, o denominado governo eletrônico, por meio do qual se pretende viabilizar maior interação do cidadão no espaço governamental, não passa de uma ferramenta inútil, de fachada, diante da ausência de preparo do cidadão, cujas posições de vida são facilmente manipuladas por dados desvirtuados, tendentes a simular um fomento a participação popular por meio das novas tecnologias de informação e comunicação.

Impõe-se, portanto, construir uma consciência social que permita a formação de uma representação política efetiva, vigiada e controlada pelo povo, capaz de se defender e coibir as práticas malfazejas que desvirtuam a finalidade do Estado.

Esse objetivo somente se efetiva a partir do reconhecimento da existência dos indivíduos no cenário político, representada pelo desenvolvimento do projeto de emancipação e responsabilidade.

²⁹⁴ DE MATTOS, Fernando Augusto Mansor; CHAGAS, G. *Desafios para a inclusão digital no Brasil. Perspectivas em Ciência da Informação*, v. 13, n. 1, p. 67-94, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pci/v13n1/v13n1a06.pdf> Acesso em: 21/05/14

4.2 A formação da representação política no Estado republicano

Firmou-se a ideia de que mínimo existencial não deve guardar relação de exclusividade com qualquer categoria de direitos e, como examinado, também não se confunde com o mínimo vital; antes consubstancia, em essência, conjunto de condições mínimas (materiais e espirituais) que garantem o avanço do ser humano no campo da dignidade. Por isto mesmo, insusceptível de definição apriorística.

Dessa forma, impõe-se 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.

O desvirtuamento da representação política é, *de per se*, uma violação ao mínimo existencial, considerado os impactos no desenvolvimento do Estado, especialmente no tocante à sua capacidade de efetivar as prestações necessárias à subsistência dos indivíduos.

Assim, o mínimo existencial, malgrado não se confunda, relaciona-se com a missão primordial do Estado de preservação dos membros da comunidade no patamar mínimo de subsistência, 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.

Exige-se a defesa do interesse público e a remoção dos objetivos privados que naturalmente marcam os interesses na representação política.

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.

4.3 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”²⁹⁵, 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 coloca em significativa distância dos reais fins do republicanismo.

Ser representante do povo no Estado republicano significa, antes de tudo, doação da individualidade em benefício do bem comum.

²⁹⁵ BURDEAU, Georges. *O Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 37.

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 Ente político?

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 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 presença 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 manutenção 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 1988²⁹⁶, 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.

²⁹⁶ 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.).

A propósito, cumpre lembrar 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.

Nessa perspectiva é que se encontram diversos instrumentos que, sob o comando da Constituição, são vazados em leis infraconstitucionais, tal como é a ainda recente 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”²⁹⁷.

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”.²⁹⁸

É de clareza solar a estreita relação entre o mínimo existencial, a eletividade e a representação.

²⁹⁷ SILVA NETO, Manoel Jorge da. *O Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional*. São Paulo: LTr, 1999, p. 69.

²⁹⁸ Em voto proferido no julgamento do registro de candidatura de Joaquim Roriz. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/OpinioPublica/inc/senamidia/notSenamidia.asp?ud=20100923&datNoticia=20100923&codNoticia=463300&nomeOrgao=&nomeJornal=Correio+Braziliense&codOrgao=47&tipPagina=1>>. Acesso em: 15 jan. 2011.

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.

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 angústia 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 das 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 convívio 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 consequência, 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 referir, em caráter meramente exemplificativo, 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.²⁹⁹

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.

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.

²⁹⁹ I) 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); II) 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); III) 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).

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.

Indaga-se, portanto, considerando que a lista de gestores responsáveis por desvios de recursos é divulgada em diversos sítios da internet, notadamente os mantidos pelos Tribunais de Contas e pelo Ministério Público, qual o percentual do eleitorado – integrante, portanto, do povo político – preocupa-se em acessar tais informações para utilizá-las na sua atuação no espaço democrático?

Essa ausência de interesse daqueles que sabem da existência dessas informações, combinada com um contingente ainda maior de indivíduos que a desconhecesse, representa exatamente uma forma de alienação, que, nada obstante, não é, sequer de longe, a mais grave a se desdobrar no espaço de atuação democrática.

O que se observa, de forma reiterada, é a recondução ao poder de indivíduos que demonstraram, de forma explícita, que seu único objetivo é o vilipêndio da máquina pública para preencher seus objetivos particulares.

Dessa forma, o eleitor que sufraga um candidato desta estirpe compromete a sua própria existência, na medida em que negligencia a sua responsabilidade com os outros, fazendo soçobrar o “projeto ser humano” descrito por Sartre.

A incapacidade do povo de construir uma boa representação política, faz sobrelevar a necessidade de atuação do Estado Juiz.

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 a alguém em situação precária de saúde, circunstância que conduz o debate ao campo do mínimo existencial, considerada a sua restrita relação com os direitos sociais.

Nada obstante, 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.

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 ideia de que a Administração Pública detém

superioridade em face do indivíduo ou, pior ainda, que conforma sempre a atividade das pessoas.”³⁰⁰

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 mezinhos da vida e que deveriam ter sido postos ao seu alcance pelo Ente estatal.

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’”.³⁰¹

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.

³⁰⁰ 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”.

³⁰¹ 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 JusPodivm, 2009, p. 39-60.

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.

Cumprê, 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).*

Assim, na hipótese de candidato que houvera 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 pretense 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.³⁰²

Malgrado a gravidade do ilícito cometido, o Tribunal Regional Eleitoral da Bahia houve por deferir o registro de candidatura³⁰³

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 extrato de ata referente ao julgamento em destaque:³⁰⁴

³⁰² 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. 2013.

³⁰³ Registro de registro de candidatura. Impugnação. Alegação de que o impugnado estaria envolvido na chamada “Máfia das Ambulâncias”, objeto de apuração *pela* 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. 1º, 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. 1. Julga-se improcedente a impugnação, por entender que a aplicação das alterações trazidas pela Lei Complementar nº 135/2010 às condenações a ela anteriores malferem 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). (BRASIL. TRE-BA. Requerimento de Registro de Candidatura n. 1886-41.2010.6.05.0000).

³⁰⁴ 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

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.³⁰⁵

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.³⁰⁶

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.”

³⁰⁵ “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, conseqüentemente, 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 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.”

³⁰⁶ “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 subseqüentes ao término da legislatura.”]. Considerara o fato de o

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.

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.³⁰⁷

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)

³⁰⁷ 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 “proibidade 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 suficientes 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 vassallos, 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. (grifou-se).

A ausência de aplicação da Lei Complementar 135/2010 no âmbito das Eleições/2010, fundada em suposta limitação constitucional, ensejou negativa de proteção ao direito à representação idônea e excesso de proteção ao direito político passivo de candidatos absolutamente predadores da coisa pública.

De modo a minimizar esse cenário, reconheceu-se posteriormente a natureza retroativa da Lei – que para muitos defensores da individualidade imoral, possuiria natureza penal –, o que permitiu que nas Eleições seguintes, especialmente em 2014, fossem afastados indivíduos com vida pregressa notoriamente enodada por práticas espúrias.

Uma observação digna de atenção refere-se ao fato de que a pressão dos segmentos sociais responsáveis pela construção da Lei da Ficha Limpa foi absolutamente decisiva para que se chegasse a um resultado importante na luta pela preservação da coisa pública.

Essa ação somente pode emanar de indivíduos com a consciência de seu papel no âmbito do Estado, em relação aos quais é possível dizer que há existência e não somente sobrevivência ou vida.

A sedução acadêmica que conduz ao desejo de 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”, conforme destacado no voto referenciado.

A discussão sobre o espaço de construção democrático, representado pelas Eleições, é de severa importância para o núcleo da pesquisa, sobretudo porque, ao fim e ao cabo, a participação política tem seu ápice no exercício do sufrágio, momento em que o nível de consciência e informação dos eleitores deverá determinar continuísmo ou mudança nas práticas naufragantes decorrentes de atos de corrupção e desgoverno.

Repise-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 constitui 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 subsistência, 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 “investe” 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 vilipêndio 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, no sentido de obstaculizar a permanência no poder daquele que “somente se elegeu porque lançou mão de artifícios vedados pelo Direito”³⁰⁸

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.³⁰⁹

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

³⁰⁸ “[...] 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.” (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 mai. 2013).

³⁰⁹ “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 scarce 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. 2013.

que se refere à capacidade de prestar do Estado, justamente nos segmentos em que mais se observam violações ao mínimo existencial.³¹⁰

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 [...]”³¹¹

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”.³¹²

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.

É oportuno referir ao ocorrido no Distrito Federal, nas Eleições 2014, para se perceber como a alienação política compromete a existência.

³¹⁰ “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. Habituação – 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%, 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 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%. (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: 12 jul. 2014.)

³¹¹ Ibidem.

³¹² Ibidem.

O candidato que teve seu registro indeferido por práticas nacionalmente divulgadas, alusivas a desvio de recursos, que contribuiu para o sucateamento da saúde naquela Unidade Federativa, ocupava, isolado, o primeiro lugar nas pesquisas pré-eleitorais.

Não fosse o indeferimento do seu registro, com base na Lei Complementar 135/2010, pelo Tribunal Superior Eleitoral, a tendência é que ele seguiria a sua estrada de corrupção política.

É dizer, se a existência pressupõe responsabilidade por si e pelos outros, o fato é que a maioria dos eleitores do Distrito Federal viviam, subsistiam, ainda de indignamente, mas não existiam em sua mínima dimensão.

O cenário revela a absoluta necessidade de atuação jurisdicional no âmbito eleitoral, tendente a proteger o mínimo existencial.

Saulo Casali, em lição 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”. Atribui tal cenário ao “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”. Complementa: “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.”³¹³

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.”³¹⁴

³¹³ 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.

³¹⁴ POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Harvard: Harvard 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.”.

Talvez 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, Posner adverte que justamente porque o comportamento é motivado pelo desejo, temos que considerar o que os juízes querem. Defende 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.³¹⁵

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.

³¹⁵ POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Harvard: Harvard 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.”

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.³¹⁶

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 consanguíneos, 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.”.³¹⁷

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 está 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 que “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”.³¹⁸

³¹⁶ ROSENN, Keith S. *O Jeito na Cultura Jurídica Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 26-28.

³¹⁷ ROSENN, Keith S. *O Jeito na Cultura Jurídica Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 28-29.

³¹⁸ “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).” (BAHIA, Saulo José Casali. *Jeito e Corrupção*. Jornal da AJUFER, BRASÍLIA, 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 emergja 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.³¹⁹

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.

Eliana Calmon afirma que “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”. Conclui: “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”.³²⁰

³¹⁹ 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.

³²⁰ Coragem e competência para superar desafios. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano XIV, n. 332, Nov. 2010.

A construção de uma República à luz da liberdade como não dominação, como nas referenciadas ideias 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.

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.

Esses indivíduos votam, mas não existem politicamente, já que atuam vinculados a existências alheias e dominadoras, conduzidos como massa de manobra a depositarem algo que não é extraído de suas próprias consciências. Não são capazes de responsabilizar-se pelos demais e, por conseguinte, não logram influenciar para estruturar as bases morais da sociedade e do Estado.

Na verdade, o julgamento deveria ocorrer nas urnas, todavia a ausência de cultura constitucional ou, antes, a ausência de condições materiais de subsistência, 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, que 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 justificção 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”.³²¹

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 redundava 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.”³²²

No âmbito da Justiça Eleitoral, bem assim das decisões que envolvem a investidura em cargos eletivos, o princípio da segurança jurídica apresenta-se deveras enfraquecido, especialmente em decorrência da volatilidade das decisões, das inovações legislativas casuísticas, dos distintos posicionamentos adotados pelas diversas instâncias, do volume de processos, bem como por força da constante alteração na formação das Cortes Eleitorais.

A constante alternância das posições judicantes, aliado à garantia dos mandados – corolário do republicanismo – termina por ensejar a manutenção no cargo de indivíduos que não possuem qualquer idoneidade para o exercício da representação política, em absoluto prejuízo das minorias, mormente aquele segmento do povo que encontra-se à margem dos direitos sociais mínimos, em uma manutenção de *status quo*, que interessa àqueles que desejam se manter no poder.

Esse estado de coisas deve ser objeto de amplo debate político, do qual somente podem participar aqueles que possuem a mínima capacidade de

³²¹ ROSENN, Keith S. *O Jeito na Cultura Jurídica Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 97.

³²² BAHIA, Saulo José Casali. Jeito e Corrupção. *Jornal da AJUFER*, BRASÍLIA, p. 7, 01 mar. 2010.

compreender os desdobramentos nefastos que os desvios de representação podem ensejar na capacidade de prestar do Estado.

A representação política é uma missão de elevada importância na construção de um Estado democrático e republicano, razão pela qual a Constituição exige a investigação da vida pregressa daquele que pretende alcançar o exercício do poder, de maneira a proteger a coisa pública e eventuais desvios futuros.

A compreensão dos impedimentos que tornam um indivíduo inapto à representação política é absolutamente imprescindível para que seja possível o exercício pleno da cidadania, circunstância que demanda a participação qualificada do indivíduo nos espaços de autonomia.

Nesse sentido, é de se reconhecer que o alijamento ou o conhecimento desvirtuado de informações conduzem à alienação e à submissão do pensamento, o que limita a liberdade dos indivíduos e compromete a sua existência.

É dizer que, em uma sociedade politicamente ativa, sob a ótica substancial, as eventuais falhas de interpretação na filtragem de candidaturas durante o processo eleitoral deveriam ser supridas pela ação do eleitor, bem engajado, informado - cidadão político e social, no pleno e qualificado exercício de sua missão com integrante da sociedade -, por meio da repulsa nas urnas.

O que se sustenta, pois, é que o mínimo existencial pressupõe a viabilidade de participação política do indivíduo, cuja qualificação dependerá do seu grau de conhecimento e compreensão do cenário em que está inserido.

Os obstáculos à formação dessa consciência livre, considerados o seu grau, vilipendiam o mínimo existencial, na medida em que será a partir da atuação livre que o indivíduo poderá interferir para modificar a sociedade em que vive e, por via de consequência, avançar para preencher seus próprios objetivos.

O estado dominação também está presente, portanto, quando decisões são adotadas por órgãos estatais, cujo conteúdo os indivíduos não possuem a capacidade de assimilar, seja para com elas concordar ou dissentir.

Esse obstáculo à compreensão é que produz as massas manipuladas e, portanto, a violação ao mínimo existencial.

CAPÍTULO V – ALIENAÇÃO POLÍTICA NO CONTEXTO BRASILEIRO: AS VIOLAÇÕES AO MÍNIMO EXISTENCIAL

5.1 A subalternização do princípio da moralidade e a frágil cultura constitucional.

As reflexões vazadas no presente capítulo se orientam a consolidar o pensamento desenvolvido durante toda a pesquisa, no sentido de que, no atual estágio de complexidade em que se situa as sociedades, a existência dos indivíduos não pode ser reconhecida a partir de um arcabouço mínimo de direitos sociais, vocacionados a garantir-lhes uma subsistência ou uma vida digna, sob o aspecto material.

A participação política, portanto, é elemento fundamental da noção de existência, justamente por permitir que o indivíduo possa atuar no sentido de modificar um *status quo* de dominação, que, inclusive, pode não o submeter, mas submete significativa parcela do povo, em relação ao qual cada cidadão deve se considerar responsável.

Essa cruzada é marcada por abismos.

Com efeito, até mesmo inovações como as implementadas pela Lei n. 135/2010, decorrentes de um movimento popular marcado pela consciência política, podem sofrer subversão tendente a reduzir-lhe a efetividade aguardada, de maneira a fazer periclitarem a proteção normativa que se destina a garantir a higidez da República, em especial no tocante à formação do Estado.

Inequívoco que, em se tratando de matéria constitucional, representa flagrante ofensa à supremacia da Constituição submeter um de seus dispositivos, dotado de eficácia plena e aplicabilidade imediata, integrante da primeira dimensão dos direitos fundamentais, à vontade do legislador ordinário, em flagrante interpretação conforme inversa, e com isso extrair norma que decorre de nítida mutação inconstitucional.

Malgrado seja evidente o óbice teórico, o fato é que, na prática, a ofensa aos princípios de interpretação constitucional, sobretudo no tocante às possibilidades hermenêuticas, não é algo de difícil identificação.

Tome-se, para exame, Acórdão prolatado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos da MC n. 16.932/PE, do qual se colhe entendimento no sentido de que, por força do art. 1º, I, I, da LC n. 64/90 (introduzido pela LC n. 135/2010), apenas a condenação por improbidade administrativa, que resulte de ato doloso do agente público e que “cumulativamente, importe em comprovado dano (prejuízo) ao erário e correspondente enriquecimento ilícito”, é apta a ensejar a suspensão dos direitos políticos.

Essa linha de compreensão tem sido constantemente tomada por paradigma na formulação de teses defensivas perante os Juízes e Cortes Eleitorais, os quais, muitas das vezes, recepcionam aludido entendimento e afastam a incidência do art. 15, V, da Constituição da República, para manter no cargo “representantes do povo”, condenados por ato doloso de improbidade administrativa, cuja sentença traz em seu dispositivo a imposição de suspensão de direitos políticos.

Subalternizam-se, portanto, os princípios vilipendiados por atos de improbidade, tomando-se por fundamento tão somente a dimensão material da conduta, considerados o dano e o enriquecimento, como se a imoralidade somente pudesse ser reconhecida quando presente o prejuízo financeiro.

Trata-se, pois, de tentativa antirrepublicana a imprimir uma interpretação meramente filológica do art. 1º, I, I, da LC n. 64/90, a incidir sobre o art. 15, V, da Constituição da República, transformando o seu sentido e alcance, reduzindo-lhe o escopo protetivo, como se houvesse autorização para empreender verdadeira interpretação conforme inversa.

Essa empresa possui, a toda evidência, fins antidemocráticos, que atentam contra o Estado constitucional, uma vez desenvolve uma interpretação que que, subliminarmente, coloca dispositivos infraconstitucionais em patamar normativo superior ao da própria Constituição.

Não raro os Tribunais são provocados para examinar a suspensão de direitos políticos, determinada em sentença transitada em julgado, **em data anterior às respectivas Eleições**, circunstância que, considerada a sua natureza constitucional, autoriza, inclusive, o manejo do Recurso Contra a Expedição do Diploma.

A cassação do diploma nessas circunstâncias encontra-se no campo do *boni juris* em um cenário que revela a vontade da Constituição, especialmente à luz do princípio da máxima efetividade.

Saliente-se que referido princípio, malgrado tenha sua origem ligada à tese da atualidade das normas programáticas, sobretudo invocado no campo dos direitos fundamentais, que necessitam de atuação infraconstitucional, apresenta-se operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais.³²³

No caso, o art. 15, V, da CR, consubstancia norma autoexecutável, de aplicabilidade imediata, mandamento constitucional que busca preservar o Estado Democrático de Direito, que já traz em seu conteúdo a ponderação de valores, tendente a proteger os direitos subjetivos dos cidadãos, na medida em que exige a ocorrência de coisa julgada para a incidência da suspensão dos direitos políticos.

Cediço que, no campo da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais, não há que se confundir regulação com restrição. Assim, a Lei n. 8429/92, estabelece, em seu art. 12, a aplicação da pena de “**suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos**”, para os casos de **atos de improbidade administrativa que atentem contra os princípios da administração pública**, elencados no art. 11, do mesmo Diploma.

Trata-se, portanto, de dispositivo que delinea hipóteses em que incidirá a norma extraída do art. 15, V, da CR, cujo reforço normativo encontra-se na própria Constituição, no art. 37, § 4º, que prevê que os atos de improbidade administrativa importarão a **suspensão dos direitos políticos**, a **perda da função pública**, a **indisponibilidade dos bens** e o **ressarcimento ao erário**, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da sanção penal cabível.

Nessa perspectiva, exigir a ocorrência, sobretudo concomitante, de “dano (prejuízo) ao erário e correspondente enriquecimento ilícito”, para os fins da suspensão dos direitos políticos, constitui interpretação que submete referida norma constitucional a um processo de “interpretação conforme inversa”, subvertendo princípios e submetendo a Constituição a preceitos infraconstitucionais, mais especificamente ao art. 1º, I, I, da LC n. 64/90.

³²³ GOMES CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1224.

Ocorre, todavia, que no âmbito da Justiça Eleitoral, bem assim das decisões que envolvem a investidura em cargos eletivos, o princípio da segurança jurídica apresenta-se deveras enfraquecido, especialmente em decorrência da volatilidade das decisões, das inovações legislativas casuísticas, dos distintos posicionamentos adotados pelas diversas instâncias, do volume de processos, bem como por força da constante alteração na formação das Cortes Eleitorais.

A constante alternância das posições judicantes, aliado à garantia do dos mandados – corolário do republicanismo – termina por ensejar a manutenção no cargo de indivíduos que não possuem qualquer idoneidade para o exercício da representação política, em absoluto prejuízo das minorias, mormente aquele segmento do povo que encontra-se à margem dos direitos sociais mínimos, em uma manutenção de *status quo*, que interessa àqueles que desejam se manter no poder.

Esse estado de coisas deve ser objeto de amplo debate político, do qual somente podem participar aqueles que possuem uma consciência mínima para compreender os desdobramentos nefastos que os desvios de representação podem ensejar na capacidade de prestar do Estado.

A representação política é uma missão de elevada importância na construção de um Estado democrático e republicano, razão pela qual a Constituição exige a investigação da vida pregressa daquele que pretende alcançar o exercício do poder, de maneira a proteger a coisa pública e eventuais desvios futuros.

A compreensão dos impedimentos que tornam um indivíduo inapto à representação política é absolutamente imprescindível para que seja possível o exercício pleno da cidadania, circunstância que demanda a participação qualificada do indivíduo nos espaços de autonomia.

Nesse sentido, é de se reconhecer que o alijamento ou o conhecimento desvirtuado de informações conduzem à alienação e à submissão do pensamento, o que limita a liberdade dos indivíduos.

É dizer que, em uma sociedade politicamente ativa, sob a ótica substancial, as eventuais falhas de interpretação na filtragem de candidaturas durante o processo eleitoral deveriam ser supridas pela ação do eleitor, bem engajado, informado - cidadão político e social, no pleno e qualificado exercício de sua missão com integrante da sociedade -, por meio, v.g., da repulsa nas urnas.

O que se sustenta, pois, é que o mínimo existencial pressupõe a capacidade de efetiva participação política do indivíduo, cuja contribuição dependerá do seu grau de conhecimento e compreensão do cenário em que está inserido.

Os obstáculos à formação dessa consciência livre, considerados o seu grau, vilipendiam o mínimo existencial, na medida em que é a partir da atuação livre que o indivíduo poderá interferir para modificar a sociedade em que vive e, por via de consequência, avançar para preencher seus próprios objetivos.

O estado de dominação também está presente, portanto, quando decisões são adotadas por órgãos estatais, cujo conteúdo os indivíduos não possuem a capacidade de assimilar, seja para com elas concordar ou dissentir.

O discurso demagógico, tendente a escamotear os verdadeiros propósitos que subjazem às promessas dos “representantes” do povo pode ser revelado por sua vida pregressa, por eventos passados ou, até mesmo, pelo histórico do grupo político ao qual está integrado.

A incapacidade de perceber a dominação, conduz a uma falsa sensação de liberdade, que aponta para um futuro incerto, compatível com massas manipuladas, que, malgrado vivas e subsistentes, seguem desprovidas do mínimo existencial.

5.2 A participação política e a emancipação do cidadão

A tese de que o direito ao mínimo existencial não se limita ao preenchimento de um conjunto de direitos sociais ganha mais força quando se constata a possibilidade de que políticas públicas, denominadas inclusivas, produzam aparente efetividade, todavia, em verdade, conduzam parcela significativa dos destinatários ao campo da alienação social e política.

Advirta-se que, no caso brasileiro, cuja degradação moral na política é algo impassível de questionamento, este estado de dominação não constitui mera possibilidade, mas de uma realidade diuturnamente enfrentada.

Decerto que não se pretende lançar críticas desmedidas às ações afirmativas, porquanto é necessário reconhecer que constituem providências absolutamente indispensáveis para a realização da isonomia material, sobretudo em

um Estado que conta com significativa parcela do seu povo sobrevivendo fora dos limites mínimos de subsistência digna.

Nada obstante, não se pode deixar de compreender que muitas dessas ações afirmativas consubstanciam verdadeiros remédios para doenças sociais e, portanto, como tais, devem ter caráter temporário e serem administrados por tempo suficiente até que a patologia esteja eliminada.

Em outros termos, devem subsistir até que um único indivíduo delas necessite, todavia outras políticas devem ser desenvolvidas para que, ainda que em visão utópica, um dia elas não sejam mais necessárias.

Em regra, referidas ações são orientadas à redução do nível de pobreza de determinada parcela do povo, especialmente aquela que se encontra em patamar de necessidades extremas, padecendo com a ausência de condições mínimas de subsistência, como a falta de alimentação, o que faz projetar esses indivíduos à categoria de severos excluídos sociais.

Essa forma de exclusão produz um conjunto de indivíduos facilmente manipuláveis, sobretudo sob o ponto de vista político, submetidos que ficam à ação mercantilista que contamina o espaço democrático, mormente durante o período eleitoral.

De outra perspectiva, o programa social que se destine a eliminar o flagelo da fome em determinada comunidade produz um outro desdobramento nefasto, qual seja a sensação de dependência absoluta, cenário que interessa aos ocupantes dos postos eletivos governamentais, acompanhados de seus corpos administrativos, que constroem em seu favor uma verdadeira massa dominada por necessidades básicas.

Não bastasse, a ausência ou debilidade de ações que objetivem produzir a autonomia individual e familiar projetam os beneficiários desses programas a um estado de dependência ainda mais grave, representado pela circunstância (na verdade um objetivo do dominador) de jamais sair daquela condição, servindo, inclusive, de estímulo, para que outros desejem se qualificar como beneficiários.

Seja por uma perspectiva, seja por outra, o que se observa é que, se de um lado, programas dessa natureza se prestam a libertar o indivíduo de uma amarra física, de outro, o submete à dominação psicológica e à alienação política.

É dizer, a um só tempo, removem uma das violações ao mínimo existencial, representado pelo preenchimento de uma necessidade vital, e

submetem o indivíduo a um estado de dominação, maculando sua liberdade de pensamento e, portanto, vilipendiando a sua existência.

Produzem uma falsa sensação de libertação, porque os livram, ao menos temporariamente, da fome, todavia os aprisionam ao vincularem a continuidade da benesse à permanência no poder daquele que reclama ser seu implementador, que se coloca como indispensável e único alicerce, cuja remoção ocasionaria o desmoronar do edifício estatal prestador.

É dizer, o Estado, que deve ser marcado pela impessoalidade, passa a ter rosto, a ter nome. Em verdade, passa a ter a cara feia, descrita por Burdeau.

Produz, assim, uma falsa representação da realidade, que aliena, exclui e impede a emancipação do indivíduo.

Decerto que não é possível impedir que esse cenário se descerre, o problema é permitir que se alastre, que se perenize.

Enquanto esse estado de coisas subsistir, a dependência se estabelece e a alienação tende a recrudescer. A exclusão social cede espaço para a exclusão política, que se amplia e se justifica, sobretudo porque a inclusão política demanda a liberdade de consciência, de expressão do pensamento, a liberdade – para repisar Pettit – “sem dominação”.

Em circunstâncias como tais, o indivíduo vive, subsiste, mas tem a sua existência severamente maculada, porquanto se a liberdade de pensamento e expressão política é conteúdo essencial da cidadania plena, sem a qual o indivíduo é apenas mais um a somar em um contingente de alienação.

Soçobra, portanto, o projeto “ser humano”, delineado por Sartre, pelo que a essência que desabrocha (empreendida a redução eidética de Husserl) revela-se meramente quantitativa, o que impede o indivíduo de construir o que ele deve ser, porquanto obstaculiza aquele movimento, “para fora”, da consciência, que deveria delinear o “ser humano” a partir do “nada”.

A essência, portanto, malgrado biológica e, até mesmo, sentimentalmente humana, apresenta-se inumana, sob o aspecto consciencial, qualitativo, uma vez que desprovida da responsabilidade por si e pelo outro, que deveria ser traduzida na ação, ou na possibilidade de ação, para modificar o *status quo* dominante.

Na mesma perspectiva se colocam programas governamentais de outra natureza, como aqueles que, ao argumento do compensar desmandos históricos,

facilitam o acesso de indivíduos a planos sociais, por meio de trilhas menos difíceis, sem lhes prover as condições necessárias para o seu desenvolvimento.

Não se pode descurar que o mercantilismo que enodoa o cenário acadêmico brasileiro, decorrente da insuficiência estatal, que permite o inunda de instituições particulares com fins meramente lucrativos, já é suficiente para promover uma inclusão de um grande contingente de indivíduos que enfrentarão severas dificuldades para alcançar seus objetivos.

As políticas de cotas, mal implementadas e deficitárias, recrudescem esse cenário, e permitem a falsa sensação de inclusão, porquanto submetem indivíduos à literal peregrinação nos bancos das universidades, considerada a ausência de formação básica suficiente para o bom atendimento do curso.

Assim, não raro, transformam-se em verdadeiros pedintes, peregrinando por entre os professores à mercê de um ato de bondade que os possa aprovar.

Essa submissão decorre do abandono, da ausência de percepção de que não basta “empurrar” as pessoas para os campos universitários, mas que se impõe promover as condições necessárias para que elas possam dignamente se desenvolver.

Sem adentrar no acerto ou desacerto dessas políticas, porquanto aqui referenciadas apenas como mais um exemplo de dominação, é indiscutível que o ingresso deve ser diferenciado, facilitado, consideradas as questões histórico-sociais, mas essa facilitação deve vir acompanhada de um aparato que permita ao indivíduo, ao cotista, o perfeito desenvolvimento do curso e a capacitação para dignamente concluí-lo.

Em outras palavras, não basta promover a igualação no ingresso, impõe-se viabilizá-la no desenvolvimento.

Veja-se, portanto, que a ação afirmativa tendente a preencher um déficit de acessibilidade de um direito, direcionada portanto à efetividade do mínimo existencial, promove, por outro lado, a violação deste mesmo mínimo, ensejando, não raro, verdadeiras frustrações e submetendo os indivíduos a cenários muitas vezes degradantes no seio da comunidade acadêmica em que, supostamente, encontra-se inserido.

A inserção, portanto, é mais do que o acesso. A inserção pressupõe condições dignas de permanência, desenvolvimento e conclusão.

Essas reflexões práticas, aliadas àquelas outras já vazadas no decorrer desta investigação, permitem que se compreenda que viver dignamente e diferente de existir dignamente.

O reconhecimento da existência digna, preenchido o requisito do mínimo existencial, pressupõe que o indivíduo, além de ter acesso aos direitos básicos, considerada as suas necessidades, tenha condições para desenvolver suas habilidades de maneira digna, sem submissões ou dominações, que possa emancipar-se e acessar informações fidedignas e idôneas a contribuir para a sua compreensão de mundo e torná-lo apto a interferir qualitativamente na construção do Estado em que vive.

5.3 A cidadania entendida apenas na perspectiva da dimensão econômica do consumo

A premissa de que a existência é um construído a partir de um “nada” - vale dizer, de uma “consciência”, dirigida ao conhecer e tendente a delinear uma “essência”, um *eidos*, que se renova e se projeta a cada experiência, a cada movimento – constitui, como amplamente destacado, um dos pilares desta pesquisa.

Essa posição traz por corolário a participação política ou engajamento político como um conjunto de ações que integram esse movimento existencial, marcado pela responsabilidade de cada indivíduo, considerado o seu estágio evolutivo, em relação ao “projeto”, que é o “ser humano”, que, como visto, na perspectiva existencialista, não envolve tão somente a responsabilidade por sua individualidade, mas, de igual sorte, por todos os demais “homens” (seres humanos).

A existência se desenvolve a partir de uma tríplice perspectiva: previsões normativas, atuação do Estado e atuação do indivíduo.

Um dos severos problemas da ordem jurídica nos dias atuais é a carência de efetividade, cenário que só encontrará otimização diante de uma atuação conjunta do Estado, da sociedade e do indivíduo, ação que encontra enorme obstáculo na ausência de responsabilidade com a coisa pública.

E um dos graves problemas que macula o indivíduo é a ausência de uma consciência da sua importância na construção da sociedade republicana. Vale dizer, da necessidade de construção de uma existência tendente a conferir maior densidade à sua dignidade, que, por conseguinte, envolve a capacidade de influenciar o seu próprio destino, de modificar situações e redirecionar o caminho do Estado, que naufraga em meio a interesses individualistas e particularizados que comprometem o “projeto ser humano”.

Essa crise ética que marca Estado brasileiro favorece a perpetuação ou o recrudescimento da ausência de liberdade, da dominação, da demagogia (na perspectiva aristotélica), que impossibilita a estabilização das bases republicanas, sobretudo no tocante à busca da igualdade material.

A seu turno, a ilusão do “ter”, do “consumo” conduz a uma falsa impressão de liberdade, na medida em que o aprisionamento ocorre justamente pela possibilidade de ter e consumir. Vale dizer, o domínio econômico compromete a existência, porquanto uns poucos “compram” a consciência das multidões que, nas palavras de Soares, percebem a vida tão somente pela dimensão econômica do consumo.

Nesse cenário, não há violação à subsistência, por que restam garantidas as condições materiais mínimas, até mesmo, com algum excesso. De igual sorte, não se observa violação ao viver, uma vez que as pessoas são livres para desenvolver seus sentimentos e aproveitar os momentos que a vida pode proporcionar.

O que se observa, todavia, nesse estado de subsistência e vida é a completa dominação psicológica, que limita a orientação mental dos indivíduos, subtraindo-lhes, sem que percebam, a liberdade republicana, no que se perfaz um modelo contemporâneo de escravidão, de natureza subliminar, consubstanciada precipuamente no falso sentimento de liberdade.

É nesse cenário, pois, que se observa a mácula à existência.

Por sua vez, consciência vendida pode representar, e tem representado no atual estágio da sociedade brasileira, comprometimento das condições básicas de subsistência de significativa parcela do povo, considerada a permanência do *status quo* de dominação, o que conduz a um ciclo recursivo de violações à dignidade da pessoa.

Mínimo existencial, portanto, na perspectiva aqui defendida, se relaciona com um estágio em que o indivíduo se encontra em condições materiais e espirituais (conscienciais) mínimas de reduzir a dominação – o que representa ampliar a liberdade – na sociedade em que vive. E essa mudança somente pode ocorrer por meio de uma efetiva participação política, de um engajamento político, que não se reduz às filiações partidárias, à participação em eleições, à participação em entes comunitários etc.

Essas participações constituem tão somente meios que, como todo meio, tem seus resultados, em alguma medida, vinculados a um fim. E o problema é justamente o “fim”. Por isso mesmo é que, com explorado em parte específica desta pesquisa, a ampliação do espaço de participação com a implementação da denominada “inclusão digital” está longe de representar um aumento da qualidade de participação política dos indivíduos, tendente a influenciar a atuação do Estado.

A existência, reconhecida como responsabilidade por si e pelos outros, pressupõe a consciência de que a proteção da coisa pública deve ser o “fim” almejado na construção ou reconstrução do Ente político, movimento hoje obstaculizado por uma grave crise de moralidade.

Relembre-se, por oportuno, que foi em meio a uma severa crise de moralidade, na qual naufragava a Europa, que Sartre desenvolveu seu pensamento, a partir de uma concepção fenomenológica que serviu de base para a melhor compreensão do ser humano e sua essência, construída – sem adentrar o eventual dissenso no pensamento dos autores – a partir da existência.

Com efeito, considerada as práticas cada vez mais sofisticadas de dominação empreendidas por grupos políticos que tão somente objetivam a ascensão ou manutenção do poder, em uma postura moral subalterna, o índice de redução de pobreza possui cada vez menor idoneidade para servir de base para a aferição da desigualdade no Estado brasileiro.

A ausência de sério lastro econômico-social das políticas públicas implementadas conduz a uma falsa sensação de que indivíduos, antes acometidos pelo flagelo da miséria, teriam migrado para uma condição social mais digna, de maneira a permitir-lhes o acesso a bens mezinhos da vida e, até mesmo, a outros não essenciais à sobrevivência.

Por isso mesmo, a tese de que o direito ao mínimo existencial não se limita ao preenchimento de um conjunto de direitos sociais ganha mais força quando

se constata a possibilidade de que políticas públicas, denominadas inclusivas, produzam aparente efetividade, todavia, em verdade, conduzam parcela significativa dos destinatários ao campo da alienação social e política, a consubstanciar uma perspectiva de mundo unidirecional, fundada na dimensão econômica do consumo.

As consequências práticas dessa proposta de modificação na arquitetura jurídica do mínimo existencial são inegavelmente positivas para a construção de um espaço de liberdade, igualdade e solidariedade, aqui compreendidos sob o mando dos movimentos constitucionalistas, sobretudo do constitucionalismo do futuro³²⁴.

É uma questão de mudança de orientação mental, de elevação dos padrões de consciência, para que se possa compreender que o futuro de uma sociedade política está cada vez mais a depender da postura moral assumida por seus integrantes, estejam eles representantes ou representados.

³²⁴ DROMI, José Roberto. *La reforma constitucional: el constitucionalismo del porvenir*. In *El derecho público de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana*. Madrid: Fundación BBV, 1997.

CONCLUSÃO

O discurso vazado nesta tese encontra-se absolutamente comprometido com a noção de que, enquanto a vida e sobrevivência podem se desenvolver em isolamento, a existência pressupõe a inter-relação, a inserção, a inclusão do ser humano em um conjunto de práticas e condições que viabilizem o reconhecimento de sua individualidade, ainda que em mínima dimensão de dignidade, considerada, outrossim, a existência de semelhantes.

O ser humano é capaz de sobreviver sozinho, pode viver sozinho, ser feliz. São posturas ou situações individuais. Porém, para existir, o espírito humano depende de reconhecimento, de interação, de responsabilidades.

Nessa perspectiva é que se buscou desincumbir do ônus de demonstrar que a qualificação da vida como existência depende do preenchimento de certas condições e da viabilização de determinadas práticas, de maneira que a contemporânea arquitetura jurídica do mínimo existencial, reconhecido com uma categoria vinculada aos direitos sociais, necessita de releitura, sobretudo diante da severa complexidade que tem progressivamente marcado a vida em sociedade.

A compreensão da essência multidimensional do mínimo existencial se ajusta à complexidade das relações sociais contemporâneas e permite resgatar o indivíduo de amarras psicológicas, que o conduzem a um estado de dominação, de verdadeira escravidão do espírito.

Cuida-se de compreender o mínimo existencial como direito 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 efetivo ingresso e permanência do ser humano no campo da dignidade.

A existência, nesse sentido, é um projeto, construído a partir do movimento, “para fora”, da consciência humana, tendente a compreender 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 o forte combate às interferências legítimas, tendente a garantir a liberdade dos indivíduos, de outro.

Essa nova concepção de existência no espaço republicano é inspirada pelas interações proporcionadas pela postura fenomenológica, estilo de pensamento

que privilegia 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*.

Essa postura, permite a instalação da noção existencialista, que conduz ao reconhecimento do “projeto” de ser humano, cuja responsabilidade extrapola a própria existência para alcançar a existência do demais seres humanos, marcada pela capacidade de influenciar na modificação de estados de dominação que maculam a vida em sociedade.

Nessa perspectiva é que as reflexões sobre o engajamento político na construção do Estado republicano e democrático servem de alicerce para a percepção de necessidade premente da formação política do indivíduo, em cujo âmbito não só se debate o acesso às informações seminais à edificação do pensamento, mas o próprio interesse em se obter estas informações, que, por sua vez, emana da consciência de importância de sua atuação na implementação de mudanças sociais.

A noção de republicanismo como um espaço em que a liberdade se constrói a partir do conceito de não dominação, não admite que, por vias oblíquas, manipule-se a liberdade de pensamento, a partir de uma política direcionada a preencher as necessidades vitais, permeada de argumentos dominadores da consciência do povo.

A existência digna pressupõe, dessarte, o estado de integração social e política do indivíduo, livre de amarras que possam submeter sua consciência ao domínio de outros, de maneira a limitar ou modificar a liberdade de escolha e o posicionamento social.

Assim é que, o desvirtuamento da representação política é, *de per se*, uma violação ao mínimo existencial, considerado os impactos no desenvolvimento do Estado, especialmente no tocante à sua capacidade de efetivar as prestações necessárias à subsistência dos indivíduos.

Dessa forma, o mínimo existencial, malgrado não se confunda, relaciona-se com a missão primordial do Estado de preservação dos membros da comunidade no patamar mínimo de subsistência, 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 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.

Indivíduos subsistentes e vivos sufragam, mas não existem politicamente, já que atuam vinculados a existências alheias e dominadoras, conduzidos como massa de manobra a depositarem algo que não é extraído de suas próprias consciências, mas de consciências alheias. Não são, portanto, capazes de responsabilizar-se pelos demais e, por conseguinte, não logram influenciar para estruturar as bases morais da sociedade e do Estado.

O alijamento ou o conhecimento desvirtuado de informações conduzem à alienação e à submissão do pensamento, o que limita a liberdade dos indivíduos e compromete a sua existência.

No estágio de complexidade em que se situa as sociedades, a existência dos indivíduos não pode ser reconhecida a partir de um arcabouço mínimo de direitos sociais, vocacionados a garantir-lhes uma subsistência ou uma vida digna, sob o aspecto material.

A participação política, portanto, é elemento fundamental da noção de existência, justamente por permitir que o indivíduo possa atuar no sentido de modificar um *status quo* de dominação, que, inclusive, pode não o submeter, mas submete significativa parcela do povo, em relação ao qual cada cidadão deve se considerar responsável.

Um dos graves problemas que macula o indivíduo é a ausência de uma consciência da sua importância na construção da sociedade republicana. Vale dizer, da necessidade de construção de uma existência tendente a conferir maior densidade à sua dignidade, que, por conseguinte, envolve a capacidade de influenciar o seu próprio destino, de modificar situações e redirecionar o caminho do Estado, que naufraga em meio a interesses individualistas e particularizados que comprometem o “projeto ser humano”.

Essa crise ética que marca Estado brasileiro favorece a perpetuação ou o recrudescimento da ausência de liberdade, da dominação, da demagogia (na perspectiva aristotélica), que impossibilita a estabilização das bases republicanas, sobretudo no tocante à busca da igualdade material.

No sentido proposto, subsistir e viver integram o existir. Assim é que, a subsistência e a vida em sociedade estão a depender da existência de indivíduos conscientes de sua responsabilidade para com a formação do Estado, capazes de influenciar no desenvolvimento e difusão de práticas republicanas, o que implica uma mudança de postura na vida privada, de maneira a viabilizar o resgate e a construção de valores elevados.

Os consectários desse posicionamento, dessa postura mental, que conduz ao alargamento do conceito de “mínimo existencial”, apresentam-se na exigência de maior rigor no controle da atuação e responsabilização dos representantes do povo, bem como na construção de filtros cada vez mais eficazes no processo eleitoral, de maneira a impedir que indivíduos que já demonstraram seu descaso com a coisa pública sejam alçados ou reconduzidos ao poder.

Trata-se de um movimento em defesa dos fundamentos da República, cujo sucesso está a depender da efetiva participação política dos indivíduos, da conscientização de sua responsabilidade pelos *outros*.

Cuida-se, por fim, da reconstrução de bases éticas na sociedade e na política, tendente à redução do sofrimento de grande parcela do povo brasileiro, cuja luta pelo subsistir ainda representa uma longa jornada até o livramento das amarras da dominação, que faz soçobrar a liberdade republicana, obstaculiza a construção da própria existência e, por conseguinte, incapacita o indivíduo para a efetiva participação no processo de mudança da realidade político-social.

REFERÊNCIAS

- 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 Grundproblem 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. São 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 JusPodivm, 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 Cacaís, 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 Sovereignty: 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.
- CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.
- _____. *Redes de Indignação e Esperança: movimentos sociais na era da internet*. São Paulo: Paz e Terra, 2013.
- _____. *O Poder da Identidade*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- 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*, 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

_____. *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 JusPodivm, 2009.

_____. *Neoconstitucionalismo e novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: um suporte axiológico para a efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais*. In: CUNHA JUNIOR, Dirley da; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. (org). *Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2007,

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.

DANTAS, Miguel Calmon. *Direito Fundamental ao Máximo Existencial*. Tese de Doutorado – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

DE LUCAS, Javier. *El futuro de la ciudadanía 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.

DE MATTOS, Fernando Augusto Mansor; CHAGAS, G. *Desafios para a inclusão digital no Brasil. Perspectivas em Ciência da Informação*, v. 13, n. 1, p. 67-94, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pci/v13n1/v13n1a06.pdf>.

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.

DROMI, José Roberto. *La reforma constitucional: el constitucionalismo del por venir*. In *El derecho publico de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana*. Madrid: Fundación BBV, 1997.

DWORKIN, Ronaldo. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

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.

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. *Diccionario 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 Antônio 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.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo : Abril Cultural, 1983. Coleção Os Pensadores.
- HÖFFE, Otfried. *Wirtschaftsbürger, Staatsbürger, 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 phänomenologischen Philosophie*. Hamburg: Felix Meiner, 1976.
- _____. *Die phänomenologische Methode*. Stuttgart: Reclam, 2007.
- _____. *La filosofía como ciencia estricta*. Tradução de Elsa Tadernig. Buenos Aires: Editorial Nova.
- _____. *Meditaciones cartesianas*. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 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 Öffentlichen Rechte*. Freiburg: Adamant Media Corporation, 2006,
- KANT, Immanuel. *Kritik der praktischen Vernunft*. Stuttgart: 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.
- KROHLING, Aloisio; KROHLING, Beatriz Stella Martin. *Ética rizomática e teoria crítica do direito internacional dos direitos humanos*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). 5(1): 82-92 janeiro-junho 2013.
- KROHLING, Aloísio. *Ética, moral: protótipos epistemológicos*. In: _____ (Org.). *Ética e a descoberta do outro*. Curitiba: CVR, 2010.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. RJ: Editora Líber Júris, 1985.
- LÉVINAS, Emmanuel. *Descobrendo 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 Universitaires de France, 1954.
- MABBOTT, J.D. *O Estado e o cidadão – uma introdução à filosofia política*. Rio de Janeiro: Zahar, 1968.
- 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 constituciones 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 Augusto. *O Método Fenomenológico da Pesquisa*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2004.

- MORIN, Edgard. *Ciência com Consciência*. Tradução de Maria D. Alexandre 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: Librairie Du Recueil 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
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrecht Staatsrecht II*. 16., neubearbeitete Auflage. Heidelberg: Müller, 2000.
- 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*. Harvard: Harvard 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.
- RAWS, John. *A Theoru of Justice*. USA: Harvard College, 1921.
- 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 Constitución como paradigma*. In: CARBONEL, Miguel (Org). *Teoria del neoconstitucionalismo – Ensayos escorridos*. 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.
- 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/opiniaof.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.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Hermenêutica Jurídica e Interpretação*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Sociologia do Direito*. São Paulo: Saraiva, XXXX.
- _____. *O novo diploma legal de acesso à informação pública: a lei nº 12.527/11*. Disponível em: <<http://ricardomauriciosoares.jusbrasil.com.br/artigos/121940672/o-novo-diploma-legal-de-acesso-a-informacao-publica-a-lei-n-12527-11>>. Acesso em: 23 mar. 2014.
- 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.