UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE PIONEIRO - UNESPAR

FACULDADE ESTADUAL DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO
***Campus* de Jacarezinho**

MÁRCIO PINHEIRO DANTAS MOTTA

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA COMO INSTRUMENTO JURÍDICO DE INCLUSÃO SOCIAL

JACAREZINHO (PR) – 2007

MÁRCIO PINHEIRO DANTAS MOTTA

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA COMO INSTRUMENTO JURÍDICO DE INCLUSÃO SOCIAL

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro da Universidade Estadual do Norte Pioneiro como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

ORIENTADOR: PROF. DR. ELIEZER GOMES DA SILVA

JACAREZINHO (PR) – 2007

Motta, Márcio Pinheiro Dantas
M921o O princípio da dignidade humana como instrumento jurídico de inclusão social / Márcio Pinheiro Dantas Motta. – Jacarezinho (PR), 2007
113 f. : 29 cm

Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Universidade Estadual do Norte Pioneiro, 2007
Orientador: Eliezer Gomes da Silva

1. Direito Constitucional - Brasil. I. Título

CDU 342.7

MÁRCIO PINHEIRO DANTAS MOTTA

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA COMO INSTRUMENTO JURÍDICO DE INCLUSAO SOCIAL

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro da Universidade Estadual do Norte Pioneiro, na área de Função Política do Direito.

BANCA EXAMINADORA

_____
Presidente: Prof. Dr. Eliezer Gomes da Silva
Faculdade de Direito do Norte Pioneiro

_____
Prof. Dr. Gilberto Giacóia
Faculdade de Direito do Norte Pioneiro

_____
Prof. Dr. Marcos Augusto Maliska
Faculdades Integradas do Brasil - Unibrasil

_____
Coordenador Mestrado: Prof. Dr. Wladimir Brega Filho
Faculdade de Direito do Norte Pioneiro

Jacarezinho,_____de_____de 2007.

Dedico esta dissertação de mestrado a meus pais, Sérgio Barreto Dantas Motta e Grace Pinheiro Dantas Motta. À minha esposa, Jaqueline Galvan Dantas Motta e aos meus dois filhos, Leonardo Galvan Dantas Motta e André Galvan Dantas Motta.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, sinceramente, aos professores e funcionários da FUNDINOPI; aos meus colegas de turma do mestrado; ao meu orientador Dr. Eliezer Gomes da Silva, à Maria Natalina Costa Moraes e ao meu fiel companheiro de todas as viagens, José Carlos Abraão.

A aprovação da presente dissertação não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da FUNDINOP à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

MOTTA, Márcio Pinheiro Dantas. **O princípio da dignidade humana como instrumento jurídico de inclusão social**. Jacarezinho, 2007. 113 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Universidade Estadual do Norte Pioneiro, Jacarezinho, 2007.

RESUMO

Analisa o princípio constitucional da dignidade humana enquanto instrumento jurídico de inclusão social. Tem como referência e foco de estudo diversas obras doutrinárias, julgados dos tribunais, artigos jurídicos e a própria experiência profissional junto ao Ministério Público do Estado do Paraná. A obra se edifica em três alicerces estruturais. A concepção de dignidade humana como valor máximo tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro e, portanto, condicionante de todo e qualquer ato interpretativo, vinculando a própria Constituição da República e toda a legislação infraconstitucional. A existência de um núcleo mínimo da dignidade humana – *educação básica, saúde pública de qualidade, assistência social aos desamparados e acesso à Justiça* - em que há verdadeiro direito subjetivo, passível de ser postulado e justificado por qualquer cidadão frente ao Estado, gerando para este o dever jurídico à prestação positiva. O instituto da legitimidade excepcional, que confere, a todo e qualquer cidadão, a possibilidade de postular em juízo, em nome próprio ou de terceiro, frente ao Estado, o imediato restabelecimento da dignidade de uma pessoa; tendo como parâmetro de aplicação a figura já conhecida do *habeas corpus*. Propõem-se alternativas concretas de inclusão social e de maior eficácia na aplicação do direito.

Palavras-chave: Hierarquia. Dignidade. Mínimo existencial. Pluralismo. Igualdade. Inclusão.

instrumento jurídico de inclusão social. 2007. 113 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Universidade Estadual do Norte Pioneiro, Jacarezinho, 2007.

ABSTRACT

It analyzes the constitutional principle of human dignity as a legal instrument of social inclusion. It has as reference and focus of study several doctrinal works, judged by the courts, legal articles and its own professional experience with the Public Ministry of the State of Paraná. The work is built on three structural foundations. The concept of human dignity as the maximum value protected by the Brazilian legal system and, therefore, a condition for any and all interpretative acts, linking the Constitution of the Republic and all the infra-constitutional legislation. The existence of a minimum nucleus of human dignity - basic education, quality public health, social assistance to the destitute and access to Justice - in which there is a true subjective right, which can be postulated and justified by any citizen before the State, generating for this State the legal duty to positive performance. The institute of exceptional legitimacy, which gives every citizen the possibility to postulate in court, in their own name or in the name of a third party, before the State, the immediate restoration of a person's dignity; having as an application parameter the familiar figure of habeas corpus. Concrete alternatives for social inclusion and more effective enforcement of law are proposed.

Key-words: Hierarchy. Dignity. Existential minimum. Pluralism. Equality. Inclusion.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....09

2 A SUPREMACIA AXIOLÓGICA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA: MUDANÇA DE FOCO.....13

3 A COLISÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A PROPORCIONALIDADE.....22

4 A PROPOSTA DE UM NÚCLEO MÍNIMO DA DIGNIDADE HUMANA.....38

5 A LEGITIMIDADE POPULAR PARA O RESTABELECIMENTO DA DIGNIDADE: DESENVOLVENDO A IDÉIA DA “LINHA IMAGINÁRIA”.....69

6 A DIGNIDADE HUMANA E O SURGIMENTO DE NOVOS DIREITOS: UMA PERSPECTIVA PLURALISTA-EMANCIPATÓRIA.....81

7 CONCLUSÃO.....104

REFERÊNCIAS.....108

1 INTRODUÇÃO

A dignidade humana encontra-se consagrada na Constituição, em seu artigo 1º, inciso III, alçada à condição de verdadeiro fundamento da República. Contudo, a despeito de constar na Carta Magna em posição de reconhecido destaque, a projeção da dignidade humana na seara jurídica ainda não possui a dimensão necessária. Esta projeção encontra-se, contemporaneamente, em processo gradativo de consolidação.

A busca por efetividade jurídica imediata, decorrente diretamente do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, pressupõe a revisão de muitos conceitos e por que não, de alguns “dogmas” de nosso direito positivo. A proposta de superação da dogmática tradicional e de utilização da dignidade humana enquanto instrumento jurídico de inclusão social passa, necessariamente, por uma visão humanística do direito; pela concepção de direito enquanto ciência que interage com a história, a sociologia, a ética, a economia, a filosofia e todas as demais ciências afins.

Neste sentido, a proposta desta dissertação de mestrado é a formulação de um estudo científico em que são abordadas questões estruturais que analisam a possibilidade real de utilização da dignidade humana enquanto instrumento jurídico de inclusão social. Com propostas inovadoras e sempre procurando demonstrar a imprescindível necessidade de superação de dogmas tradicionais, alternativas jurídicas concretas e viáveis são colocadas à reflexão do leitor.

Assim, no primeiro capítulo, o enfoque é a necessidade de mudança de foco na interpretação jurídica. Parte-se da premissa de que o valor máximo tutelado pelo ordenamento jurídico nacional é a dignidade humana. Para alicerçar este posicionamento, vários doutrinadores são citados ao longo da exposição, conferindo-se suporte teórico a esta pretendida hierarquia axiológica. A partir deste reconhecimento, a pretensão passa a ser a conciliação desta proposta com uma perspectiva real de fomento à inclusão social.

No segundo capítulo é trabalhada a questão da colisão de princípios constitucionais associada a uma profunda análise do princípio da proporcionalidade e sua relação para com a dignidade humana, enquanto princípio constitucional. Faz-se, ainda, uma diferenciação entre proporcionalidade e razoabilidade, segundo

aspectos doutrinários reproduzidos e analisados. Ainda, no que se refere à proporcionalidade, são analisados os aspectos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, sempre com alicerce doutrinário.

Na seqüência, vários julgados servem de referência jurisprudencial e são comentados; nesta avaliação constam decisões da Suprema Corte da Alemanha, julgados polêmicos do Supremo Tribunal Federal, julgados de Tribunais Estaduais e até mesmo editais de concursos públicos. Nestes estudos é feita constante referência ao princípio constitucional da isonomia, que é associado ao princípio da proporcionalidade para a solução da questão jurídica apresentada. Novamente, todo ponto de vista apresentado é enriquecido com suporte doutrinário específico.

No capítulo terceiro a grande preocupação é a imposição de um limite criterioso para a utilização do princípio da dignidade humana. Por ser um princípio constitucional de extrema importância, por conter certo grau de abstração, sua utilização de forma leviana serviria para sepultar sua força normativa ou banalizar sua utilização, dando margem a pedidos absurdos, sob a ótica jurídica.

Neste particular, sempre com suporte doutrinário, passa-se à análise do que se convencionou chamar de núcleo mínimo da dignidade; que abrangeria quatro aspectos essenciais, a saber: a educação básica, a saúde pública de qualidade; assistência social aos necessitados e acesso à Justiça. Assim, dentro deste limite, defende-se a existência de verdadeiro direito subjetivo para o cidadão exigir, judicialmente, uma prestação positiva do Estado para sanar, imediatamente, a condição aviltante de indignidade.

Julgados memoráveis do Supremo Tribunal Federal e especialmente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul são apresentados ao leitor como uma real esperança de que um movimento de ruptura com o modelo dogmático e ultrapassado de Direito vem sendo gradativamente superado. Propõe- se um pacto pela inclusão social, sob o aspecto jurídico, que incluiria a participação do Ministério Público, da Defensoria Pública, da OAB, do Judiciário e das Procuradorias das entidades da federação; sempre tendo como foco a inclusão social.

Questões polêmicas como o bloqueio judicial de verbas públicas para a aquisição de medicamentos e o colapso das finanças estatais por conta de decisões isoladas, mas cada vez mais freqüentes, são comentadas na presente obra. No aspecto doutrinário, destaca-se a contribuição de Ana Paula de Barcellos, que com

uma visão de vanguarda e inovadora confere, juntamente com outros autores, suporte para este “convite a uma nova forma de pensar o direito”. Por fim, para demonstrar que o caminho da superação da dogmática tradicional não será fácil, são colacionados recentes julgados que reproduzem um direito elitista e dissociado dos interesses da comunidade; absolutamente incompatíveis com a atual realidade social brasileira.

No quarto capítulo, talvez resida a proposta mais inovadora desta obra jurídica. Ousamos sugerir a criação de um instituto jurídico novo, chamado por nós de “legitimidade excepcional”, idealizado para permitir a qualquer cidadão a possibilidade de acesso ao Judiciário para pleitear o imediato restabelecimento da dignidade de qualquer cidadão que viva abaixo da linha de pobreza.

Neste aspecto é desenvolvida a idéia de linha imaginária da dignidade, para servir de parâmetro para a questão. Esta linha imaginária contempla os quatro itens citados no capítulo anterior e estabelece um divisor claro entre a situação de “não dignidade” e de “sim dignidade”. Objetivando demonstrar a viabilidade jurídica do instituto, é feito um paralelo com a figura do habeas corpus, em nítida situação inovadora. Aqui também a questão vem ilustrada com julgados dos Tribunais em diferentes posições, o que permite ao leitor se deparar com a dialética inerente ao Direito.

No quinto e último capítulo o grande ponto é análise da proposta pluralista, que tem como principal referencial teórico Antônio Carlos Wolkmer. De início, procura-se demonstrar que o pluralismo não surgiu recentemente, como imaginam alguns. Em uma rápida evolução histórica procura-se demonstrar a influência da proposta pluralista em Roma e na Idade Média. Após, são feitas considerações históricas que remontam à época em que o Direito se formou no Brasil, com o nítido propósito de se demonstrar que a realidade jurídica atual é reflexo de um modelo segregador e elitista, idealizado pela colonização portuguesa. Neste momento, o grande suporte teórico advém da obra de Vera Cury, que relata a formação jurídica no Brasil.

No desenvolvimento do capítulo, aspectos inerentes à sociedade contemporânea são utilizados para tentar demonstrar o absoluto exaurimento do modelo jurídico tradicional, importado da Europa e aplicado na Colônia sem quaisquer adaptações à realidade local, com verdadeiro aniquilamento das práticas costumeiras da população nativa. Tais práticas, materializadas em leis injustas,

colaboraram para a manutenção da desigualdade social e da segregação das minorias. Propostas emancipatórias e que valorizam a diversidade de manifestações são cuidadosamente analisadas para demonstrar que o Estado não pode mais monopolizar a produção jurídica.

O trabalho termina com a pretensão de demonstrar que somente uma proposta descentralizadora e anti-dogmática, alicerçada em fundamentos éticos, políticos e sociológicos poderá efetivamente promover a inclusão social na sociedade brasileira. Procura, ainda, demonstrar que a proposta tecno-formal positivista somente serviu aos interesses das elites e deve ser repensada para se adequar à sociedade contemporânea.

Por fim, busca-se a valorização de uma constante e ininterrupta interação entre a racionalidade jurídica normativa, a racionalidade jurídica formal e a racionalidade jurídica material. Tal interação permitirá uma visão crítica responsável e voltada ao real interesse da população, na medida em que concilia o aspecto teórico com o prático, além de servir de fomento às práticas emancipatórias, provenientes da proposta pluralista.

2 A SUPREMACIA AXIOLÓGICA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA: MUDANÇA DE FOCO

Inicialmente, imprescindível uma análise evolutiva da normatividade dos princípios jurídicos no direito brasileiro. Em uma primeira etapa, a noção de princípio era muito condicionada a uma visão quase que metafísica, proveniente diretamente do direito natural. Prevalecia a idéia de excessiva abstração e de transcendência em relação às leis em vigor; estas sim, vistas como sendo o direito real e concreto. Esta postura de generalidade e de conteúdo vago dos princípios causou uma idéia de prescindibilidade, de desnecessidade, de uma visão arraigada de mera suplência em relação à legislação positivada. Diante deste contexto, o positivismo jurídico tinha todas as condições para prosperar, como de fato aconteceu.

No período subseqüente estabelece-se a primazia do formalismo jurídico, em que a lei formalmente considerada ocupa lugar de destaque. E é exatamente neste momento que os princípios ingressam nos códigos como meros auxiliares, com nítido caráter de suplência em casos de vácuos legislativos. Nesta época os princípios eram vistos com muito descrédito, eis que eram associados a um ideal inócuo e, porque não, até mesmo sem sentido. Eram tidos como sendo incompatíveis com a tão almejada “segurança jurídica”.

A terceira fase é o atual momento contemporâneo, em que prevalece o chamado “pós-positivismo”, influenciado por uma série de acontecimentos históricos recentes e pela noção crescente de que o direito positivo, por si só, não é suficiente para solucionar as demandas cada vez mais complexas de um mundo globalizado e em constante modificação. Inúmeras constituições do ocidente alçam postulados principiológicos à categoria de valores fundamentais e norteadores do próprio sistema jurídico. Neste momento histórico, grandes pensadores se destacam, dentre eles Dworkin[1], Alexy[2] e Crisafulli[3], contribuindo sobremaneira para a difusão da normatividade dos princípios.

Neste particular, oportuna a reprodução da mensagem de Dworkin, quando coloca que a discussão ética ou moral de dispositivos constitucionais jamais deveria

---

[1] DWORKIN, Ronald. **Freedom´s law: the moral reading of the american constitution**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996.

[2] ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1989.

[3] CRISAFULLI, Vesio. **La constituzione e le sue disposizioni di principio**. Milano: Giuffré, 1952.

causar constrangimentos aos juristas; vejamos:

> É claro que a leitura moral encoraja advogados e juízes a lerem uma constituição abstrata à luz do que eles consideram justo. De que outra forma eles poderiam responder às questões morais que a constituição abstrata lhes formula? Não é surpresa, ou ocasião para constrangimentos ou suspeições, que uma teoria constitucional reflete uma instância moral. Seria ocasião para surpresa – e para o ridículo – se fosse diferente. Somente uma forma de positivismo jurídico inacreditavelmente rude – uma forma abdicada pelo mais importante positivista deste século – poderia produzir aquele tipo de isolamento. O texto e sua integridade realmente atuam como limites importantes, como eu tenho enfatizado ao longo dessa discussão. Mas embora esses limites moldem e limitem o impacto das convicções acerca de justiça, eles não podem eliminar o próprio impacto. A leitura moral insiste, entretanto, que essa influência não é vexatória, desde que seja abertamente reconhecida, e desde que as convicções sejam identificadas e defendidas honestamente, quero dizer com argumentos principiológicos apropriados, não apenas esquálidos slogans ou metáforas repetitivas.[4]

Desta forma e voltando-se o foco especificamente para o direito brasileiro, pode-se perceber que os princípios não vêm tendo, ao longo da evolução do direito nacional, a devida importância sistêmica que de fato possuem. A lei de introdução ao Código Civil, em seu artigo 4º e o Código de Processo Civil, em seu artigo 126, causaram uma espécie de "vício coletivo" na seara jurídica, ao sugerirem ao intérprete menos avisado que os princípios possuem caráter subsidiário e complementar à legislação ordinária.

Esta noção, muito arraigada pelo passar dos anos, gerou uma visão absolutamente equivocada com relação ao verdadeiro lugar dos princípios no sistema jurídico. Uma das propostas deste trabalho é demonstrar, tecnicamente, a verdadeira posição dos princípios e os efeitos que decorrem desta mudança de foco.

Rizzatto Nunes, em obra escrita a respeito do tema, confirma categoricamente este vício de interpretação presente de longa data do direito brasileiro:

> É que, em função do que restou prescrito e da prática interpretativo-integrativa implementadas por tais regras, a doutrina e a jurisprudência ficaram com a noção de que a aplicação do princípio é hierarquicamente inferior à analogia e aos costumes jurídicos, bem como que eles incidem apenas na lacuna, cuja colmatação é regulada por estes dispositivos (LICC, 4º e CPC, 126).[5]

---

[4] DWORKIN, op. cit., p. 37.

[5] NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 22.

Tanto a Lei de Introdução ao Código Civil quanto o Código de Processo Civil são legislações infraconstitucionais e devem guardar sintonia com os mandamentos decorrentes da Constituição da República, que ocupa o vértice de nosso sistema jurídico. A Carta Magna está alicerçada em princípios que norteiam todo o sistema jurídico. Neste sentido, qualquer norma hierarquicamente inferior deve guardar sintonia com os postulados constitucionais, sob pena de serem declaradas inconstitucionais. Com relação às leis que já existiam antes da Constituição superveniente, incide o fenômeno da recepção, segundo a qual o intérprete analisa a compatibilidade delas com a nova ordem constitucional, mantendo-as ou retirando-as do sistema, naquele caso concreto.

Pode-se perceber que, para o bom funcionamento do sistema jurídico, é imprescindível o respeito à hierarquia normativa. Assim, todo e qualquer ato de interpretação deve ter início pela Constituição, que condicionará a validade de todas as normas jurídicas inferiores, permitindo que o sistema funcione em plena sintonia. Outro ponto que merece destaque é o de que a Constituição está assentada em princípios, escritos ou não, que em função de seu alto grau de generalidade e abstração, ocupam posição máxima no universo jurídico, vinculando não somente normas inferiores, mas também as próprias normas constitucionais.

A distinção apresentada por Robert Alexy, entre princípios e regras, auxilia a compreensão e vale a pena ser reproduzida:

> Segundo a definição standart da teoria dos princípios, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível que relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas. Princípios são, portanto, mandamentos de otimização. Como tais, eles podem ser preenchidos em graus distintos. Bem diferentes estão as coisas nas regras. Regras são normas que, sempre, ou só podem ser cumpridas ou não cumpridas. Se uma regra vale, é ordenado fazer exatamente aquilo que ela pede, não mais e não menos. Regras contêm, com isso, mandamentos definitivos. A forma de aplicação de regras não é a ponderação, senão a subsunção.[6]

Geraldo Ataliba colabora para esclarecer a real importância dos princípios no sistema jurídico:

> [...] princípios são linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos

[6] ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-79, 1999.

> do governo (poderes constituídos). Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até as últimas conseqüências.[7]

Celso Ribeiro Bastos, complementando a dimensão que se deve conferir aos princípios, conclui:

> Os princípios fundamentais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Isto só é possível na medida em que estes não objetivam regular situações específicas, mas sim desejam lançar a sua força sobre todo o mundo jurídico. Alcançam os princípios essa meta à proporção que perdem o seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, conforme vão perdendo densidade semântica, eles ascendem a uma posição que lhes permite sobressair, pairando sobre uma área muito mais ampla do que uma norma estabelecedora de preceitos. Portanto, o que o princípio perde em carga normativa ganha como força valorativa a espraiar-se por cima de um sem-número de outras normas.[8]

Depreende-se, assim, que o princípio é a estrela máxima do universo ético-jurídico e, portanto, tem o condão de influenciar na interpretação e na aplicação de todas as normas jurídicas positivadas. Ocupa a hierarquia máxima em termos da hermenêutica jurídica e situa-se no ápice do sistema jurídico, irradiando sua luz por todo o ordenamento. Contudo, a despeito de pairar por cima do sistema jurídico, como se estivesse "gravitando" em um universo de generalidade e abstração, por condicionar a aplicação de normas jurídicas, acaba incidindo no plano real e atingindo a concretude.

Contemporaneamente, com a evolução do direito constitucional e com sua abertura sistêmica, um novo enfoque passou a ser conferido aos princípios, eis que eles têm, cada vez mais, abandonado aquela postura de subsidiariedade que lhes foi equivocadamente atribuída e "saltado" dos códigos e legislações infraconstitucionais, diretamente para a Constituição, local em que se tornam alicerce e fundamento de toda a ordem jurídica, servindo especificamente como vetores interpretativos.

Desta forma e partindo-se destas premissas, temos que o principal valor tutelado pela Constituição da República é, sem qualquer dúvida, a dignidade humana; que serve, inclusive de valor condicionante para a validade e a eficácia de

---

[7] ATALIBA apud NUNES, op cit., p. 38.
[8] BASTOS apud NUNES, op cit., p. 39.

princípios inferiores e de toda a legislação infraconstitucional, em nítida posição de supremacia axiológica. Possui, verdadeiramente a natureza de super-princípio e, portando, deve se constituir no principal ponto de análise do hermeneuta ou do operador do direito, logo ao iniciar a busca pelo sentido e alcance de determinada norma jurídica.

O princípio da dignidade da pessoa humana, atualmente, está consagrado na Constituição da República no artigo 1º, inciso III, em verdadeira posição de destaque, eis que o poder constituinte originário o alçou à condição jamais vista em nosso direito positivo, de fundamento da República.

Neste particular, nenhum ato de interpretação pode desconsiderar a dignidade humana enquanto valor supremo da Constituição da República. Rizzato Nunes confirma esta visão ao discorrer acerca da dignidade humana:

> Aliás, é um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas.[9]

Esta posição jurídica, por nós defendida, de que o princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio máximo estampado na Constituição da República, com superioridade axiológica mesmo sobre outros princípios da própria Constituição e naturalmente sobre toda legislação infraconstitucional, possui ampla aceitação da doutrina constitucional contemporânea, como passaremos a demonstrar.

Cleber Francisco Alves, em sua obra, assim pondera:

> O dinamismo de uma cultura dita pós-moderna, onde se sucedem avanços tecnológicos e mudanças contínuas e imprevisíveis no cotidiano dos povos, nesse limiar do terceiro milênio, tem exigido das instituições jurídico-políticas uma versatilidade e aptidão para adaptar-se a novas realidades que não condizem com as noções rígidas e fechadas inerentes ao conceito tradicional de Constituição. Esse fenômeno reforça uma propensão à proeminência de uma principiologia constitucional onde a normatividade supralegal dos princípios fundamentais estruturantes é compatibilizada com a fraca densidade referente aos seus efeitos e condições de aplicação. Com isso, permite-se uma abertura constitucional adaptável às realidades difusas e complexas das sociedades contemporâneas, marcadas por um traço acentuado de pluralismo cultural e político.[10]

---

[9] NUNES, op cit.,p. 51

[10] ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana:** o enfoque da doutrina social da igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 67-68.

Flademir Jerônimo Belinati Martins, autor de obra a respeito do tema e na mesma linha de posicionamento, disserta:

> A dignidade da pessoa humana, enquanto valor fonte do sistema constitucional condiciona a interpretação e aplicação de todo o texto, conferindo unidade axiológico-normativa aos diversos dispositivos constitucionais, que muitas vezes se encontram sem relação aparente e até mesmo em franca contradição.
>
> Assim, o expresso reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz, em parte, a pretensão constitucional de transformá-lo em um parâmetro objetivo de harmonização dos diversos dispositivos constitucionais (e de todo o sistema jurídico), obrigando o intérprete a buscar uma concordância prática entre eles, na qual o valor acolhido no princípio, sem desprezar os demais valores constitucionais, seja efetivamente preservado. Por óbvio que a dignidade não será o único parâmetro, mas, sem dúvida alguma, por força de sua proeminência axiológica, será o principal.
>
> O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana cumpre um relevante papel na hierarquia constitucional: o de fonte jurídico-positiva de direitos fundamentais. Aquele princípio é o que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais. [...] Ademais, aquele princípio funcionará como uma cláusula aberta no sentido de respaldar o surgimento de direitos novos não expressos na Constituição de 1988, mas nela implícitos, seja em decorrência do regime e princípios por ela adotados, ou em virtude de tratados em que o Brasil seja parte, reforçando, assim, o disposto no artigo 5º, parágrafo 2º. Estreitamente relacionada com esta função pode-se mencionar a dignidade da pessoa humana como critério interpretativo do inteiro ordenamento constitucional.[11]

Seguindo esta mesma postura intelectual, Ingo Wolfgang Sarlet leciona:

> Num primeiro momento – convém frisá-lo -, a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o artigo 1º, inciso III, de nossa lei fundamental não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de status constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente carregado de eficácia, alcançando, portanto, a condição de valor jurídico fundamental da comunidade. Importa considerar, neste contexto, que, na sua qualidade de princípio e valor fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui – de acordo com a preciosa lição de Judith Martins-Costa, autêntico, "valor fonte que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico", razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa.[12]

---

[11] MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003, p. 62 et seq.

[12] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na**

Otávio Henrique Martins Port, também se posiciona de forma segura na mesma linha acima exposta, vejamos:

> O conteúdo mínimo ou núcleo essencial dos direitos fundamentais é, conforme assevera a melhor doutrina, a dignidade da pessoa humana. Esta é o denominador comum de todos os direitos fundamentais, ao qual todos eles podem ser reduzidos. Ou seja, a dignidade da pessoa humana é um princípio de natureza absoluta, devendo ser preservada e respeitada por todos, constituindo o piso mínimo ao qual estão inexoravelmente adstritos todos os direitos fundamentais. A pessoa deve ser vista como fundamento primeiro e último do Estado, conferindo a dignidade da pessoa humana uma unidade de sentido e de valor aos direitos fundamentais.[13]

Resta patente, portanto, que a melhor doutrina contemporânea consagra a dignidade humana como valor máximo do sistema jurídico nacional, plenamente dotado de eficácia normativa e dispensado de qualquer outro requisito para que possa ser aplicada imediatamente às questões concretas.

Neste sentido, muda-se também o foco do ordenamento jurídico na exata medida em que o homem, enquanto ser dotado de dignidade excelsa passa a ser o fim do direito. É o Estado que existe para o homem e não o contrário. A promoção da dignidade torna-se, então, prioridade para todo o Poder Público e seus órgãos.

Contudo, o reconhecimento de superioridade axiológica do princípio pela doutrina e a positivação do princípio em lugar de reconhecido destaque na Constituição não exaurem a problemática inerente à dignidade humana. O principal desafio, a partir deste reconhecimento doutrinário, seguramente será a efetiva implementação de meios jurídicos capazes de auxiliar a proposta de equidade e inclusão social.

Norberto Bobbio, em sua obra “A Era dos Direitos”, coloca com precisão a grande dificuldade de se efetivar os direitos fundamentais:

> Deve-se recordar que o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas sua inexequibilidade. Quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente do maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto; quando se trata de passar à ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e as oposições. O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o

---

constituição federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 70

[13] PORT, Otávio Henrique Martins. **Os direitos sociais e econômicos e a discricionariedade da administração pública**. São Paulo: RCS, 2005. p. 30

> de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político. [...] Essa crise dos fundamentos é também um aspecto da crise da filosofia.
>
> A Declaração Universal representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro: mas suas tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre. Quero dizer, com isso, que a comunidade internacional se encontra hoje diante não só do problema de fornecer garantias válidas para aqueles direitos, mas também de aperfeiçoar continuamente o conteúdo da Declaração, articulando-o, especificando-o, atualizando-o de modo a não deixa-lo cristalizar-se e enrijecer-se em fórmulas tanto mais solenes quanto vazias.[14]

Neste contexto, a concepção de supremacia axiológica do princípio da dignidade da pessoa humana, a despeito de já estar consagrada na doutrina, ainda representa intenso desafio para os operadores do direito. Simplesmente assegurar direitos ou estampar formalmente princípios na Constituição já não basta. É preciso uma revolução no pensamento jurídico, em que a premissa básica é a dignidade do ser humano.

Esta dignidade não deve ser concebida como valor distante e abstrato, quase que inatingível, mas sim por metas concretas, a serem exigidas do Estado e da sociedade civil organizada, em prol da construção de uma sociedade mais justa. Esta busca se inicia como um processo, lento e gradativo, mas constante. Um pacto pela inclusão social deve unir os poder constituídos, especialmente Judiciário, Ministério Público, Advocacia Geral da União, a Procuradoria-Geral dos Estados e Ordem dos Advogados do Brasil, na efetiva minimização da desigualdade social, hoje tão intensa no Brasil.

Clémerson Merlin Cléve, demonstrando plena percepção da necessidade de mudança de foco e do verdadeiro exaurimento do sistema jurídico tradicional, assim se pronunciou acerca do que a sociedade brasileira espera do Judiciário:

> A constituição de 1988 reclama um judiciário vinculado às diretivas e às diretrizes materiais da Constituição, um judiciário ativista, voltado para a plena realização dos comandos constitucionais e para compensar as desigualdades e o descuido da sociedade brasileira para com a dignidade da pessoa humana, diz que isso não resultaria o judiciário atuar como legislador, nem que deva se substituir à atividade do administrador, mas sim que a Constituição Federal exige um novo tipo de juiz, não apenas apegado aos esquemas da racionalidade formal e, por isso, muitas vezes, simples guardião do

[14] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24 e 34.

status quo.[15]

Nosso pensamento encontra também respaldo nas conclusões de Suzana de Toledo Barros, que reconhece, de forma categórica, em sua obra a necessidade de se conferir efetividade ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. A referida doutrinadora defende que este "núcleo mínimo ou essencial" dos direitos fundamentais vincula o legislador e torna-se passível de ser exigido perante a administração pública e o Judiciário.

> Quando o legislador constituinte atribuiu aos direitos fundamentais uma aplicabilidade imediata quis evidenciar que eles possuem uma configuração mínima, a ser haurida na própria Constituição, que vincula o legislador, ao mesmo tempo em que pode ser invocável perante a Administração e o Judiciário. Os direitos fundamentais funcionam, portanto, como limites de atuação legiferante, ao mesmo tempo em que impõem ao legislador a tarefa de realizá-los.[16]

Assim, novas idéias representam o rompimento de paradigmas. Os poderes da República vêm utilizando o direito de forma mecânica e dogmática há séculos. Neste sentido, as idéias defendidas pela doutrina contemporânea, de direito constitucional, representam uma nova visão; um desafio na busca pela efetividade dos direitos fundamentais e na disseminação da igualdade de oportunidades. Esta modificação de pensamento não ocorre num passe de mágica, a mudança é lenta e gradual; todavia, este processo de transformação já começou e é irreversível. O foco deste novo modelo de direito seguramente é a inclusão social e a meta, a igualdade de oportunidades a todos.

---

[15] CLÉVE, Clémerson Merlin**. A teoria constitucional e o direito alternativo**: para uma dogmática constitucional emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 28.

[16] BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 147.

3 A COLISÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A PROPORCIONALIDADE

Inicialmente, há que se fazer uma diferenciação entre proporcionalidade e razoabilidade. Grande parte da doutrina entende que tais denominações sinalizam a mesma coisa e, portanto, pretender fomentar distinções de detalhes seria algo inócuo e desnecessário para estes professores, dentre os quais se destaca Luiz Roberto Barroso, que entende haver uma relação de fungibilidade entre estas nomenclaturas.[17] Também, na literatura administrativista, não se faz a devida distinção entre um ou outro, confirmando, de certa forma, a tendência a visualizá-los de forma equivalente, em que a substituição de um pelo outro em nada mudaria a compreensão de determinada situação jurídica. Suzana Toledo de Barros parece concordar com a fungibilidade acima idealizada, demonstrando que eventual distinção doutrinária pouco ou nada colaboraria para a ciência jurídica:

> É preciso deixar claro que nenhum óbice existe à nomeação do princípio ora examinado como princípio da razoabilidade, desde que rigorosamente o termo seja entendido com o conteúdo que se propõe na presente monografia. Os alemães utilizam, indiscriminadamente, o termo proporcionalidade ou proibição de excesso para designar o princípio que os americanos tratam por razoabilidade.[18]

Todavia, apesar das posições doutrinárias acima indicadas, o próprio legislador pátrio parece ter feito clara opção pela distinção de sentido entre a proporcionalidade e a razoabilidade. Ao menos é o que se depreende da simples leitura do artigo 2º da lei federal nº 9.784/99 em que consta textualmente: "A Administração Pública obedecerá dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidad*e,* ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência".[19] Ora é de se presumir que se o legislador federal fez a distinção é por que pretende que cada um tenha significado autônomo e, no máximo, complementar, porém, seguramente, distintos.

Guerra Filho, filiando-se à posição do legislador federal, entende haver a pretendida distinção, eis que, segundo seu pensamento, proporcionalidade e

---

[17] BARROSO apud STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.185

[18] BARROS, op. cit., p.74

[19] BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. . **Diário Oficial da União**, Brasília, 1 fev. 1999. Disponível em: <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1999/9784.htm>. Acesso em: 19 jun. 2006.

razoabilidade têm finalidades diferenciadas; vejamos:

> [...] a desobediência ao princípio da razoabilidade significa ultrapassar irremediavelmente os limites do que as pessoas em geral, de plano, considerariam aceitável, em termos jurídicos. É um princípio com função negativa. Já o princípio da proporcionalidade tem uma função positiva a exercer, na medida em que pretende demarcar aqueles limites, indicando como nos mantermos dentro deles – mesmo quando não pareça, a primeira vista, irrazoável ir além.[20]

Wilson Antônio Steinmetz, filiando-se à corrente que defende a diferenciação, vê uma relação de hierarquia entre a proporcionalidade e a razoabilidade, valendo reproduzir seu pensamento:

> Aceita-se a tese da separação, mas para além disso, sustenta-se que, do ponto de vista do controle racional e intersubjetivo da aplicação, o princípio da proporcionalidade é superior ao princípio da razoabilidade, o que justifica ainda mais a aplicação do princípio da proporcionalidade na hipótese de colisão de direitos fundamentais. Essa superioridade advém do fato de que o princípio da proporcionalidade é passível de uma definição operacional. Os princípios parciais da adequação, da exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito funcionam como indicadores de mensuração, de controle. Quais seriam os indicadores de mensuração do princípio da razoabilidade?[21]

Particularmente, concordamos com a corrente que defende a diferenciação. Entendemos que a razoabilidade representa um valor de ponderação, intrínseco ao princípio da proporcionalidade e extremamente útil para a solução de conflito entre princípios constitucionais. Ademais a razoabilidade projeta seu valor, especialmente, no caso concreto, em que sua carga valorativa serve para indicar qual dos princípios deve prevalecer naquela situação apresentada. Desta forma, entendemos que o valor razoabilidade está contido no valor maior proporcionalidade.

Já que falamos em proeminência axiológica do princípio da dignidade da pessoa humana sobre todos os demais princípios inseridos na própria Constituição da República e, naturalmente, sobre toda a legislação infraconstitucional, é importante que se diga que não haveria, em tese, possibilidade jurídica de colisão entre o princípio da dignidade humana e os outros princípios constitucionais. Entre eles há verdadeira relação de subordinação, na medida em que buscam seu fundamento de validade na própria noção de dignidade humana, concebida como

---

[20] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 25-26.

[21] STEINMETZ, op. cit., p. 187-188.

fundamento do Estado Brasileiro. Esta a única posição possível em sintonia com o entendimento doutrinário manifestado no tópico anterior e por nós expressamente endossado.

Com o devido respeito, não haveria coerência de argumentação jurídica se se admitisse suposta colisão entre o princípio da dignidade humana e qualquer outro inserido na Constituição. Se a dignidade ocupa o valor máximo, condicionante de toda e qualquer interpretação, jamais poderia colidir com um princípio axiologicamente inferior. Neste sentido, entendemos somente ser possível a eventual colisão entre os princípios subordinados.

Suzana Toledo de Barros parece concordar com este posicionamento, especialmente ao reconhecer a dignidade humana como valor máximo tutelado pelo Estado brasileiro.

> A partir desse novo contexto, infere-se, com certa facilidade, que a dignidade do homem, objetivo máximo a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade, exige possibilidade de abertura para o reconhecimento de novos direitos e traz ínsita a necessidade de certas garantias básicas a esses direitos.[22]

Nos parece inquestionável que ao admitir textualmente na citação acima referida a dignidade humana como sendo o objetivo máximo a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade, a professora Suzana reconhece a dignidade humana como valor proeminente em nosso ordenamento jurídico, como valor máximo tutelado pela nossa Constituição; o que reforça nosso posicionamento de verdadeira impossibilidade lógica de colisão entre a dignidade (valor máximo) e outros direitos fundamentais (valores estruturais, porém decorrentes da dignidade humana).

Contudo, esta colisão entre princípios não é desprovida de critérios. Esta antinomia entre princípios é conhecida doutrinariamente como sendo imprópria, eis que apesar da situação de aparente incompatibilidade, os princípios contrapostos continuam a integrar o sistema, sem que haja a necessidade de eliminação de um deles.

Assim, diante de uma situação de aparente conflito, caberá ao operador do direito ponderar os valores tutelados diante daquele caso concreto específico e proceder à harmonização dos postulados envolvidos, fazendo com que o mais relevante na hipótese prevaleça em detrimento do outro; sem que com isso o

---

[22] BARROS, op. cit., p. 95.

princípio hostilizado, *in casu*, tenha que deixar o sistema.

O principal instrumento para a ponderação de valores, quando da análise de antinomia entre princípios, é o princípio da proporcionalidade que, a despeito de não ser expressamente consagrado no texto constitucional, é considerado elemento intrínseco ao sistema constitucional nacional, sendo reconhecido pela melhor doutrina como princípio implícito.

Rizzatto Nunes, em sua obra já referida, efetua importante comentário acerca deste princípio constitucional implícito:

> Esse princípio da proporcionalidade, novo na doutrina constitucionalista, tem servido, de fato, como vetor orientador do intérprete constitucional. Na verdade, foi da experiência concreta, tópica, dos casos interpretados, nos quais surgiram conflitos de princípios, que a doutrina pôde extrair-lhe a essência para declará-lo existente – e chegando, como visto, ao status de princípio constitucional expresso.[23]

Desta forma, pela aplicação do princípio da proporcionalidade, deve o intérprete buscar a solução do conflito priorizando-se um deles e procurando desrespeitar o princípio excluído o mínimo possível e sem jamais ferir sua essência. Com esta aplicação pretende-se preservar os direitos fundamentais e viabilizar a implementação do Estado Democrático de Direito.

Ainda, neste particular, oportuna a menção que Willis Santiago Guerra Filho faz acerca dos desdobramentos do princípio constitucional implícito da proporcionalidade.[24] Segundo a lição acima, que busca alicerce na doutrina constitucionalista alemã, existiriam três aspectos a serem considerados.

O primeiro deles seria o aspecto da adequação e, por adequação, pretende-se dizer que o meio escolhido deverá guardar relação de conexão com o resultado pretendido, na busca de uma pretensão útil.

O segundo aspecto seria o da exigibilidade, segundo o qual a opção escolhida deve ser a mais suave possível, dentre as possíveis, de forma a preservar maximamente os valores tutelados pela Constituição. Em outras palavras, deve-se violar minimamente o princípio que entrou em rota de colisão, no caso concreto, com o valor prevalente.

O terceiro e último aspecto é o da proporcionalidade em sentido estrito,

---

[23] RIZZATO, op. cit., p. 41.

[24] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 59-60.

segundo a qual, deve o intérprete utilizar-se da opção mais vantajosa para a prevalência do princípio preponderante, mas sempre tendo em vista a preocupação de se preservar a harmonia sistêmica, o que implica, também no caso concreto, o atingimento mínimo ao princípio desprezado.

J. J. Gomes Canotilho também aborda a questão dos subprincípios decorrentes da proporcionalidade.[25] Para Canotilho, há o subprincípio da adequação, segundo o qual os meios empregados pela lei devem ser adequados à finalidade proposta. Há, ainda, o subprincípio da necessidade, segundo o qual, havendo diversas opções adequadas, caberá ao intérprete optar pela opção menos gravosa aos demais direitos e interesses tutelados pelo sistema jurídico. Por fim, há o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, que preconiza que ainda que o meio seja adequado e necessário, há a necessidade de que as vantagens auferidas superem as desvantagens ocasionadas ao sistema, sob pena de não ultrapassar o crivo da proporcionalidade.

Suzana de Toledo Barros, em sua obra acerca do tema, também manifestou posição mais sintonizada com o pensamento do constitucionalista português acima citado, reconhecendo expressamente os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito:

> O princípio da proporcionalidade tem por conteúdo os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Entendido como parâmetro a balizar a conduta do legislador quando estejam em causa limitações a direitos fundamentais, a adequação traduz a exigência de que os meios adotados sejam apropriados à consecução dos objetivos pretendidos; o pressuposto da necessidade exige que a medida restritiva seja indispensável à conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa; pela proporcionalidade em sentido estrito, pondera-se a carga de restrição em função dos resultados, de maneira a garantir-se uma equânime distribuição de ônus.[26]

Realçando o caráter instrumental do princípio da proporcionalidade, novamente Rizzatto Nunes em coerente análise entende que este princípio deriva diretamente do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Tal assertiva corrobora nosso modesto posicionamento acerca da condição de valor máximo atribuído à dignidade humana. Vejamos a posição textual do autor citado:

---

[25] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2004 a. p. 262-263.

[26] BARROS, loc. cit.

> É verdade que o chamado princípio da proporcionalidade, que serve de instrumento para a resolução do eventual conflito entre princípios constitucionais, para a doutrina, está ligado ao princípio da igualdade, mas, como o demonstraremos, não só o mais importante elemento principiológico constitucional é o da dignidade da pessoa humana como, conforme já adiantamos, o princípio da proporcionalidade deve ser tido como originário desse outro da dignidade.[27]

Outro ponto que merece especial destaque é a questão do uso indiscriminado do princípio da proporcionalidade como forma rápida e eficaz de solução da colisão entre direitos fundamentais. O intérprete deve ter como premissa de sua construção intelectual a concepção de harmonização entre os direitos fundamentais e de sua essencialidade para a manutenção da coerência sistêmica.

A utilização deste raciocínio jurídico, alicerçado na razoabilidade e na ponderação de valores, deve ser vista como excepcional, de forma a se priorizar os demais métodos mais precisos de interpretação constitucional. Toda construção jurídica que se utilize do princípio da proporcionalidade para, temporariamente e no caso concreto, afastar determinado direito fundamental deve se revestir de argumentação jurídica sólida, contemplando ampla análise dos valores tutelados e com justificativa coerente para a opção por um determinado valor no caso concreto. Mera reprodução de frases de efeito, sem um detido estudo não servem para a utilização criteriosa da proporcionalidade e “banalizam” sua utilização.

Sérgio Fernando Moro, autor da obra “Jurisdição Constitucional como Democracia”, ao abordar a problemática da colisão de princípios constitucionais, reforça a necessidade de uso criterioso desta solução. Vejamos:

> O que deve ser criticado é a vulgarização de sua utilização. O controle da razoabilidade deve ser considerado como último recurso a ser utilizado na argumentação jurídico-constitucional, apenas quando não for possível resolver o problema constitucional por meio de métodos ou critérios mais precisos de interpretação. O emprego do devido processo legal e do princípio da proporcionalidade demanda, outrossim, fundamentação robusta, não bastando sua utilização como mero slogan.[28]

Como indicação de que somente a utilização responsável legitima o uso do método da ponderação de valores, alicerçado na proporcionalidade, oportuna a transcrição de um caso emblemático, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão,

---

[27] NUNES, op. cit., p 54.

[28] MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 199-200.

em que se apresentavam em aparente conflito o direito do Estado de punir o transgressor da lei penal e os limites de buscas de provas, associado a questões de saúde e integridade física do acusado, para alicerçar esta pretensa condenação. Vejamos este memorável julgado:

> No caso concreto, cuidava-se de alguém processado criminalmente por delito de menor potencial ofensivo (crime de bagatela). A prova deveria ter sido obtida mediante a extração de líquido da coluna do acusado. Contra esta determinação, foi impetrada uma reclamação constitucional, alegando ofensa ao direito à integridade física e corporal (art. 2º, II da Lei Fundamental). O Tribunal Federal Constitucional, ao apreciar o caso, considerou que a medida restritiva (invasiva da integridade física e corporal) não se afigurava como proporcional, relativamente à gravidade da infração penal atribuída ao particular, o que parece uma conclusão ligada à proporcionalidade em sentido estrito. Com efeito, seria manifestamente desarrazoado alcançar a condenação de alguém por um delito de insignificante ofensividade, expondo-o a um risco tão expressivo para sua saúde e integridade física. Convém frisar, ainda, neste contexto, que se poderá chegar ao mesmo resultado a partir do critério da necessidade. O próprio Tribunal Federal Constitucional, na decisão ora tomada como exemplo, entendeu que as seqüelas decorrentes da investigação e determinação da autoria e responsabilidade pelo delito não poderão atingir o autor de forma mais gravosa do que a sanção penal a ser aplicada ao caso.[29]

A Corte máxima da Justiça brasileira, o E. Supremo Tribunal Federal, também tem se utilizado do princípio da proporcionalidade para revisar os atos provenientes do Poder Legislativo.[30] Na obra acima referida, Sérgio Fernando Moro transcreve dois exemplos que bem ilustram a situação concreta do uso da razoabilidade e da proporcionalidade no dia-a-dia forense.[31]

O referido autor cita decisão do STF que suspendeu liminarmente lei do Estado do Paraná que obrigava todos os revendedores de gás a proceder a pesagem do botijão no ato da venda do produto e à vista do consumidor. A Corte Suprema entendeu que a lei paranaense, a despeito de tutelar o consumidor, parte vulnerável da relação, causava ônus excessivo e desarrazoado àquela atividade econômica. Diante de tal situação, entendeu o Tribunal que a manutenção da legislação estadual feriria a razoabilidade e a proporcionalidade.

---

[29] SCHOLLER, H. Princípio da proporcionalidade nos Direitos Constitucional e Administrativo da Alemanha. **Revista do TRF da 4ª Região**, Porto Alegre, ano 11, n. 38, 2000, p. 239.

[30] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN, 855-2/PR. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, por maioria. Julgado em 1 jul. 1993. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 1 out. 1993. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=ADI&processo=855&recurso=0&tip_julgamento=M> Acesso em: 19 jul .2006..

[31] MORO, op. cit., p. 56

Apesar de passível de críticas como toda e qualquer decisão judicial, entendemos que desta vez o STF agiu bem, de forma ponderada e razoável. Incorporar mais este ônus à atividade econômica equivaleria a inviabilizá-la. Não bastasse a excessiva carga tributária já incidente sobre diversas atividades econômicas, exigências como esta, poderiam tornar a atividade economicamente inviável e prejudicar os próprios consumidores. Em caso de desconfiança acerca do peso do botijão de gás o consumidor tem várias alternativas. Poderá optar por mudar de revendedor, escolhendo o concorrente mais próximo; poderá acionar os órgãos de defesa do consumidor; solicitar abatimento proporcional, além de diversas outras opções. Especialmente em um mercado altamente competitivo, como o caso das revendas de gás, o empresário que vende menos gás do que promete, assume um risco que basta por si só: o de perder clientes, sem prejuízo das eventuais sanções legais.

Em outra situação, também transcrita na obra de Moro, o Supremo Tribunal Federal suspendeu liminarmente a eficácia de legislação do Distrito Federal que conferia benefício assistencial de um salário mínimo mensal para crianças provenientes de estupro.[32] Para a Corte Suprema da Justiça Nacional a lei em questão violou flagrantemente a razoabilidade e a proporcionalidade ao estabelecer como fato gerador do benefício a simples condição de a criança ter sido gerada em decorrência de estupro, sem que se levasse em conta o real estado de necessidade dos supostos beneficiários. Assim, ao se manter a eficácia da lei em questão, estar-se-ia permitindo que uma criança gerada a partir de um estupro pudesse receber tal verba mesmo sendo filho de uma mãe, por exemplo, extremamente rica.

Neste particular, entendemos que o STF também agiu corretamente, aplicando com razoabilidade e ponderação o princípio da proporcionalidade. Se restringisse a aplicação da lei somente para as hipóteses de pessoas carentes, estaria de certa forma legislando por via transversa e à revelia do sistema jurídico, o que não seria adequado. Assim, como esta limitação não poderia ser imposta por decisão judicial, a melhor solução realmente foi a de suspender liminarmente a eficácia da lei.

O julgamento em questão, além de instigante, nos remete a questionamentos interessantes sobre situações análogas. No caso das indenizações

[32] Id. ibid., 56

pagas pela União às vítimas da ditadura militar a verba foi destinada independentemente de aferição acerca das condições financeiras das famílias. Nesta hipótese, houve violação ao princípio da proporcionalidade? Entendemos que não. Nas indenizações que tiveram como causa a ditadura militar, independentemente de processo judicial, o Estado Brasileiro reconheceu o cometimento de abusos por parte de seus agentes e, com alicerce em lei, estipulou as indenizações. Ao contrário da lei do DF, em que a indenização tinha como causa remota o ato de um particular; na hipótese das indenizações decorrentes da ditadura, os agentes causadores eram servidores públicos, integrantes das forças armadas ou das polícias; o que justifica a diferença de tratamento jurídico.

Ainda, o princípio constitucional da proporcionalidade não pode ser concebido em uma roupagem estática e pré-concebida; ao contrário, a dificuldade de se atribuir a este princípio uma conotação fixa e dogmática apenas reflete a necessidade de constante construção doutrinária deste princípio.

Neste ponto do estudo, reforçamos novamente nossa posição jurídica fundamentada de que há sim hierarquia axiológica entre os princípios constitucionais. Segundo autores consagrados já referidos no item anterior, com os quais concordamos, o valor máximo tutelo pelo ordenamento jurídico brasileiro é a dignidade humana. Neste sentido, o valor “dignidade” passa a ser ponto de referência para toda a principiologia constitucional e passa, ainda, a condicionar positivamente todo ato de interpretação.

Assim, muito ao contrário do que pensam alguns, esta proeminência axiológica da dignidade humana apenas reforça e confirma o princípio da unidade da Constituição. Hierarquia, absolutamente, não é incompatível com unidade. A dignidade como valor máximo condicionante reforça a unidade, que passa a ter um ponto de referência. Desta forma, conforme já salientamos acima, entendemos não ser possível a colisão entre a dignidade humana e qualquer outro princípio constitucional, por absoluta incompatibilidade de grau hierárquico. A dignidade humana é que permite a solução para o aparente conflito. É a dignidade humana, como ponto máximo e único de referência, que irradia seus efeitos sobre a colisão e indica a solução naquele caso concreto, preservando o valor que mais se dela se aproxime.

Rizzatto Nunes confirma categoricamente a lógica do presente raciocínio:

> Mas confirmamos que, com a mudança de paradigma, que, num salto de qualidade, colocou a dignidade da pessoa humana como o

> valor supremo a ser respeitado, é a ela que a proporcionalidade deve estar conectada. É nela que a proporcionalidade nasce. [...] Agora, realmente é a dignidade que dá o parâmetro para a solução do conflito de princípios; é ela a luz de todo o ordenamento. Tanto no conflito em abstrato de princípios como no caso real, concreto, é a dignidade que dirigirá o intérprete – que terá em mãos o instrumento da proporcionalidade – para a busca da solução.[33]

Segundo uma interpretação sistemática e finalística do texto constitucional, o legislador constituinte originário, ao estabelecer a dignidade humana como verdadeiro fundamento do Estado Brasileiro, alçou este valor à categoria de diretriz suprema da Constituição. Desta forma, como uma das principais características do poder constituinte originário é a soberania, não se nos afigura correta a assertiva de que a dignidade estaria situada no mesmo nível hierárquico dos demais princípios. A vontade soberana do legislador constituinte originário deve ser fortalecida, na medida em que estabelece a proeminência axiológica da dignidade humana.

Por outro lado, a unidade da Constituição nada mais é do que uma diretriz, um foco, um ideal na busca de coerência sistêmica; e isto, absolutamente, não impede que os estudiosos do direito, especialmente em trabalhos de mestrado e doutorado, apontem, de forma criteriosa e fundamentada, possíveis incoerências dentro do próprio sistema constitucional. Aliás, este um dos mais belos propósitos de trabalhos científicos. Se os trabalhos acadêmicos se limitassem a reproduzir os pensamentos já existentes, pouco ou nada colaborariam para a evolução da ciência jurídica. O desafio, segundo nosso modesto pensamento, reside exatamente em buscar novas reflexões.

Confirmando o posicionamento acerca do princípio da unidade da Constituição, temos a lição de Suzana de Toledo Barros, que assim esclarece:

> Pelo princípio da unidade da Constituição, quer-se evidenciar a plausibilidade das diferentes valorações dentro de um esquema de harmonia. Não se pretende a ficção de considerar todos os direitos homogêneos, porque não é possível desprezarem-se os antagonismos das várias forças que interfiram no seu pacto fundador, quando restaram explícitas as tensões entre os vários segmentos sociais. Nada obstante, o resultado plasmado no texto promulgado há de ser lido como um corpo único, coerente.[34]

Neste sentido, considerando-se a condição de fundamento da República atribuída à dignidade humana, de valor máximo constante do texto constitucional,

---

[33] NUNES, op. cit., p. 55.
[34] BARROS, op.cit., p. 169-170.

entendemos, por exemplo, que a pena de morte, autorizada pela mesma Constituição em casos excepcionalíssimos, conforme artigo 5º, XLVII, “a”, a despeito de estar inserida no próprio texto magno, viola o valor máximo dignidade humana e, portanto, pode e deve ser declarada inconstitucional, na medida em que contraria o núcleo essencial da Constituição.

Ora, não é razoável supor que em caso de guerra declarada a vida de um ser humano passe, como num toque de mágica, a não ter mais dignidade. Não deixa, portanto, de ser uma contradição a mesma Constituição alçar a dignidade como fundamento da República, em posição jamais vista no constitucionalismo brasileiro e no mesmo texto jurídico admitir, ainda que em caráter excepcional, que o Estado brasileiro possa condenar alguém à pena de morte.

Deixar de admitir a razoabilidade desta posição é o mesmo que admitir que os legisladores constituintes originários não possam errar. Com o devido respeito, os legisladores que integraram o poder constituinte originário em 1988 eram homens, portanto passíveis de falhas e de cometerem equívocos. Seria até mesmo absurdo exigir do referido grupo, que todo o texto constitucional ficasse literalmente perfeito e imune de críticas. Por outro lado, até mesmo a dialética inerente ao processo democrático fomenta a diversidade de opiniões e o respeito à diversidade.

Afirmar categoricamente que a Constituição é perfeita e que nela não há falhas ou mesmo que nela não há hierárquica, talvez seja a posição doutrinária mais cômoda e mais simplista, mas seguramente não será a mais precisa intelectualmente. Neste particular, manifestamos profundo respeito aos doutrinadores que pensem de modo diverso, todavia firmamos posicionamento seguro no sentido de reconhecermos a dignidade humana como valor máximo e condicionante de todo ato de interpretação; em nítida supremacia axiológica.

Neste sentido, além de alçar a dignidade à condição de valor máximo tutelado pela Constituição da República, a Carta de 1988 aumentou significativamente o rol dos direitos e garantias fundamentais, conferindo-lhes aplicabilidade imediata, nos termos do artigo 5º, parágrafo 1º e também assegurou perspectiva real de expansão, de acordo com a cláusula aberta inserida no parágrafo 2º do mesmo artigo 5º da Constituição. É exatamente neste contexto que se insere o princípio da proporcionalidade, no seleto rol dos direitos fundamentais, como mecanismo efetivo de tutela destes mesmos direitos.

Seu reconhecimento, ainda que na qualidade de princípio implícito,

representa garantia especial na defesa e manutenção dos direitos fundamentais; surge como vetor condicionante da intervenção estatal na seara dos direitos fundamentais, na medida em que passa a exigir que toda atuação do Estado seja adequada, necessária e precisa, mantendo-se a harmonia e preservando-se ao máximo este rol dos direitos fundamentais.

Um exemplo prático e real e que bem ilustra a utilização do princípio da proporcionalidade em sintonia com o princípio da isonomia é o edital do concurso público para admissão ao quadro de oficiais da Polícia Militar do Estado do Paraná, que pode ser conferido no site "www.pm.pr.gov.br". No edital do referido concurso, constam as seguintes exigência: (a) ser brasileiro (b) ter ensino médio completo (c) ter comprovada moralidade (d) estar quite com obrigações militares (e) estar quite com obrigações eleitorais (f) ter altura mínima de 1,60 m para mulheres e 1,65 m para homens (g) ter idade mínima de 17 e máxima de 25 anos e (h) ser solteiro, não viver em concubinato ou união estável e não ter filhos.

Quanto às exigências de "a" até "f", todas são reconhecidamente pertinentes ao cargo postulado; contudo chama a atenção a exigência de idade máxima de 25 anos, no momento do ingresso e a exigência de ser solteiro, não viver em união estável e nem em concubinato e, pasmem, não ter filhos.

Com o devido respeito a quem pense de forma diversa, não há qualquer lógica na exigência de idade máxima de 25 anos para ingresso no curso de formação de oficiais. Não há nexo de pertinência entre a idade estipulada como limite e as funções a serem exercidas pelo candidato. Uma pessoa de 35 anos teria plenas condições de exercer o oficialato da Polícia Militar.

Desta forma, visualizamos flagrante afronta ao princípio da isonomia, na medida em que a exigência do referido edital trata desigualmente pessoas iguais, mas que apenas têm idades distintas. Acerca deste tópico, oportuna a transcrição do julgado abaixo, do Superior Tribunal de Justiça que bem coloca a questão da necessária demonstração entre a limitação de idade imposta pela Administração e sua relação de pertinência lógica para com a função pretendida:

> Ação rescisória. Acórdão rescindendo proferido em recurso em MS. Administrativo. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da súmula 343/STF. Concurso público. Requisitos. Limite de idade. CF, art. 7º, XXX. I - Não se aplica a Súmula n° 343 do STF, pois a quaestio envolve violação a artigos da Lex Maxima. II – A CF/88, em seu art. 7º, XXX, aplicável aos servidores públicos por força do art. 39, § 2º, proíbe a infundada diferenciação na admissão para o serviço público

> por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Hipótese em que o limite máximo de idade de 35 anos fixado para o concurso público para Fiscal de Tributos Estaduais é ilegal por falta de razoável amparo jurídico. Tal exigência não se justifica por não ser indispensável para o bom cumprimento da função a ser exercida. Precedentes. Pedido rescisório procedente.[35]

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em recentes julgados tem reafirmado a impossibilidade de estipulação de idade máxima em concursos públicos sem que a administração demonstre a pertinência lógica entre a exigência e as funções inerentes ao cargo pretendido. Em casos análogos aos ora debatido, o TJMG reconheceu a ilegalidade da exigência em vários concursos públicos para o ingresso nos quadros da Polícia do Estado de Minas Gerais, vejamos:

> Constitucional e administrativo - Mandado de Segurança - Concurso Público - Edital - Limite de idade - Servidor público - Princípio da isonomia - Violação - Impossibilidade - Concessão da segurança - Inteligência do art. 5º, "caput" da Constituição Federal. A exigência, prevista em edital de concurso público, de limite de idade para matrícula no curso de formação de cabos auxiliares da saúde, fere o princípio da isonomia, uma vez inexistente a correlação lógica entre o fator discriminante e as razões de sua ocorrência.[36]
>
> Mandado de segurança. Concurso público para ingresso na Polícia Civil. Limite de idade imposto de forma genérica. Impossibilidade. Ausência de justificativa para a exigência. Ofensa aos princípios constitucionais vigentes. Ilegalidade da exigência. Concessão da segurança.[37]
>
> Concurso público. Delegado de Polícia. Limite de idade para inscrição. Discriminação em razão da idade. Inadmissibilidade. Mandado de segurança. Concessão. Confirmação da sentença em reexame necessário. É inadmissível o estabelecimento de idade diferenciada em edital de concurso como critério para admissão ao serviço público, tendo-se em vista a proibição constante do art. 7º, inciso XXX, da CF. A discriminação só é admissível em face à natureza e às atribuições do cargo a preencher, pelo que essa limitação só se admite se ela for razoável em face da natureza e as atribuições desse cargo, o que não ocorre em relação ao candidato

---

[35] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AR 1114/RS – 1999/0076001-8. Relator: Min. Félix Fischer. S3. Julgado em 25 set. 2002. Diário da Justiça, Brasília, 21 out. 2002. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=AR&processo=1114&recurso=0&tip_julgamento=M>. Acesso em: 19 jul. 2006.

[36] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo nº. 1.0000.03.402582-5/000(1). Relator: Roney Oliveira. Acórdão julgado em 20 out. 2004 e publicado em 24 nov. 2004. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0000&ano=3&numeroProcesso=402582&complemento=000&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=>. Acesso em 19 jul. 2006.

[37] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo nº. 1.0000.00.295471-7/000(1). Relator: Fernando Bráulio. Acórdão julgado em 11 set. 2003 e publicado em 21 nov. 2003. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0000&ano=0&numeroProcesso=295471&complemento=000&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=>. Acesso em: 19 jul. 2006.

> ao cargo de delegado de polícia, cuja ocupação não depende do limite de idade exigido para o policial.[38]
>
> Mandado de segurança - Concurso público - Delegado de polícia - Limite de idade - Exceção feita a servidor público - Discriminação - Ausência de razoabilidade - Violação aos art. 5º, 7º, XXX e 39, § 3º, todos da CF. Tem-se como arbitrária e ilegal a discriminação contida no edital do concurso quando determina a regra de limitação de idade para o cidadão não funcionário público estadual, permitindo que qualquer servidor do Estado, independentemente de sua idade, possa participar do certame.[39]

Outro requisito absolutamente desarrazoado é a exigência de não ter filhos. Qual a relação entre a condição de pai aos 24 anos, por exemplo, e o exercício das funções de oficial da Polícia Militar? Por que a condição de pai ou de mãe antes dos 25 anos – data limite do edital – se constitui em caráter impeditivo ao ingresso na corporação militar? Qual a razoabilidade desta exigência? Há flagrante afronta ao princípio da isonomia de tratamento aos postulantes ao cargo de oficial da PM. Há inadmissível discriminação pela simples condição de o candidato já ser pai ou mãe, sem que se estabeleça qualquer vínculo lógico entre a exigência e a função pública pretendida. Nestas condições o princípio da proporcionalidade, ao permitir a análise da necessidade, da adequação e da própria razoabilidade do requisito contestado encontra terreno fértil para ser aplicado e apresentar uma solução jurídica para o caso.

Situação diametralmente oposta é a exigência de altura mínima para o cargo, eis que parece claro ao homem médio a nítida relação entre um padrão mínimo de altura e o exercício das funções de Oficial da Polícia Militar. Neste particular, oportuna a transcrição de recente julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

> Decisão: Acordam os membros da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário e reformar a sentença em grau de reexame necessário. Ementa: Apelação cível e reexame necessário - MS – Concurso público para ingresso nas fileiras da Polícia Militar – Edital – Requisito de altura mínima - Exigência compatível com a

---

[38] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo nº. 1.0000.00.340056-1/000(1). Relator: Silas Vieira. Acórdão de 21/08/03 e publicado em 02/10/03. Disponível em: <http://www.tjmg. gov.br/ juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0000&ano=3&numeroProcesso=402582&complemento=000&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=>. Acesso em: 19 jul. 2006.

[39] PARANÁ. Tribunal de Justiça. Acórdão nº. 24605. 4ª Câmara Cível. Processo 0168382-9. Relator: Idevan Lopes. Julgado em 25 maio 2005. Disponível em: <http://www.tj.pr.gov.br/consultas/jurisprudencia/JurisprudenciaDetalhes.asp?Sequencial=1&TotalAcordaos=4&Historico=1>. Acesso em: 20 jul. 2006.

> função a ser exercida pelo candidato - Arbitrariedade e ilegalidade - Inocorrência - Direito líquido e certo – Ausência - Cabe a Administração Pública discricionariamente estabelecer os critérios de seleção de seus agentes, respeitados os princípios da igualdade e da legalidade. Mostra-se razoável a exigência de altura mínima para o exercício do cargo de Policial Militar, tendo em vista as peculiaridades da função a ser exercida pelo candidato. Recurso provido. Sentença reformada em grau de reexame necessário.[40]

Suzana Toledo de Barros, autora de obra acerca do tema, fez expressa referência a esta co-relação entre o princípio da isonomia e a utilização do critério da proporcionalidade como fator decisivo para fundamentar a posição do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, em recentes decisões da Excelsa Corte.

> O tema da igualdade suscitou, em muitos outros casos, a atenção do Supremo Tribunal Federal para o problema da razoabilidade entre o fator de restrição considerado pelo legislador e o fim da norma legal, ou seja, requereu da Excelsa Corte a utilização do critério da proporcionalidade para julgar a constitucionalidade da lei em face do princípio da isonomia. No caso do limite de idade para a inscrição em concurso público, o STF, nos mandados de segurança 21.033 e 21.046, e nos recursos extraordinários 156.404, 157.863-7, 175.548, 136.237, 146.934 e 156.972-7, julgados entre 1990 e 1994, deixou patente não poder a lei, em face do disposto nos artigos 7º, XXX e 39, parágrafo 2º da Constituição Federal, impor tais limites, “salvo nos casos em que a limitação de idade possa ser justificada pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”, envolvendo, sem dúvida, a avaliação da lei no contexto da sua relação meio-fim.[41]

Outra questão que não poderíamos deixar de abordar é a análise do artigo 295 do Código de Processo Penal com a nova redação dada pela da lei federal nº 10.258/2001, que concede prisão especial, em determinado momento processual, aos portadores de diploma universitário. Tal comando legislativo merece detida análise dentro do contexto dos princípios da isonomia, proporcionalidade e dignidade humana.

Assim, qual a razão teleológica ou finalística que justifica a concessão deste benefício a um determinado cidadão em detrimento dos demais, pelo simples fato de possuir diploma superior? Focalizar a questão somente no diploma superior é fator simplista, discriminatório e repulsivo, eis que a grande maioria dos brasileiros não tem curso superior, pelo simples fato de não ter tido a oportunidade de fazê-lo, especialmente por condições financeiras precárias.

Trata-se de legislação elitizada, violadora do princípio da igualdade e do da

---

[40] PARANÁ. Tribunal de Justiça. Acórdão 24605, loc. cit.
[41] BARROS, op. cit., p. 118-119.

dignidade da pessoa humana. Na verdade a lei federal diz ao cidadão: você, que não tem curso superior, poderá ficar preso em condições subumanas, em celas que se assemelham as masmorras medievais; agora, este outro, filho da elite, que tem curso superior, não deve se misturar, ficarás preso em sala reservada no Batalhão da Polícia Militar mais próximo.

Agora a pergunta: alguém, em sã consciência poderia deixar de reconhecer que tal legislação é discriminatória, na exata medida em que estabelece critério não razoável de discriminação? Considerar-se apenas o diploma universitário sem uma avaliação do passado, afigura-se como sendo a materialização da injustiça. Prestigiar o título universitário em um cenário social de igualdade de oportunidades nos pareceria razoável e justo; todavia, em um país em que as universidades públicas servem, em sua grande maioria aos filhos das elites, com o devido respeito é desarrazoado.

À luz do princípio da dignidade da pessoa humana, entendemos ser esta legislação inconstitucional, devendo deixar de ser aplicada por não ter sido recepcionada pela nova ordem constitucional superveniente. Esta a interpretação lógica que decorre da dignidade humana, da isonomia e da proporcionalidade, analisadas em conjunto.

4 A PROPOSTA DE UM NÚCLEO MÍNIMO DA DIGNIDADE HUMANA

Não há dúvida de que apenas positivar direitos em textos constitucionais não tem o condão de, por si só, modificar a realidade social. Formulações belíssimas se espalham pela nossa Constituição, conferindo a todos os brasileiros o próprio direito à dignidade, à saúde, à educação, à segurança pública, a um regime previdenciário que suporte as necessidades de seus beneficiários, a um salário mínimo digno etc.

O que se percebe, contudo, é uma distância abissal entre as leis positivadas e a realidade das ruas deste país. Ao assistirmos a qualquer noticiário nos deparamos, nos quatro cantos do Brasil, com situações aviltantes de negligência com relação aos direitos assegurados pelo próprio texto constitucional. Ao que parece, a situação mais alarmante ocorre na área da saúde pública, em que os brasileiros das camadas mais empobrecidas da população literalmente morrem em filas de hospitais públicos por falta de atendimento ou mesmo por negligência de um sistema que já ultrapassou seu limite. Percebe-se que a omissão do Estado brasileiro na implementação da vontade do legislador constituinte originário afigura-se absolutamente atentatória aos comandos da própria Constituição.

Situações como estas colocam os cientistas da ciência jurídica em uma delicada posição. A necessidade de se descobrir alternativas jurídicas para minimizar a exclusão social é, para a melhor doutrina constitucionalista, ponto de honra. Neste sentido, a premissa mais importante como ponto de partida é a constatação de que o direito deve ser visto enquanto meio, jamais como fim em si mesmo.

A segunda premissa é a de que o direito deve interagir com a realidade social, utilizando-se de seus instrumentos para transformá-la na direção do bem-comum e da solidariedade; interagindo com as ciências afins. Assim, a conclusão lógica deste raciocínio é a de que é lícito e também recomendável que os operadores do direito criem soluções doutrinárias para solucionar os problemas vividos pela sociedade, destinatária do direito.

Ora, consignar na Constituição da República em seu artigo 1º, III, que a dignidade da pessoa humana é verdadeiro fundamento do Estado Brasileiro, significa dizer que não é o homem que existe para o Estado, mas este para aquele. Significa comando direto ao Estado e a todos os operadores do direito para que implementem formas eficazes de se conferir dignidade a todas as pessoas, sejam

elas nacionais ou estrangeiras, ricas ou pobres, crianças ou idosas. A simples condição de estar sob os efeitos da soberania do Estado brasileiro já lhes confere direito a tratamento digno, independentemente de quaisquer outras condições.

A proposta de dignidade enquanto fundamento da República significa compromisso do Estado e de toda a sociedade civil para com a inclusão social; e por inclusão social, leia-se melhor distribuição de renda, justa remuneração pelo trabalho, assistência estatal de qualidade, especialmente nas searas da saúde pública e da previdência.

Ana Paula de Barcellos, em obra acerca do tema, corrobora nosso entendimento ao dispor categoricamente que:

> O registro constitucional veicula a superação de uma idéia de Estado enquanto fim em si próprio, que o Brasil em alguma medida também vivenciou nos dois períodos ditatoriais do século XX, substituindo-a definitivamente por uma visão humanista do mundo. [...] a dignidade humana é hoje um axioma jusfilosófico e, além disso, no nosso sistema, um comando jurídico dotado de superioridade hierárquica.[42]

Feitas estas colocações, surge a principal pergunta inerente a esta obra: qual a eficácia jurídica do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana? O que se pode exigir do Estado, juridicamente falando, com fundamento na dignidade humana? Como tornar eficaz comando de tanta relevância para a sociedade brasileira?

Para responder a estas perguntas, que se constituem na essência deste trabalho jurídico, imprescindível se faz a compreensão de que os princípios jurídicos são dotados de normatividade, independentemente de qualquer outro requisito. Para uma melhor análise, convém reproduzirmos o pensamento de Paulo Bonavides, ao discorrer sobre a evolução da normatividade dos princípios.

Para o eminente constitucionalista brasileiro, a evolução desta normatividade até o estágio atual passou por três períodos: o jusnaturalista, em que os princípios situavam-se fora do direito, em uma dimensão metafísica a que era conferida diminuta importância; o positivista, em que os princípios ingressaram em códigos e leis, contudo, com mera função supletiva e subsidiária de garantir a coerência sistêmica; e por fim, o pós-positivista, em que se situa o constitucionalismo contemporâneo. Na atual fase, os princípios passam a ser concebidos como valores-

---

[42] BARCELLOS, Ana Paula**. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 26.

fonte e de suporte de todo o sistema hierárquico de normas. Confere-se aos princípios status de mandamento nuclear do sistema.[43] Assim, partindo-se do pressuposto de que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é dotado de normatividade; considerando-se que este mesmo princípio possui relação direta com os chamados direitos fundamentais; considerando-se ainda sua característica de fonte destes direitos, surge a imprescindível necessidade de uma construção jurídica que, além de superar a visão tradicional, possibilite a implementação imediata de eficácia jurídica à dignidade humana.

A sociedade brasileira, lamentavelmente conhecida em todo o mundo por sua desigualdade social, clama pela aplicação prática de teses jurídicas que permitam de forma relativamente urgente, minimizar a exclusão social. Este o grande desafio de cursos de mestrado e de doutorado na área jurídica. Ao que nos parece, a proposta destes cursos não pode ser apenas a de repetir teses já existentes, conferindo-se apenas um "toque pessoal". A essência da proposta consiste na criação de teses jurídicas inovadoras, de vanguarda; contudo, sintonizadas com o sistema e que permitam a imediata utilização pelos operadores do direito no sentido de se promover a inclusão social.

O argumento tradicional nas lides forenses, a respeito do tema, é o de que não seria lícito ao Judiciário se inserir nas esferas discricionárias dos gestores públicos para "gerir" pela via do processo, orçamento público. Argumenta-se, ainda, que a escassez de recursos, associada à suposta falta de legitimidade do Judiciário, se comparado aos outros dois poderes, inviabilizaria a possibilidade de decisões judiciais cominatórias para o Poder Público, neste sentido.

Ana Paula de Barcellos ousou defender a superação da dogmática tradicional e discorreu de forma enfática, condenando o repasse de responsabilidade entre os Poderes da República:

> Passando da fundamentação filosófica à concretização jurídica, o fato é que a simples consagração positiva dos direitos sociais em documentos constitucionais não foi capaz de superar um conjunto de dificuldades de ordem técnico-jurídica. A doutrina registra, em geral, que os direitos sociais, diferentemente dos direitos individuais e políticos, dependem de prestações positivas do Estado para sua implementação, enfrentando assim o problema da escassez de recursos públicos, sempre menores que as necessidades. Como conseqüência disso, afirma-se, grosso modo, que as normas que

[43] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 228.

> prevêem tais direitos não têm a capacidade de torná-los exigíveis diante do Estado, pois o Judiciário não teria competência para dispor a respeito do orçamento público. Em suma: tais "direitos" não seriam direitos subjetivos; não haveria um dever jurídico do Estado de prestá-los.[44]
>
> Este, portanto, é o primeiro problema a enfrentar na matéria: que efeitos estas normas pretendem produzir? Qual é, especificamente, o seu objeto? A resposta convencional a estas questões simplesmente elimina o problema, transferindo-o integralmente para o Legislativo, ou mesmo para o Executivo. Ou seja: ao Legislativo e ao Executivo caberia dispor a respeito dessas normas constitucionais, concretizando-as e determinando-lhes o sentido. Em primeiro lugar, porém, essa não é uma resposta intelectualmente honesta [...] Além disso, a 'solução' de ignorar o problema também não é compatível com os princípios da supremacia da Constituição e do Estado de direito constitucional. Subverte inteiramente a relação hierárquica existente entre a Constituição e a ordem jurídica em geral imaginar que cabe à ordem infraconstitucional preencher de sentido as normas constitucionais, em toda a sua extensão, como se a Carta Magna fosse formada por um conjunto de cláusulas vazias e o legislador e o administrador pudessem livremente dispor a respeito de seu conteúdo. A que estarão vinculados Legislativo e Administração, afinal, se não aos objetivos e fins constitucionais? Mas se lhes compete fixar livremente o contorno desses fins, que superioridade haverá na Constituição? Por fim, remeter o legislador e/ou administrador a determinação total dos efeitos dessas normas esvazia inteiramente a fundamentalidade do princípio da dignidade da pessoa humana como vetor na interpretação constitucional[45].

Em resumo, o que defende a doutrina tradicional é a teoria de que tais normas não teriam o condão de gerar direitos subjetivos frente ao Estado, eis que seria vedado ao Judiciário dispor acerca de orçamento público e de definições de políticas sociais. Desta forma, por esta construção jurídica, cômoda e dissociada dos interesses do país, não haveria o dever jurídico de prestação por parte do Estado.

Ousamos discordar desta parcela da doutrina; nossa posição sintoniza-se mais com uma visão contemporânea, que tem como alicerces a superação da dogmática tradicional e a necessidade de se buscar a utilidade social decorrente da aplicação de determinado princípio ou norma de direito. Sintoniza-se, ainda, com o pensamento de vários autores já citados nesta obra; na exata medida em que não se admite mais que argumentos técnicos e meramente formais sejam utilizados por alguns Tribunais como obstáculos à pressão feita, pela via do processo, para que o Executivo deixe de se omitir e implemente de fato as políticas públicas determinadas pela Constituição.

---

[44] BARCELLOS, op. cit., p. 117

[45] Id. ibid., p. 191-192.

Neste sentido, para defender a aplicabilidade imediata do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, inclusive, tornando-o fonte de direitos subjetivos passíveis de serem imediatamente exigidos do Estado pela via judicial, criou-se a teoria do mínimo existencial ou do núcleo mínimo da dignidade humana.

Aqui cabe um parêntesis. Esta teoria do núcleo mínimo tem sua aplicação justificada em um contexto inicial de adversidade, como no caso brasileiro; todavia, deve ser associada, necessariamente, à promoção responsável das liberdades em todas as suas vertentes. Algumas contradições inerentes à sociedade brasileira merecem reflexão. Se de um lado somos um país competitivo em inovações tecnológicas de ponta, se somos líderes em tecnologias como a do biodiesel, dos veículos flex-power e em usinas hidrelétricas, por outro possuímos ainda focos graves de pobreza e de fome, ainda assistimos, em pleno século XXI, ao falecimento de crianças em decorrência da falta de higiene e de saneamento básico.

Essa dualidade real e cruel deve ser enfrentada não só com a proposta do mínimo existencial, mas também e especialmente com a promoção das liberdades, em suas várias formas. A liberdade, amplamente considerada é limitada pelas diferentes oportunidades sociais, políticas e econômicas que as pessoas têm em seus contextos específicos. Entretanto, o enfrentamento deste quadro poderá ocorrer com maior eficácia se considerarmos a liberdade individual como comprometimento social (solidariedade).

As políticas públicas não devem tentar enfrentar o problema da miséria e da fome com esmolas; isto funciona somente em um primeiro momento, saciando as necessidades imediatas. Somente políticas públicas de longo prazo, que pretendam gerar igualdade de oportunidades a todos é que realmente poderão solucionar o problema. O ponto de vista da liberdade deve ser visto como perspectiva norteadora do processo de desenvolvimento. Dentro desta visão, a colaboração de Amartya Sen:

> A expansão da liberdade é vista, por esta abordagem, como o principal fim e o principal meio do desenvolvimento. O desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente. A eliminação de privações de liberdades substanciais argumenta-se aqui, é constitutiva do

desenvolvimento.[46]

Retornando ao mínimo existencial, pretendeu a doutrina especializada no tema, restringir a aplicabilidade da dignidade humana, em termos de direitos subjetivos, a um núcleo mínimo necessário; em que estão contempladas todas as exigências mínimas capazes de se conferir dignidade a qualquer pessoa. Assim, ao reduzir a possibilidade de incidência, esta construção doutrinária colabora para que não se "banalize" o princípio da dignidade humana, evitando-se seu uso indiscriminado e sem critérios. Por outro lado, tenta otimizar a questão orçamentária, ao defender sua incidência em seara restrita, evitando-se o colapso orçamentário causado por decisões judiciais.

Neste particular, o próprio Judiciário tem aplicado critérios de "contenção" do uso indiscriminado da dignidade humana, evitando-se a completa banalização de tão importante princípio. Vejamos recentes julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

> Ementa: Apelação Cível. Transporte aéreo. Relação de consumo. Atraso no vôo. Mero aborrecimento. Dano moral inexistente. O atraso no vôo e os transtornos dele decorrentes, mesmo que indevidos, configuram-se dissabor do dia-a-dia, não fugindo à normalidade. Esta situação não configura uma agressão à dignidade humana. Não houve um menoscabo à subjetividade da autora, tanto que chegou incólume ao seu destino, porque diligentemente agiu a empresa demandada. Negaram provimento à apelação. Unânime
>
> Ementa: Apelação cível. Responsabilidade civil. Ação condenatória de obrigação de fazer cumulada com pedido indenizatório por danos morais e materiais. Troca de nome em exame laboratorial. Diagnóstico correto. No caso concreto, a falha no serviço prestado não teve repercussão relevante na esfera moral do consumidor, tratando-se de transtorno involuntário que não alcançou o limiar necessário a justificar reparação pecuniária. Enfoque do caso sob o prisma constitucional, a partir do que se verifica inexistir agressão à dignidade humana em face da pessoa do autor. Apelo provido.[47]

As decisões judiciais acima referidas demonstram claramente que a utilização sem critério do princípio constitucional da dignidade humana não vem sendo tolerada pelo Poder Judiciário. Pretender utilizar princípio de tal dimensão

[46] SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 10

[47] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sexta Câmara Cível. Apelação Cível nº 70011462330. Relator: Ney Wiedemann Neto. Julgado em 15 dez. 2005. Disponível em:< http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70011462330&num_processo=70011462330>. Acesso em: 22 jul. 2006

para alicerçar pretensão indenizatória por atraso de vôo ou porque determinado laboratório trocou o nome do cliente sem quaisquer conseqüências, são condutas que não encontram respaldo na sistemática que rege a principiologia constitucional. Meros dissabores do dia-a-dia não dão ensejo à reparação por dano moral, especialmente quando a pretensão vem equivocadamente alicerçada no princípio da dignidade humana.

Assim, se por um lado o uso abusivo do princípio da dignidade humana tem sido tolhido corretamente pelos Juízes, por outro lado, seu uso excepcional e limitado, criterioso e responsável, dentro do que a doutrina denomina de "mínimo existencial" deve ser fomentado. Passados quase vinte anos da edição da Constituição de 1988, apenas recentemente tanto a doutrina quanto a jurisprudência passaram a se utilizar da força que emana da dignidade humana enquanto vetor constitucional para a inclusão social.

A proposta de um mínimo existencial é defendida, inclusive, por diversos autores. Robert Alexy, em sua obra *Teoria de los derechos fundamentales*, citado por Ana Paula de Barcellos, na obra já referida, coloca que, aplicando-se a teoria da ponderação, conclui-se que o mínimo existencial é uma regra constitucional, resultado da ponderação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade real, de um lado e, de outro, das noções de separação dos poderes e de competência do legislador democrático, bem como do limite imposto pelos direitos de terceiros.[48]

A superação de uma visão tradicional, já arraigada na praxe forense brasileira, não é tarefa fácil, especialmente quando a defesa deste núcleo da dignidade fere diretamente interesses dos Poderes Legislativo e Executivo. Ora, na medida em que se defende que decisões judiciais, alicerçadas no princípio constitucional da dignidade humana, possam, ainda que somente na seara do mínimo existencial, determinar a prestação imediata do serviço pelo Estado, cria-se um impasse orçamentário. Contudo, é de se perguntar: segundo a Constituição, questões orçamentárias são mais importantes que a promoção da dignidade humana? Evidentemente que não!

Neste particular, oportuna a reprodução do questionamento feito por Ana Paula de Barcellos em seu livro, acerca do assunto em debate:

---

[48] ALEXY apud BARCELLOS, op. cit., p. 121.

> [...] será que as normas que cuidam da separação de poderes e do princípio majoritário pretendem efetivamente impedir de modo completo a eficácia positiva ou simétrica daquelas – normas também, lembre-se – relacionadas com a dignidade da pessoa humana? Será que na soma vetorial de todas essas disposições constitucionais, concerto sistemático, o vetor final há de ser a total preponderância da separação dos poderes e das prerrogativas dos Poderes Legislativo e Executivo, em detrimento da possibilidade de o Judiciário determinar de forma positiva algum efeito que seja da dignidade em seu aspecto material?
>
> [...] Ocorre, porém, que a associação de toda a construção teórica sobre a separação dos poderes com o contexto histórico do século XIX – a desmontagem vitoriosa do antigo regime pelas revoluções burguesas, nas quais o parlamento desempenhou sempre um papel destacado – acabou por envolver a separação de poderes recém implantada pelos revolucionários em uma roupagem dogmática. Isto é: um determinado modelo de separação de poderes – aquele em que se consagra a supremacia do parlamento e da lei, bem como a desimportância política do Judiciário – acabou por ser canonizado. Esse o cenário europeu continental do fim do século XIX e início do XX, de onde as concepções foram importadas para os países periféricos de tradição romano-germânica.[49]

As lições acima reproduzidas esclarecem que uma visão estática e excessivamente dogmática da separação de poderes não está de acordo com a dinâmica inerente à sociedade contemporânea. Desta forma, conclui-se que a separação de poderes não pode ser invocada para impedir que o Judiciário exerça efetivo controle sobre as ações e omissões eventualmente praticadas pelo Estado, com expressa determinação de prestações positivas com alicerce constitucional.

J. J. Gomes Canotilho também defende a flexibilização da visão oitocentista da separação de poderes, em sintonia com a melhor doutrina constitucionalista:

> Embora se defenda a inexistência de uma separação absoluta de funções, dizendo-se simplesmente que a uma função corresponde um titular principal, sempre se coloca o problema de saber se haverá um núcleo essencial caracterizador do princípio da separação e absolutamente protegido pela Constituição. Em geral, afirma-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro. Quer dizer: o princípio da separação exige, à título principal, a correspondência entre órgão e função e só admite exceções quando não for sacrificado o seu núcleo essencial. O alcance do princípio é visível quando com ele se quer traduzir a proibição do monismo de poder, como o que resultaria por exemplo, da concentração de plenos poderes no Presidente da República, da concentração de poderes legislativos no executivo ou da transformação do legislativo em órgão soberano executivo e legiferante. Todavia, permanece em aberto o problema de saber onde começa e onde acaba o núcleo

[49] BARCELLOS, op. cit. p. 209

essencial de uma determinada função.[50]

Defendemos, portanto, a idéia de que a separação de poderes não pode ser vista como um fim em si mesma; esta concepção deve ser funcionalizada à luz da nova dinâmica constitucional, à luz das novas práticas da sociedade contemporânea. A essência da separação de poderes é exatamente servir de instrumento para a proteção dos direitos do homem e para a promoção da dignidade. Não teria, assim, qualquer lógica que o instituto da separação dos poderes (instrumento) inviabilizasse a dignidade humana e sua promoção (fim).

Retomando, temos que pela regra do mínimo existencial, torna-se possível identificar ou estabelecer um padrão mínimo necessário para se idealizar uma linha imaginária da dignidade. Assim, abaixo desta linha, qualquer pessoa estaria em condições atentatórias à sua própria dignidade e a partir deste momento, passaria a ser titular de um direito subjetivo de exigir, judicialmente, o pronto restabelecimento de sua dignidade.

Dentro deste contexto, seria lícito ao Judiciário, provocado por ação civil pública proposta pelo Ministério Público, por exemplo, determinar ao Estado a imediata construção de uma casa-albergue que ofereça alimentação, pouso, banho e peças de roupas, por exemplo, aos mendigos. Afigura-se como sendo absolutamente inconstitucional a omissão do Estado com relação às pessoas que parecem estar desprovidas de tudo. Segundo a dignidade humana, não é lícito ao Estado assistir a estas cenas passivamente, apenas afirmando que se trata de um "grave problema social".

A partir desta mudança de mentalidade, tais omissões passam a não mais serem toleradas pela Constituição. No mesmo sentido, uma pessoa portadora de deficiência física e comprovadamente carente, poderia exigir do Estado, pela via judicial, a aquisição de uma cadeira de rodas, para o restabelecimento, ainda que parcial e mínimo, de sua dignidade.

Outro ponto que merece especial destaque é a questão das políticas públicas democraticamente discutidas por órgãos legítimos, tais como os Conselhos Municipais de Saúde, de Segurança Pública e da Infância e Juventude, por exemplo. Neste particular, havendo previsão constitucional expressa de determinada ação estatal e sendo este comando endossado por metas específicas traçadas

[50] CANOTILHO, **Direito constitucional...**, 2004, p 502.

previamente por Conselho Comunitário, mediante debates democráticos, surge para o poder público verdadeira obrigação de agir; no que se afasta a seara da discricionariedade e passa a vigorar verdadeira norma vinculante para o gestor público.

Nestas hipóteses pode e deve o Ministério Público propor ação civil pública para obrigar, por via judicial, o gestor público a cumprir comando expresso constante da Constituição da República, reforçado por leis ordinárias e estipulado previamente por Conselhos Comunitários de forma democrática. Alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça começam a reproduzir esta nova forma de pensar o direito, vejamos:

> O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do artigo 37, da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. Legitimatio ad causam do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no artigo 127 da CF, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis. [...] O direito à educação, insculpido na CF e no ECA é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. [...] O direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos é consagrado em norma constitucional reproduzida no artigo 54 da lei federal nº 8.069/90. [...] Revela notar que uma CF é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como circulares, portarias, medidas provisórias, leis ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente por quanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo, a atividade é vinculada

> sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea. [...] As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação. [...] Diversa é a hipótese segundo a qual a CF consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso resulte obrigação de fazer com repercussão na esfera orçamentária.[51]
>
> A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das crianças de zero a seis anos de idade o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento pelo poder público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da CF. A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da administração pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Embora resida primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria CF, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. Legitimidade ativa do Ministério Público reconhecida. Precedentes desta Corte Superior e do Colendo STF. Embargos de divergência conhecidos e providos.[52]

Convém salientar que nos julgados acima fica bastante clara a idéia de que a determinação judicial de uma atuação positiva (agir estatal) não pode mais ser colocada sob a ótica da interferência indevida de um poder em outro. Argumentos como este já não encontram mais respaldo no pensamento jurídico de vanguarda,

---

[51] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. T1 – Primeira Turma. REsp. 718203/SP – 2005/0008518-5. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 06 dez. 2005. **Diário da Justiça**, Brasília, 13 fev. 2006, p. 694. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=718203&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>. Acesso em: 19 jul. 2006

[52] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 485969/SP – Embargos de divergência no recurso especial 2005/0152163-1. Relator: Min. José Delgado. 1ª Seção STJ. Julgado em: 23 ago.2006. **Diário da Justiça**, 11 set. 2006, p. 220. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=485969&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>. Acesso em: 22 jul. 2006.

que aos poucos vai se consolidando no cenário jurídico nacional. O cerne dos julgados acima reflete um compromisso do Judiciário com a eficácia dos comandos constitucionais que regulamentam direitos indisponíveis como, por exemplo, a obrigatoriedade de creches para crianças de zero a seis anos de idade.

Ainda na seara das políticas públicas, Eliezer Gomes da Silva, em recente artigo jurídico, vai mais além, chegando mesmo a lamentar a ausência de legislação criminal específica tutelando a "responsabilidade social" de gestores públicos, que por omissão, negligência ou mesmo insensibilidade social deixam de implementar tais políticas que, além do assento constitucional, foram democraticamente discutidas e aprovadas por órgãos sociais legítimos.

> Por outro lado, o conceito de crime, e a fundamentação teórica e ética que o completa (em torno de interesses humanos delimitados de forma restrita), não tem efeito apenas descriminalizador. Abre-se a possibilidade de criminalização de condutas por parte de governantes, por omissão dolosa ou negligência na implementação (podendo fazê-lo) de políticas e direitos sociais básicos para a vida condigna de seus governados. É possível hoje no Brasil a punição, inclusive de administradores públicos até por simples descumprimento de metas fiscais e financeiras (lei de "responsabilidade fiscal"). Por outro lado, não há qualquer preocupação quanto à criminalização de condutas muito mais lesivas aos interesses de populações inteiras por simples omissão, negligência e insensibilidade social de seus governantes. Por que não há leis criminais tutelando a "responsabilidade social" de governantes, notadamente pela omissão, sem justa causa, na implementação de necessárias políticas públicas, notadamente aquelas já definidas e aprovadas por legítimos representantes da sociedade civil (políticas educacionais, de saúde, de educação, penitenciária, de assistência social, etc.)? Se a concepção de direitos humanos tem evoluído, da tradicional tutela dos direitos individuais contra os excessos do Estado, para abranger também os direitos e interesses de âmbito social, tais direitos e interesses devem ser também tutelados por um Direito Penal que se pretenda apenas legitimado eticamente para a proteção dos direitos humanos. E não para a simples manutenção da ordem constituída.[53]

O que não se pode tolerar, no atual contexto, de pós-positivismo e de humanismo, é a conveniente desculpa de que não cabe ao Judiciário "gerir" orçamentos públicos pela via processual. Que fique bem claro: o que defendemos não é a concessão de super-poderes ao Judiciário; mas tão somente que ele, enquanto poder constituído da República, possa cumprir sua missão, de fazer valer

[53] SILVA, Eliezer Gomes da. Direitos humanos como fundamento ético-argumentativo para um conceito material de crime – uma proposta de superação da teoria do bem jurídico-penal. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Ed.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. (no prelo).

a vontade soberana do legislador constituinte originário, que é, sem qualquer dúvida, a promoção da dignidade humana.

Novamente citamos a sempre atualizada lição de Gomes Canotilho, que em seu estudo sobre o tema reconheceu categoricamente a existência de um núcleo mínimo da dignidade, gerador de direitos subjetivos para aqueles que se encontrem carentes de tutela estatal. No mesmo ensaio, Canotilho também reconhece a flagrante omissão inconstitucional do Estado que não atuar positivamente para restabelecer a dignidade. Vejamos:

> Das várias normas sociais, econômicas e culturais é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda a ordem econômico-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (minimum core of economic and social rights), na ausência do qual o estado português se deve considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas. Nesta perspectiva, o rendimento mínimo garantido, as prestações de assistência social básica, o subsídio de desemprego são verdadeiros direitos sociais originariamente derivados da constituição sempre que eles constituam o standard mínimo de existência indispensável à fruição de qualquer direito.[54]

Por fim, resta uma questão: qual o conteúdo concreto deste “mínimo existencial”? Para responder a esta pergunta, a doutrina contemporânea de vanguarda idealizou quatro elementos que comporiam este núcleo essencial da dignidade humana. São eles, a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça. Com relação a estes elementos, defende esta linha de pensadores, ao qual nos filiamos, que existe verdadeiro direito subjetivo passível de imediata postulação perante o Judiciário. Confere-se, portanto, eficácia jurídica positiva a qualquer pessoa que esteja em reconhecida posição de indignidade.

A educação básica, englobando os oito primeiros anos de escolaridade, é condição para o próprio exercício da cidadania e, portanto, para uma vida minimamente digna. Neste particular, qualquer omissão do Estado geraria direito subjetivo para que o prejudicado ingressasse em juízo e postulasse a imediata solução do problema; que poderia ser, em último caso, até mesmo a determinação de pagamento de escola particular equivalente até a implementação da vaga.

Ainda dentro da educação, entendemos que a condição de “analfabeto” é

---

[54] CANOTILHO, **Direito constitucional...**, op. cit., p. 470

absolutamente atentatória à dignidade de qualquer pessoa. Neste sentido, seria lícito a qualquer analfabeto o exercício de direito subjetivo tendente a exigir do Estado a matrícula em curso de alfabetização, independentemente da idade do interessado. Em Municípios mais carentes e desprovidos de recursos, caberia ao Estado, inclusive, o fornecimento de transporte e de material para este fim. Não há dúvida de que a superação da condição de analfabeto faz surgir para o indivíduo nova perspectiva de vida e o pronto restabelecimento de parcela de sua dignidade.

A tutela judicial das pessoas que se encontram na condição de analfabetas, caberia, em um primeiro momento, às Instituições legitimadas para a propositura de ações civis públicas e, dentre elas, especialmente ao Ministério Público; em casos individualizados, a tutela ficaria a cargo da Defensoria Pública.

Neste particular, considerando-se que na grande maioria dos Municípios brasileiros não existe Defensoria Pública, considerando-se, ainda, que nestes Municípios muitas vezes não existem sequer advogados que se disponham a atuar graciosamente em prol dos mais carentes, a população simplesmente se vê alijada da possibilidade de ingressar em Juízo.

Diante deste contexto, não há outra alternativa a estes excluídos senão recorrerem ao Promotor de Justiça, mesmo para a postulação de direitos que não se enquadram no rol dos interesses difusos ou coletivos. A experiência de Ministério Público tem demonstrado que a maioria dos Juízes faz “vistas grossas” para a questão processual da legitimidade da Instituição em cidades muito carentes e desprovidas de assessoria jurídica gratuita, recebe a ação e julga o processo, muitas vezes consignando na sentença que a aplicação literal das leis processuais, literalmente, inviabilizaria o acesso à Justiça e a decorrente prestação jurisdicional.

Pergunta-se: o que realmente é mais importante, a questão processual da legitimidade ou o comando constitucional que determina o amplo acesso à Justiça? Não são raras as vezes em que Promotores de Justiça ingressam com ações civis públicas para postularem uma vaga em escola particular para uma única criança, contrariando frontalmente decisões de Tribunais Superiores que insistem em não reconhecer a legitimidade excepcional da Instituição, mesmo diante da realidade social brasileira.

Ora, se esta lamentável omissão ocorre ainda hoje, no século XXI, no interior do Paraná, reconhecidamente um dos Estados mais desenvolvidos da Federação, que dirá em Estados no norte e nordeste do Brasil, em que a omissão

estatal é muito mais latente! Entendemos que a formalidade processual exigida por algumas cortes deste país afigura-se como sendo atentatória à dignidade da pessoa humana. A flexibilização justificada de normas processuais, especialmente as que conferem legitimidade de agir, é imperativa diante do contexto social que nos cerca.

É evidente que diversos outros exemplos poderiam ser sugeridos neste particular; todavia, não temos a pretensão de exaurir o assunto dignidade na seara da educação e, talvez, isto nem fosse possível. Nossa proposta limita-se ao "lançamento da semente", tentando mostrar ao leitor a necessidade de superação da visão tradicional para a implementação de um direito realmente voltado para o social.

A prestação de serviços de saúde por parte do Estado também gera para todo e qualquer cidadão verdadeiro direito subjetivo neste sentido. Qualquer pessoa, independentemente de ser brasileira ou não, de ser eleitora ou não, de estar com impostos atrasados ou não, tem direito a um atendimento digno na área da saúde pública.

Talvez seja nesta seara da saúde pública que exista a maior incidência da noção de dignidade humana na prestação do serviço pelo Estado. A condição de vulnerabilidade do cidadão que precisa de um serviço médico é algo incontestável. A sensação de impotência diante de um sistema da saúde que beira ao caos transfere, de certa forma, para os operadores do direito uma dose de responsabilidade com a pergunta: o que fazer, em termos jurídicos, para que o Estado brasileiro efetivamente cumpra a Constituição com relação à prestação de serviços de saúde?

É consenso que ninguém fica doente por que quer, ou que ninguém escolhe o tratamento de que precisa. Também ninguém escolhe o remédio mais caro para seu tratamento por desejo próprio. O que deve nortear a área da saúde pública é a opção responsável do médico de acordo com as opções disponíveis, em termos de recursos científicos.

Entendemos ser absolutamente inconstitucional a limitação de cotas para atendimentos (AIH's), exigência de percentuais para cesarianas, indução dos médicos para o parto normal, sob pena de não pagamento, dentre inúmeras outras situações que jamais poderiam ser "engessadas" pelo planejamento do Governo. Se por um lado reconhecemos a necessidade de políticas públicas genéricas na seara da saúde, democraticamente discutidas; por outro, defendemos a necessidade de certa maleabilidade na decisão do médico diante de casos concretos específicos.

Apesar de ser pensada sob a ótica coletiva, a política de saúde pública deveria reservar parcela de seu orçamento para a solução imediata dos casos não usuais, em que caberia ao médico gestor justificar fundamentadamente sua opção de tratamento. Em casos mais extremos, caberia a sugestão de remessa desta opção do médico gestor a uma junta médica para chancelar ou não aquela opção. O que não aceitamos é a aniquilação da perspectiva individual na seara da saúde pública. Caberia aqui uma analogia em termos procedimentais com a dinâmica utilizada nos Juizados Especiais, com a remessa da sentença monocrática para uma Turma Recursal regional. Assim, o médico faria sua opção fundamentada e enviaria de ofício sua decisão para uma junta médica vinculada a sua regional de saúde, que poderia chancelar aquela opção ou não, também de forma fundamentada.

Hildegard Taggesell Giostri, autora de obra específica sobre o tema, reconhecendo a necessidade de se conferir ao médico certa discricionariedade no que se refere ao tratamento de seus pacientes, especialmente diante do corpo humano, que traz consigo de forma indissociável o fator álea. Vejamos:

> É de se perguntar agora: com qual finalidade foi recriada essa categoria de obrigação (de resultado)? E a resposta é apenas uma: para caracterizar uma prestação obrigacional em searas onde não exista o fator álea. E para concluir sobre a impropriedade de uso dessa categoria de obrigação para caracterizar a prestação obrigacional do médico, basta uma última indagação: existe algo mais aleatório que o organismo humano, sua fisiologia e sua psique...?
>
> Daí entender-se como inadequado o fato de considerar como sendo de “resultado” uma prestação obrigacional, cujo cumprimento se desenrola numa zona tão aleatória quanto o organismo humano. Este é previsível, sim, mas até certo ponto, a partir daí é entrar-se no universo nebuloso da imprevisibilidade e da imponderabilidade.
>
> O subjetivismo, a imprevisibilidade do organismo, sua complexidade e o fator álea estarão sempre presentes, independentemente da vontade do agir profissional. Por tal razão há que se refletir sobre o fato de que sendo a obrigação de resultado aquela em que o credor tem direito de exigir do devedor a produção de um resultado, sem o que terá o inadimplemento da relação obrigacional, então está-se a tratar de outra área, previsível, ponderável, não subjetiva e com ausência de álea. E, por óbvio, o organismo humano não tem essas características.[55]

A posição doutrinária da professora está a merecer intensa reflexão, inclusive para a revisão de políticas públicas de saúde. Destarte, apesar de

[55] GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico**: à luz da jurisprudência comentada. Curitiba: Juruá, 2004. p. 82, 90 e 92.

concordarmos com a idealização genérica das políticas públicas, democraticamente discutidas, não se pode “engessar” a classe médica, aniquilando a possibilidade de prescrição de tratamentos específicos, voltados às peculiaridades de determinados indivíduos. Em sede de saúde pública, fatores subjetivos e aleatórios, inerentes à complexidade de corpo humano, não podem ser desconsiderados. A análise acima deixa esta questão bastante clara.

Ao agir de modo fixo, pré-estabelecido, sem margens para circunstâncias imprevistas e aleatórias, o Governo, gestor da saúde pública, coloca postulados genéricos e nem sempre verdadeiros acima da dignidade humana e descumpre a Constituição. A reversão deste quadro é mais do que apenas necessária. Enquanto a elite do país se associa aos planos privados de assistência médica, as pessoas carentes continuam a morrer em filas de hospitais públicos por falta de atendimento ou por falta de condições mínimas necessárias para a realização de cirurgias. Defendemos que parcela do orçamento da saúde deva ser direcionada para a solução de casos específicos em que tratamentos não convencionais se constituem nas únicas alternativas.

Diante deste contexto desolador, entendemos ser lícito, eis que direito subjetivo, ao cidadão o acionamento judicial do Estado para que pague cirurgia particular em hospitais privados. Atenta contra a dignidade humana, esperar um, dois ou até três anos em uma fila para a realização de uma determinada cirurgia.

Atenta contra a dignidade de qualquer ser humano, esperar meses para a realização de uma consulta com um médico-especialista. Se uma determinada situação de saúde foi diagnosticada, é direito subjetivo do cidadão, exigir do Estado providências – imediatas – para solucionar o problema. Não é razoável que uma pessoa continue a assistir ao agravamento de um quadro clínico porque existem filas, porque os leitos estão cheios, porque o aparelho quebrou...

Neste sentido, cabe ao Ministério Público, a Defensoria Pública, a OAB, às ONG’s, às associações e entidades legitimadas a imediata implementação de uma nova visão do direito. Somente um acionamento sistemático do Estado na Justiça seria capaz de reverter este quadro desolador. A pressão lícita, eis que feita via Poder Judiciário, serviria para minimizar o angustiante sofrimento daquelas pessoas, desprovidas de recursos e de assistência, no momento em que mais precisam.

Associada a esta questão, imprescindível se faz uma visão mais humana e social por parte dos Juízes. E o caminho? O caminho começa pela absorção da

noção de supremacia do valor “dignidade humana” conjugado com a seguinte pergunta: e se fossemos nós ou alguns dos nossos?

Aquela velha retórica de que o direito à saúde é norma constitucional programática e depende de questões orçamentárias do Estado; de que não cabe ao Poder Judiciário interferir em orçamento público; de que o direito à saúde, conforme concebido na Constituição da República, somente obrigaria o governo a um planejamento e não geraria direito subjetivo às tutelas judiciais, na seara de saúde, diferentes das oferecidas pelo sistema, já não podem mais servir da argumento perante a realidade brasileira.

É chegado o momento de o Judiciário e o Ministério Público assumirem suas responsabilidade decorrentes da Constituição da República. Imprescindível se faz a superação da dogmática tradicional e uma visão mais humana do direito, em prol da inclusão social. Neste sentido, vale a reprodução parcial de memorável decisão da mais alta Corte do país, o E. Supremo Tribunal Federal, assinada pelo Ministro Celso de Mello. Na decisão que segue, o STF consolida a necessidade de se conferir à aplicação do direito, valores éticos e morais, decorrentes de uma visão nitidamente pós-positivista e intenso cunho humanístico. Vejamos:

> Ementa: Pacientes com esquizofrenia paranóide e doença maníaco-depressiva crônica, com episódios de tentativa de suicídio. Pessoas destituídas de recursos financeiros. Direito à vida e à saúde. Necessidade imperiosa de se preservar, por razões de caráter ético-jurídico, a integridade desse direito essencial. Fornecimento gratuito de medicamentos indispensáveis em favor de pessoas carentes. Dever constitucional do Estado (CF, arts. 5º, “caput”, e 196). Precedentes (STF). Reconhecido e provido.
>
> Entendo assistir plena razão aos recorrentes, que são irmãos, pois o desacolhimento de sua pretensão recursal poderá gerar resultado inaceitável sob a perspectiva constitucional do direito à vida e à saúde. É que - considerada a irreversibilidade, no momento presente, dos efeitos danosos provocados pelas patologias que afetam os recorrentes (que são portadores de esquizofrenia paranóide e de doença maníaco-depressiva crônica) - a ausência de capacidade financeira que os aflige impede-lhes, injustamente, o acesso ao tratamento inadiável e ao fornecimento dos medicamentos a que têm direito e que se revelam essenciais à preservação da integridade do seu estado de higidez mental e de sua própria vida, porque os seus antecedentes pessoais registram episódios de tentativa de suicídio.
>
> Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da lei fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar a todos proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao poder público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa. A impostergabilidade

da efetivação desse dever constitucional autoriza o acolhimento do pleito recursal ora deduzido na presente causa.

Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da presidência do STF, em contexto assemelhado ao da presente causa (pet 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, "caput" e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

Cumpre não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o poder público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado Brasileiro (José Cretella Júnior, "comentários à Constituição de 1988", vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, forense universitária) - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o poder público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria lei fundamental do Estado.

Nesse contexto, incide, sobre o poder público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas - preventivas e de recuperação -, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, da Constituição da República.

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde - que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas - impõe ao poder público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito - como o direito à saúde - se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.

> Sendo assim, pelas razões expostas, e acolhendo, ainda, o parecer da douta Procuradoria-Geral da República (fls. 131/132), conheço e dou provimento ao presente recurso extraordinário (CPC, art. 557, § 1º - a), em ordem a julgar procedente a ação ordinária ajuizada pela parte ora recorrente, restabelecendo, desse modo, por inteiro, a r. sentença proferida pelo magistrado estadual de primeira instância.[56]

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ainda de forma considerada ousada pelos mais tradicionais, vem fazendo a sua parte na promoção da eficácia dos chamados super-direitos. Vejamos a decisão abaixo:

> Apelação. Medicamentos. Honorários à Defensoria Pública. Bloqueio do valor necessário para a compra no mercado. Possibilidade de julgamento liminar. 1. Considerando que a Defensoria Pública é um órgão do próprio Estado, é razoável o entendimento, já adotado pelo STJ, no sentido de não serem devidos honorários advocatícios nos processos por ela ajuizados em que o Estado resulta sucumbente, uma vez que restam coincidentes na mesma pessoa jurídica (o Estado) as qualidades de credor e devedor, fenômeno chamado confusão (CC/1916, art. 1.049; CC/2002, art. 381). 2. Se o Estado descumpre ordem judicial de fornecer medicamento (obrigação de dar), adequado se ostenta, para fins de garantir direito à saúde assegurado diretamente pela Constituição Federal, e tendo em vista remissão que o art. 461-A, § 3º, faz ao art. 461, §5.º, do CPC, é possível o bloqueio do valor necessário em conta bancária do Estado junto ao Banrisul, com expedição de alvará, para que o paciente possa adquirir o remédio no mercado. Tratando-se de proteção aos chamados superdireitos da pessoa (vida e saúde), não há falar em ferimento ao princípio do precatório. 3. Julgamento monocrático. Princípio da jurisdição equivalente. Se há orientação sedimentada no órgão colegiado que, se levado adiante, julgará o recurso, nada obsta que o relator o julgue desde logo. Em tais situações vigora o princípio da prestação jurisdicional equivalente. O relator nada mais faz do que dar à parte recorrente a prestação jurisdicional que seria dada se julgado pelo órgão fracionário. Trata-se, igualmente, de hipótese implícita, que revela a verdadeira teologia do art. 557 do CPC. 4. Negado seguimento no tocante à condenação em honorários (art. 557, caput, do CPC); recurso provido para determinar o bloqueio, junto ao Banrisul, dos valores necessários para a aquisição dos medicamentos (artigos 461, § 5º, e 461-A, § 3º, ambos do CPC).[57]

Ainda, o mesmo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em decisão de vanguarda, contrariando a legalidade estrita e analisando o Direito sob o

---

[56] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 393175/RS. Relator: Min. Celso Mello. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe= RE&processo= 393175&recurso=0&tip_julgamento=M>. Acesso em: 23 jul. 2006.

[57] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara Cível. Processo nº 70009770611. Apelação e reexame necessário. Relator: Irineu Mariani. Julgado em 09 dez. 2004. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70009770611&num_processo=70009770611>. Acesso em: 22 jul. 2006.

aspecto principiológico, sensível à realidade brasileira de que na maioria das Comarcas do país simplesmente não existe Defensoria Pública, mesmo sendo este um direito assegurado ao cidadão pela Constituição da República, reconheceu a legitimidade do Ministério Público para postular o fornecimento de medicação para uma única criança em face do Estado ou do Município. Em decisão inovadora, superando a cômoda "decisão-padrão" de que não é lícito ao Judiciário se inserir em políticas públicas próprias do Executivo, deu exemplo à comunidade jurídica nacional acerca da necessidade de se romper com a "lógica cruel do culto à legalidade", vejamos:

> Ementa: Apelação. Eca. Medicamento. Ilegitimidade do Ministério Público, Município e Estado. Falta de interesse de agir. Preliminares afastadas. Responsabilidade solidária dos entes da federação (Estado e Município). Alteração do medicamento para o composto genérico. Inovação em sede recursal. Descabimento. Bloqueio de valores dos cofres públicos. Cabimento. 1) O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação civil pública em favor de menor, visando à obtenção de medicamento, porque compete-lhe proteger os interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência. 2) O Estado do Rio Grande do Sul e o Município de Veranópolis têm legitimidade concorrente para fornecer medicamento a menor portador de cardiopatia congênita, em face da solidariedade existente entre os entes da federação e que decorre do texto constitucional (CF, art. 23, inc. II e art. 196). As ações que têm por objetivo o direito à saúde pública não se restringem a uma das esferas administrativas, porquanto se constitui dever do Estado lato sensu, representando, a discussão acerca da divisão de responsabilidades, questão administrativa a ser apreciada unicamente entre os entes federativos. 3) Desnecessário que a parte esgote a via administrativa para o ingresso no Judiciário, mormente face ao garantido direito constitucional de livre acesso ao Judiciário. 4) Em face do princípio da eventualidade e do efeito devolutivo do recurso, configuram inovação recursal - vedada pelo ordenamento jurídico - razões recursais que discorrem a respeito de teses que não foram suscitadas na contestação, motivo por que não se conhece da alegação referente ao fornecimento de medicamento genérico. 5) Correto o bloqueio de dinheiro do ente público suficiente para aquisição de medicamento de uso contínuo para menor portador de grave patologia, em face da necessidade de dar efetividade à tutela do direito à vida e à saúde, bem como da obrigatoriedade de cumprimento de ordem judicial. Reexame necessário não conhecido. Preliminares rejeitadas. Apelo do Município desprovido. Apelo do Estado parcialmente conhecido e, nesta, desprovido.[58]

[58] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Cível. Apelação Cível nº 70014933675. Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. Julgado em 22 jun. 2006. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70014933675&num_processo=70014933675>. Acesso em: 15 mar. 2006.

Com uma análise jurídica inovadora e, por que não ousada, totalmente adequada aos anseios da vida contemporânea, o mesmo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vem dando uma interpretação funcional aos princípios constitucionais, conferindo-lhes dimensão social jamais vista, vejamos:

> Apelação cível. Administrativo e constitucional. Ações e serviços de saúde. Fornecimento de Medicamentos: Evidenciada a premente necessidade dos fármacos arrolados, bem como a precariedade financeira do postulante, impõe-se aos entes públicos providenciar o seu fornecimento, amparando os direitos à vida, à saúde e à dignidade humana. Bloqueio de Valores: Excepcional manutenção do bloqueio de valores para assegurar o fornecimento de medicamentos a paciente necessitada. Medida excepcional que se justifica pela crônica relutância dos entes públicos em atender o comando judicial, colocando em risco a vida e a saúde do necessitado. Precedentes do STJ e desta Câmara. Sentença de procedência mantida. Recurso desprovido.[59]

Particularmente, o julgado acima reconhece de maneira enfática a flagrante omissão inconstitucional dos entes federativos no que se refere ao não atendimento de comando constitucional expresso, decorrente da combinação dos artigos 1º, III e 196 da Constituição da República. Neste sentido, a despeito de reconhecer a excepcionalidade da medida de bloqueio judicial de verbas estatais, reconhece sua legitimidade diante das circunstâncias do caso concreto; no que merece nosso mais profundo voto de respeito e admiração pela coragem da decisão.

A transcrição da doutrina de Ana Paula de Barcellos acerca deste tópico específico corrobora nosso posicionamento e elucida a questão:

> A maior ou menor extensão dos efeitos das normas constitucionais e a determinação do mínimo existencial, portanto, dizem respeito às prestações de saúde disponíveis e não às condições melhores ou piores de saúde das pessoas, mesmo porque muitas vezes não há qualquer controle sobre o resultado final que uma determinada prestação de saúde produzirá no paciente. Assim, quando se cuida do mínimo existencial em saúde, se está tratando das prestações de saúde que podem ser judicialmente exigidas do Poder Público, a serem prestadas diretamente por ele ou pelo particular com custeio público, caso a Administração não possa ou não tenha meios de executar a prestação.[60]

O Superior Tribunal de Justiça, Corte de âmbito nacional, também tem firmado posicionamento de vanguarda ao transcender a legalidade estrita e buscar a dimensão social trazida com a norma jurídica, especialmente quando a lide deduzida

---

[59] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, loc. cit.
[60] BARCELLOS, **A eficácia jurídica...**, op.cit., p. 277

em juízo envolve questões ligadas à saúde do jurisdicionado.

> FGTS – Levantamento do saldo – Acidente de trabalho – Incapacidade de trabalhar – Idade avançada – Tratamento de saúde – Possibilidade - Precedentes. 1. É tranqüila a jurisprudência do STJ no sentido de permitir o saque do FGTS, mesmo em situações não contempladas pelo art. 20 da Lei 8.036/90, tendo em vista a finalidade social da norma. 2. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**,** com assento no art. 1º, III, da CF/88, é fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, que constitui a República Federativa do Brasil, e deve se materializar em todos os documentos legislativos voltados para fins sociais, como a lei que instituiu o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. 3. Precedentes da Corte. 4. Recurso especial improvido.[61]
>
> PIS. Levantamento do saldo. Tratamento de moléstia grave, não enunciada nas leis nº 7.670/88 e 8.922/94. Possibilidade. 1. Ação ordinária, com pedido de alvará judicial, objetivando o levantamento do saldo do PIS para fazer face às despesas decorrentes de cirurgia plástica para correção de deformidades sofridas pelo autor na lâmina papirácea da órbita direita, acompanhada de deslocamento medial do reto lateral, bem como do globo ocular. 2. O Superior Tribunal de Justiça, em casos excepcionais, tem admitido a liberação do saldo do PIS/PASEP para fazer face às despesas com doença grave. 3. Precedentes: RESP 685.716/RS, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 20.06.2005 - O julgador, na aplicação da lei, não deve restringir-se à singela subsunção do fato à norma, mas, antes, auscultar os princípios vetores do ordenamento jurídico e os fins a que se destina, concedendo relevo à tutela da dignidade da pessoa humana**,** um dos fundamentos da República. 4. Na hipótese sub examine, tanto a sentença quanto o acórdão recorrido constataram o fato de o autor necessitar de cirurgia plástica para correção de deformidades sofridas na lâmina papirácea da órbita direita, acompanhada de deslocamento medial do reto lateral, bem como do globo ocular, o que revela a necessidade de o autor lançar mão do saldo da sua conta de PIS, para atender a uma das necessidades mais prementes do ser humano, que é a saúde, a qual é-lhe garantida, inclusive, por princípio constitucional. 5. Deveras, os motivos enunciados na legislação pertinente ao levantamento do saldo existente no PIS/PASEP não o são em numerus clausus, o que permite a sua aplicação extensiva com o escopo de atingir os desígnios a que ela se destina.[62]

Nos exemplos acima relacionados, os Ministros do STJ fazem expressa referência à necessidade de o julgador transcender a mera subsunção do fato à

---

[61] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 670723/SC; Recurso Especial 2004/0089976-4. Relatora: Ministra Eliana Calmon (1114).T2 – Segunda Turma. Julgado em 07 fev. 2006. **Diário da Justiça**, 6 mar. 2006. p. 322. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=670723&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em: 25 jul. 2006.

[62] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 719310/RS; Recurso Especial 2005/0010482-0. Relator: Ministro Luiz Fux (1122). T1- Primeira Turma.Julgado em 6 dez. 2005. **Diário da Justiça**, 13 fev. 2006, p. 695. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=719310&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>. Acesso em: 25 jul. 2006.

norma e de se conceder à atividade jurisdicional um cunho muito mais social do que tecno-formal-positivista. A dignidade humana quando corretamente interpretada e aplicada, ainda que de forma excepcional, possui grande força transformadora da sociedade, especialmente como promotora da inclusão social.

Outro item de grande densidade social é atuação do Estado diante da miserabilidade de alguns cidadãos. A assistência social aos desamparados, que estão abaixo da linha imaginária da dignidade humana, também gera inequívoco direito subjetivo a estas pessoas, independentemente de qualquer tipo de questionamento.

Assim, todo cidadão que não tenha aonde dormir, não tenha o que comer, não tenha local para tomar um banho e se vestir com um mínimo de dignidade, poderá exigir do Estado prestação positiva neste sentido. É inconcebível que em um país como o Brasil, ainda existam pessoas revirando latões de lixo atrás de comida; famílias inteiras sobrevivendo em lixões, disputando comida com animais. Tais exemplos são atentatórios à noção de dignidade humana e à própria concepção cristã de vida.

É evidente que não defendemos que um sem-teto ingresse em Juízo para que o Estado lhe compre um apartamento; ou que uma determinada família de indigentes, de alguma forma, ingresse em Juízo e postule que o Estado lhe disponibilize refeições diárias em determinado restaurante.

O que se pretende é o reconhecimento de um dilema: se o Ministério Público, por exemplo, propõe ação civil pública para obrigar o Estado a adotar determinada política pública imposta pela Constituição, o Judiciário dirá que não pode interferir no poder discricionário do administrador; por outro lado, este mesmo administrador continua a gastar milhões em publicidade deixando de cumprir uma determinada política pública obrigatória, em um conveniente círculo sem fim.

Ora, os adolescentes brasileiros que praticam atos infracionais são “depositados” em instituições estatais de duvidosa qualidade e quando questionados, os gestores públicos sempre alegam falta de recursos; todavia, todas as entidades da federação possuem gastos elevadíssimos com publicidade, sem que ninguém tome providência. Sem uma mudança de foco continuaremos a andar em círculos na sociedade brasileira. Determinadas situações exigem do Estado ação imediata e ele Estado deve estar preparado para isto em termos orçamentários.

Neste sentido, afigura-se como sendo emergencial uma ação concreta do

Estado brasileiro para minimizar níveis aviltantes de desigualdade social. Novamente, defendemos ser um dever das Instituições e entidades legitimadas a propositura de ação judicial tendente a obrigar o poder público a construir albergues assistenciais em cidades-pólo. Nestes albergues públicos deveria existir o fornecimento de refeições, locais para banho e higiene pessoal, peças de roupas para distribuição, orientação psicológica e convênios para reenquadramento profissional.

A sociedade brasileira já não pode mais assistir passivamente a tamanha degradação. Não é difícil perceber, também, que a simples implementação destes albergues já serviria para restabelecer – imediatamente – parcela da dignidade destas pessoas. Serviria, ainda, como atividade estatal preventiva e redutora de crimes e de atendimentos hospitalares. Uma pessoa mal alimentada, vivendo na indigência, tem grandes chances de praticar furtos, ainda que famélicos e de ser internada em hospitais. Em ambas as situações, os gastos gerados ao Poder Público seriam significativamente maiores.

O fato é que não se pode falar em dignidade humana com fome. Esta é uma assertiva incontestável. O Estado brasileiro recebeu ordem direta do legislador constituinte originário para restabelecer, prontamente, a dignidade dos mais carentes; todavia, apesar do comando constitucional, continua omisso neste particular. Tal omissão, além de inconstitucional, gera graves conseqüências sociais. A opção a ser utilizada, dentre várias possíveis, deve ficar a critério do administrador público, conforme poder discricionário que lhe é inerente.

Entretanto, esta discricionariedade não lhe autoriza a deixar de agir. A ordem direta emanada da Constituição da República deve, necessariamente, ser cumprida. Não cabe ao Ministério Público e nem ao Judiciário determinar ao gestor público a adoção desta ou daquela opção; contudo, em nosso entendimento, seria lícito e recomendável que o Ministério Público ingressasse com ação civil pública tendente a obter do Judiciário determinação direta ao Executivo para implementar programa eficaz neste sentido.

Ana Paula de Barcellos, de forma segura, discorreu sobre o assunto:

> Já se pode ver que a questão não é simples. Decerto, caberá ao Poder Público decidir democraticamente sob que forma a assistência aos desamparados deverá ser prestada, embora esteja obrigado a oferecê-la de algum modo. A eficácia positiva ou simétrica das normas constitucionais que cuidam do tema está no fato de que é

> possível exigir judicialmente do Estado ao menos os bens em questão in natura, isto é: o Estado deve dispor de um estabelecimento no qual as pessoas necessitadas possam se abrigar à noite, assim como de alguma forma de programa de alimentação e vestuário para esses indivíduos, ou, se assim preferir, de alguma estrutura equivalente. O vital é que os desamparados tenham onde obter socorro; seja através da prestação direta pelo Estado, de conveniados do Poder Público, de vales, ou de qualquer outra maneira que a inteligência política possa imaginar.
>
> [...]
>
> É difícil imaginar que alguém em tamanho grau de desamparo tenha informação suficiente e condições de ingressar em juízo. A tutela coletiva através do Ministério Público ou de associações, como já se mencionou ao tratar da educação e da saúde básica, desempenhará um papel mais relevante neste particular, especialmente na defesa de interesses difusos. Os legitimados para a ação civil pública, como já se referiu, além da defesa de interesses coletivos específicos – como a assistência de uma comunidade desabrigada por conta de enchentes -, poderão pleitear judicialmente que o Poder Público seja obrigado a instituir alguma forma de assistência básica aos desamparados, conforme exposto acima, em determinado contexto, considerando que, se não houver recursos disponíveis no ano corrente, eles deverão ser obrigatoriamente incluídos no próximo orçamento, de modo que o prazo máximo para o cumprimento da decisão judicial seja o exercício seguinte.[63]

Por fim, o último componente deste núcleo essencial da dignidade humana é a questão do acesso à Justiça. Na verdade, não se pode conceber ou pretender eficácia na implementação de educação básica, de saúde pública e de assistência social aos desamparados, sem amplo acesso à Justiça. Aliás, existe comando constitucional expresso neste sentido (artigo 5º, inciso XXXV), que se interpretado à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, perfaz noção inquestionável de que algo precisa ser feito neste particular.

Dentro deste tópico, ainda existe outro ponto inquestionável: o de que as pessoas que mais dependem de uma atuação positiva do Estado para o restabelecimento mínimo de suas dignidades são também as mais desprovidas de conhecimento e jamais terão, por si só, o discernimento de ingressar com uma ação; seja porque não têm dinheiro, seja porque não têm informação e muito menos acesso a Instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Neste sentido, defendemos que tais iniciativas devem partir do rol de legitimados ativos para a propositura destas ações civis públicas. Pretender que um analfabeto ou um indigente saiba o que é Ministério Público ou Defensoria é no

[63] BARCELLOS, op. cit., p. 291-292.

mínimo um contra-senso. Um indigente, provavelmente, sequer conseguiria ter acesso a um Promotor de Justiça, seguramente porque teria negado seu ingresso no Fórum.

Ainda, a questão do acesso à Justiça assume caráter de essencialidade na exata medida em que é verdadeira condição para a implementação de políticas realmente direcionadas para a inclusão social, referentes ao núcleo mínimo da dignidade humana. Se o Executivo, principal gestor do orçamento público, se encontra em situação de omissão inconstitucional, somente pela intervenção do Poder Judiciário é que se poderá reverter o lamentável quadro de exclusão brasileiro.

Defendemos ser juridicamente possível que o Ministério Público, por exemplo, na qualidade de legitimado ativo para a propositura de ações civis públicas, ingresse em Juízo contra um determinado ente-federativo, pretendendo que o Judiciário determine a inclusão de verba no próximo orçamento para a implementação de Defensoria Pública. Não há dúvida de que, de acordo com a visão contemporânea do direito constitucional, a ausência de implementação das defensorias é omissão inconstitucional que atenta contra a dignidade humana; justamente por vedar o acesso à Justiça da classe mais necessitada da população.

Lamentavelmente a grande maioria dos Tribunais brasileiros ainda possui uma visão deveras retrógrada da ciência jurídica. Existem vários exemplos concretos de ações civis públicas propostas por Promotores de Justiça que esbarram na posição rígida dos Tribunais de que "não é lícito ao Judiciário se inserir nas políticas de Governo, sob pena de se criar sobreposição de um Poder em outro". Vejamos recentes julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

> Vara Cível. Apelação Cível. Ação Civil Pública obrigação de fazer - criação e implantação de Defensoria Pública em Comarca do interior extinção do processo sem julgamento do mérito. Impossibilidade jurídica do pedido. Sentença escorreita. Violação do princípio da independência e harmonia dos poderes. Recurso conhecido e desprovido. A pretensão Ministerial confronta-se com o princípio constitucional da independência e harmonia entre os poderes, haja vista que não é permitido ao Poder Judiciário interferir na esfera de atuação do Poder Executivo, a quem cabe o exame acerca da conveniência e oportunidade de realização dos atos da administração pública.[64]

[64] PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 130321-5, de Goioerê/PR. Relator: Des. Milani de Moura. Disponível em: <http://www.tj.pr.gov.br/consultas/judwin/ResultCodigo.asp?Codigo=214228&Selecionar.x=5&Selecionar.y=4>. Acesso em: 25 jul. 2006.

> Ação Civil Pública. Iniciativa do Ministério Público, para compelir o Estado à criação e estruturação da Defensoria Pública. Violação do princípio da independência e harmonia dos poderes. Poder discricionário da administração. Questões alheias à competência do Poder Judiciário - Matéria própria de ação direta de inconstitucionalidade por omissão - Interesse processual ausente por inadequação da via judicial escolhida. Apelação desprovida. O pedido é relativo a uma obrigação de fazer, por omissão, pelo descumprimento dos artigos 134 e 5º, LXXIV, da Constituição Federal, arts. 127 e 128 da Constituição Estadual, e Lei Complementar n. 55/91, o que tem sede própria de argüição e conhecimento através de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ou até mesmo mandado de injunção. Este Tribunal já se manifestou sobre a questão no Acórdão n.7.453, da 6ª Câmara Cível, em julgamento no qual atuou como relator o Des. Jair Ramos Braga, e no Acórdão n. 8.213, também da 6ª Câmara Cível, em que foi relator o Juiz conv. Dr. Rosene Arão de Cristo Pereira. A questão é relevante, mas não cabe ao Judiciário, pelo caminho escolhido, exercer jurisdição interferente na função administrativa, pois a decisão estaria a invadir esfera de poder, cumprindo ao Executivo verificar a oportunidade e a conveniência do ato a ser realizado. A douta Procuradoria de Justiça, em profícuo parecer do eminente Procurador José Ivahy de Oliveira Viana, manifestou-se no agravo de instrumento n. 102925-2, julgado por este relator, no seguinte sentido: Primeiramente, a ação civil pública, em tese, se mostra inadequada para o fim colimado pelo il. agente ministerial, considerando que o remédio deve ser buscado através de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, à luz do artigo 103, § 2º, da Constituição Federal. E, finalizando seus fundamentos aduz: Ao judiciário é possibilitado o exame da legalidade do ato praticado, mas nunca alterar a opção de outro Poder, detentor que é do poder discricionário e examinar a oportunidade e a conveniência do que pode ou do que deve ser feito, mas não cabe ao Poder Judiciário, face ao princípio da separação e independência dos Poderes do Estado, apreciar a conveniência e oportunidade de ato discricionário da administração pública.[65]

Com o devido respeito, não se trata de sobreposição de Poderes, mas de papel fundamental do Judiciário, na qualidade de guardião supremo da Constituição da República. O Judiciário, se corretamente provocado, não pode chancelar omissão inconstitucional do Executivo, ao utilizar o conveniente argumento de que o sistema "veda a interferência de um Poder em outro". Esta resposta, além de ultrapassada sob a ótica contemporânea do humanismo, não atende aos interesses elementares da população excluída.

Recorremos novamente à lição sempre atualizada de Ana Paula de Barcellos, que defende postura intransigente do Judiciário na promoção da

---

[65] PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 108533-8, de Mallet. Relator: Des. Luiz Cezar de Oliveira. Disponível em: <http://www.tj.pr.gov.br/consultas/judwin/ResultCodigo.asp? Codigo= 183695&Selecionar.x=8&Selecionar.y=8>. Acesso em: 25 jul. 2006.

dignidade humana em seu núcleo essencial:

> Na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, caso a omissão seja da Administração, ela terá prazo de 30 dias para saná-la; de acordo com o que dispõe o artigo 37, parágrafo 6º da Carta, a Administração Pública é responsável pela ação ou omissão danosa, especialmente quando esta é continuada. Assim, é plenamente possível concluir que o Judiciário, provocado no âmbito de uma ação coletiva, poderá fixar prazo para que o Poder Público (aí incluído o próprio Judiciário no exercício de funções administrativas) pratique os atos necessários à instituição da Defensoria e dos Juizados Especiais, sob pena de responsabilidade pessoal do agente por descumprimento de decisão judicial.[66]

Com ênfase na questão do acesso à Justiça deve-se promover intensa reflexão acerca das opções governamentais dentro do enfoque do mínimo existencial. A reversão do alto grau de exclusão social somente se dará quando o foco de prioridade for direcionado para as camadas mais carentes da população; não apenas por atitudes repressivas que se limitam a enfrentar o problema já existente, mas por políticas preventivas sérias de educação que tenham por objetivo básico frear o altíssimo nível de natalidade entre as classes menos esclarecidas.

Cristóvam Buarque escreveu a este respeito artigo intitulado “A lógica da vergonha”, em que aborda com profundidade as contradições internas da sociedade brasileira e vale a reflexão:

> [...] Mas os dados mostram também que o Brasil tem um dos mais elevados índices de vacinação contra a poliomielite em todo o mundo. Somos equivalentes à Itália na vacinação, mas piores que Honduras na mortalidade infantil. Isso tem uma lógica. A poliomielite não faz distinção de classes sociais. Democraticamente, seu vírus ataca crianças de todas as rendas, enquanto a mortalidade infantil se concentra nas pobres. O Brasil tem padrões de primeiro mundo em todas as mazelas que atingem igualmente ricos e pobres, como é o caso da poliomielite e da AIDS; ou nos assuntos que beneficiam apenas os ricos, como a qualidade industrial, os aeroportos. Mas mantém-se entre os piores do mundo naquilo que pode ser limitado aos pobres, como a desnutrição, a educação e a saúde.[67]

Ainda, sobre o artigo acima referido, defendemos mais seriedade na educação para que as famílias possam planejar com critérios quantos filhos pretendem ter. A imposição de controle da natalidade é absolutamente desnecessária para as famílias com amplo acesso à educação. Se determinada

---

[66] BARCELLOS, op. cit., p. 298-299.

[67] BUARQUE, Cristóvam. A lógica da vergonha. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 22 dez. 1999. p. 1-3.

parcela da população brasileira ainda tem filhos sem planejamento é porque lhes falta liberdade, na vertente da educação, como diria Amartya Sen. A proposta de inclusão social somente terá eficácia pela via da revolução; mas a revolução a que nos referimos é a "revolução-doce", a revolução pela educação, nas felizes palavras de Cristóvam Buarque.

Dentro deste contexto, determinadas políticas públicas de transferência de renda merecem nosso reconhecimento. O bolsa-família, filosoficamente, atende a uma necessidade imediata do ser humano, como a fome e, por isso, não pode esperar. As cotas em universidades e os financiamentos governamentais para o acesso ao ensino superior também se justificam na medida em que permitem a igualdade de oportunidades para pessoas de classes distintas. Tais políticas públicas, diante do sucesso que têm, vêm se mantendo em uma lógica de "política de Estado", ultrapassando questões partidárias e ideológicas e permanecendo independentemente de que grupo esteja no poder.

A busca pela inclusão social no Brasil não deve se restringir à meta de crescimento do PIB a qualquer custo. A revolução pela educação, associada a alguns programas públicos que restabeleçam a qualidade nos serviços de saúde prestados pelo Estado são os pilares básicos para a implementação segura da liberdade, amplamente considerada, na sociedade brasileira. Acerca do tema, imprescindível o contributo de Amartya Sen:

> As liberdades não são apenas os fins primordiais do desenvolvimento, mas também os meios principais. Além de reconhecer, fundamentalmente, a importância avaliatória da liberdade, precisamos entender a notável relação empírica que vincula, umas às outras, liberdades diferentes. Liberdades políticas (na forma de liberdade de expressão e eleições livres) ajudam a promover a segurança econômica. Oportunidades sociais (na forma de serviços de educação e saúde) facilitam a participação econômica. Facilidades econômicas (na forma de oportunidades de participação no comércio e na produção) podem ajudar a gerar a abundância individual, além de recursos públicos para os serviços sociais. Liberdades de diferentes tipos podem fortalecer umas às outras.[68]

Por fim, não se pode olvidar de que na aplicação interpretativa dos princípios constitucionais e dentro da seara do mínimo existencial; considerando-se a supremacia incontestável do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana em nosso sistema jurídico, será dever do intérprete sempre conferir alcance

[68] SEN, op.cit. p 25.

máximo à dignidade, optando, dentre as variadas interpretações possíveis, por aquela que melhor realize o princípio. Ao assim agir o intérprete conseguirá priorizar a projeção da dignidade humana de forma bastante eficaz nestas áreas vitais para a promoção da inclusão social: educação básica, saúde pública, assistência social aos necessitados e acesso à Justiça.

5 A LEGITIMIDADE POPULAR PARA O RESTABELECIMENTO DA DIGNIDADE: DESENVOLVENDO A IDÉIA DA "LINHA IMAGINÁRIA".

Um dos alicerces estruturais deste trabalho jurídico é a constatação de que a interpretação tradicionalmente conferida às normas jurídicas precisa mudar. Os princípios constitucionais, dotados de normatividade e eficácia, precisam condicionar a interpretação conferida às leis. A continuar como está, o direito positivo apenas tenderá a perpetuar o alto grau de exclusão existente hoje na sociedade brasileira.

A superação da dogmática tradicional tem como principal vetor interpretativo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. É ele o grande canal condutor da reversão do quadro atual. Seguramente será a partir deste princípio e em sintonia com os demais, que os operadores do direito poderão contribuir com a proposta de inclusão social, tendo o direito como seu instrumento de agir. Todavia, para que esta perspectiva seja implementada, há que se abrir a mente para o novo, sempre tendo ciência de que tudo aquilo que é inovador, diferente, que foge ao tradicional, choca e espanta.

A este respeito convém citarmos o pensamento de Pedro Demo, que bem ilustra a necessidade de ousadia nas ciências jurídicas:

> [...] um dos fenômenos mais lamentáveis em ciência é a produção de discípulos mais vocacionados a seguir um mestre ou a enquadrar-se dentro de uma escola do que a construir com originalidade e inteligência novas alternativas científicas. Sobretudo em ciências sociais tal postura é essencial, porque tende, mais que as outras, a curvar-se a dogmatismos ideológicos, dentro dos quais o tempo é gasto principalmente em projetos falidos de autodefesa. Onde campeia o argumento de autoridade, acabamos sem autoridade e, sobretudo, sem argumento. [69]

O ponto de partida para a idéia da pulverização da legitimidade popular para o restabelecimento imediato da dignidade é a idéia de "linha imaginária" já referida no tópico anterior. Assim, seria lícito ao operador do direito traçar em sua mente um divisor hipotético que separaria duas situações bem distintas: a de "sim" dignidade e a de "não" dignidade. O parâmetro para esta divisão seria a proposta do núcleo mínimo da dignidade, que compreenderia quatro pilares básicos, a saber: a educação básica, a saúde pública eficaz e de qualidade, amparo aos necessitados e indigentes e acesso à Justiça.

---

[69] DEMO, Pedro. **Introdução à metodologia da ciência**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 11

Desta forma qualquer pessoa que estivesse abaixo desta linha imaginária da dignidade seria titular de um direito subjetivo em face do Estado, para exigir dele Estado o pronto restabelecimento de sua dignidade aos padrões minimamente aceitáveis. Em outras palavras, o Estado teria o dever jurídico de recolocar esta pessoa em um ponto imediatamente acima da linha divisória hipotética.

Todavia, aqui surge uma questão: como tornar esta proposta realmente eficaz sob a ótica jurídica? Como, juridicamente falando, permitir que esta proposta se torne útil socialmente e não apenas mais um dos vários preceitos utópicos, lindos e belos, porém destituídos de eficácia prática? A sociedade brasileira contemporânea não tolerará mais preceitos vagos, idealizados somente para chancelar a vontade das elites em detrimento da massa excluída e marginalizada.

Esta postura emancipatória e crítica, alicerçada tanto na teoria quanto na prática, apesar de muitas vezes ser qualificada de ousada, afigura-se como sendo essencial para a reversão do quadro brasileiro de exclusão social. A este respeito, vale a lição do professor Marcos Augusto Maliska:

> É necessário promover, na academia, a junção da técnica jurídica com a teoria crítica. A postura crítica, redefinidora de paradigmas, deve estar presente naqueles que atuam diariamente no fórum, naqueles que pretendem exercer a advocacia, o Ministério Público ou a Magistratura. Não se pode mais, em nome da crítica pura, excluir da prática as propostas que são discutidas e debatidas na teoria. Mais do que nunca, o exercício consciente da profissão jurídica é um exercício em defesa da cidadania, da moralidade administrativa e do respeito à Constituição.[70]

Defendemos uma visão muito mais flexível da dogmática jurídica, especialmente sob a ótica processual. Assim, com a máxima modéstia e com o desafio de colaborar com a ciência jurídica, cumprindo inclusive com a proposta de um curso de mestrado, defendemos a criação, inicialmente doutrinária e/ou jurisprudencial, da figura da “legitimidade excepcional”.

Esta legitimidade excepcional conferiria a qualquer cidadão, independentemente da capacidade postulatória, que para o ato seria dispensável, a possibilidade de ingressar em juízo para restabelecer ou pleitear o restabelecimento da dignidade mínima inerente a toda e qualquer pessoa que esteja abaixo da linha imaginária da dignidade; mesmo sem ter qualquer tipo de vinculação com o suposto

---

[70] MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo jurídico e direito moderno**: notas para pensar a racionalidade jurídica na modernidade. Curitiba: Juruá, 2006. p. 110.

beneficiário.

Desta forma, qualquer do povo poderia ingressar em Juízo, independentemente de pagamento de taxas ou mesmo da assinatura de um Advogado, para, por exemplo, requerer ao Estado a compra de uma cadeira de rodas para uma pessoa portadora de deficiência locomotiva e que, comprovadamente, não tenha recursos suficientes para a aquisição. Ou, ainda, para requerer junto ao Estado, pela via do Judiciário, o imediato fornecimento de determinada medicação prescrita por um médico. Ou mesmo, diante da completa ausência de Advogados em determinada cidade, pleitear que o Judiciário determine a contratação, pelo poder público, de um Advogado para patrocinar causa diretamente relacionada às questões da dignidade humana (núcleo mínimo).

Aqui há que se fazer uma ressalva. É evidente que a difusão da possibilidade de ingresso em Juízo jamais poderia dispensar a apresentação de documentação comprobatória do alegado, isto sem prejuízo de outras diligências a critério do Ministério Público ou do Judiciário, que eventualmente pudessem complementar a instrução. É fato público e notório que a obtenção de certidões em determinadas repartições públicas, tendentes a comprovar a pretensão deduzida em Juízo é, especialmente para os menos esclarecidos, bastante dificultada; daí a possibilidade de mera alegação do autor para posterior requisição judicial ou ministerial. Ademais, com relação à capacidade postulatória, uma vez recebida a notícia de violação ao núcleo mínimo da dignidade e havendo indícios suficientes da seriedade da pretensão, poderia o Juiz nomear Advogado para firmar o documento, caso haja concordância do referido profissional.

Absolutamente, não se pretende que o instituto seja desprovido de critérios rigorosos que, efetivamente, comprovem a condição de “não” dignidade do suposto beneficiário. Também não se pretende, com o presente instituto, causar desequilíbrio financeiro às contas estatais e muito menos aniquilar a capacidade de planejamento do ente público. Não é esta a proposta. O que realmente não podemos admitir é que em um país como o Brasil, em que diversas pessoas encontram-se em situação atentatória a sua própria dignidade, o Estado continue a gastar milhões de reais em publicidade, por exemplo.

É evidente que a legitimidade excepcional não pode ser implementada sem um prévio estudo de logística e gestão fiscal, tal constatação é ponto pacífico. Todavia, não é lícito que o Estado repasse responsabilidade sua para organizações

não governamentais, entidades filantrópicas e clubes de serviço, que terminam fazendo mais do que podem. O estabelecimento de 0,5% do orçamento, por exemplo, de cada Município, de cada Estado e da União para a criação de uma grande rede de assistência social seria sim viável e não causaria colapso nas finanças, especialmente se se estabelecesse um pacto pela diminuição da publicidade estatal e pelo combate eficaz à corrupção.

Outro ponto que merece destaque é que não pretendemos a imposição de uma situação pré-determinada com relação ao instituto da legitimidade excepcional. Nossa pretensão se limita a que a presente idéia seja amplamente discutida nas academias e nos meios forenses. É lógico de diversos ajustes precisariam ser implementados e outras idéias complementares surgiriam. Defendemos a responsabilidade fiscal, amplamente considerada, como sendo um dos alicerces estruturais do Estado Democrático de Direito, porém, a presente sugestão seria sim viável com a otimização de gastos estatais com propaganda e com a auto-promoção indevida de governantes.

Feitas estas considerações, pode-se perceber que a figura da “legitimidade excepcional”, idealizada para ser utilizada de forma absolutamente excepcional e restrita, exclusivamente nas hipóteses de violação à dignidade humana e tendo como foco pessoas abaixo da linha imaginária da dignidade, em estado de “não” dignidade, tem um ponto de referência na conhecida figura processual penal do habeas corpus. Ora, se para a impetração de habeas corpus na seara penal quase nada se exige em termos de formalidade jurídica, porque não admitir um instituto muito próximo na seara constitucional? Qual seria o obstáculo jurídico para isto? Não é fato público e notório que diversos habeas corpus já foram impetrados por pessoas simples do povo em pedaços de jornal ou mesmo em papel de embrulhar pão?

Será que nós, operadores do direito, desconhecemos que estamos no Brasil, detentor do lamentável título de vice-campeão mundial no quesito “pior distribuição de renda”? Será que lembramos que no interior deste país existem comarcas de difícil ou quase nenhum acesso, sem água, sem luz, sem estradas asfaltadas, sem hospitais, sem advogados... A exigência de formalidades excessivas em países escandinavos, detentores dos primeiros IDH’s do mundo seria correta e justa, mas não no Brasil!

Por outro lado, se a legislação pátria admite o habeas corpus para a tutela

da liberdade de ir e vir, mesmo sem critérios jurídicos excessivamente formais, por que então seria absurda a criação de figura semelhante na seara constitucional, para a defesa da vida e da própria dignidade? A liberdade, tutelada pelo habeas corpus, é mais importante do que a vida, do que a dignidade? Ao que nos parece, a resposta negativa se impõe.

Outro ponto que merece destaque e que reforça a necessidade da criação do instituto da "legitimidade excepcional" é a verdadeira impossibilidade física e numérica de o Ministério Público absorver mais esta demanda. O extenso rol de legitimados ativos para a propositura de ações civis públicas, constante do artigo 5º da lei federal 7.347/85, não foi suficiente para pulverizar as ações propostas. É fato público e notório que o Ministério Público é responsável pela propositura de 90% de todas as ações civis públicas deste país.

É evidente que tais demandas fazem parte de sua missão constitucional, todavia, a inação dos demais co-legitimados termina por impor a Instituição mais do que ela pode oferecer, eis que as atribuições do Ministério Público, nem de longe, se restringem à propositura de ações civis públicas, como é sabido de todos. Assim, a retórica de que bastaria o cidadão comum procurar o Ministério Público para a defesa de seus interesses, ainda que referentes ao núcleo mínimo da dignidade, não deixa de ser desonesta, sob a ótica intelectual.

Não bastasse isto, vários Tribunais entendem que não existe legitimidade ao Ministério Público para a propositura de uma ação civil pública, por exemplo, para a obtenção de remédios para um determinado cidadão, ao argumento de que tal pretensão não se enquadraria no rol de interesses difusos e/ou coletivos da sociedade, mas sim de interesse de um único cidadão. Vejamos este julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> Ementa: Processual civil e administrativo. Fornecimento de dispositivo médico. Menor carente. Ação Civil Pública. Ministério Público. Legitimidade. 1. Na esteira do artigo 129 da Constituição Federal, a legislação infraconstitucional, inclusive a própria lei orgânica, preconiza que o Ministério Público tem legitimidade ativa ad causam para propor ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos, como regra. Em relação aos interesses individuais, exige que também sejam indisponíveis e homogêneos. No caso em exame, pretende-se que seja reconhecida a sua legitimidade para agir como representante de pessoa individualizada, suprimindo-se o requisito da homogeneidade. 2. O interesse do menor carente deve ser postulado pela Defensoria Pública, a quem foi outorgada a competência funcional para a

> "orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados na forma do art. 5º, LXXIV". Não tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública, objetivando resguardar interesses individuais, no caso de um menor carente. 3. Recurso Especial improvido.[71]

O julgado em questão, com o máximo respeito, parece não ter sido proferido no Brasil. É de se perguntar ao seu eminente relator se existe Defensoria Pública estruturada em todas as Comarcas de seu Estado. Novamente, retornamos ao ponto já referido. Seria ótimo que a Defensoria Pública estivesse estruturada em todos os Estados da federação, todavia, esta ainda é uma pretensão muito distante.

Por outro lado, imputar ao cidadão carente o ônus de se deslocar até a unidade da Defensoria Pública mais próxima de seu domicílio, muitas vezes, significa negar-lhe o acesso à Justiça por via transversa. A maioria das pessoas carentes trabalha como diarista e, ao deixar de trabalhar para ir ao Fórum, perde dinheiro. Além disso, tais pessoas não podem arcar com os custos de uma viagem a outro Município, dado seu alto grau de precariedade financeira.

Desta forma, quando o Ministério Público reconhece a vulnerabilidade do cidadão, assume a questão com o nítido propósito de fazer justiça, propõe ação civil pública para obter remédio para criança carente e necessitada, vê sua pretensão fulminada por uma questão mesquinha, de ordem processual. Além disso, como se já não bastasse a realidade cruel a que esta criança está submetida, deixa de receber medicamento necessário para a manutenção de sua saúde porque o Poder Judiciário invocou uma questão processual de duvidosa constitucionalidade, para extinguir mais um processo, sem sequer analisar o que estaria por detrás.

Este julgado, além de inadequado sob a ótica humana, é a materialização do descaso, da insensibilidade, da falta de uma visão social da lei, da mais absoluta ausência de noção da realidade brasileira. Mesmo diante de princípio constitucional que alça a dignidade humana a uma condição sem precedentes no direito brasileiro, o Judiciário nacional optou, no caso concreto, por negar uma medicação para uma criança por questões menores, de natureza processual, pouco se importando com as conseqüências de sua decisão. Teve, ainda, a ousadia de reproduzir em seu julgado que a Constituição atribui tal função a Defensoria Pública, sem sequer procurar

---

[71] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 684594/RS; Recurso Especial 2004/0123355-5. Relator: Min. Castro Meira. T2 - 2ª Turma. Julgado em 27 set. 2005. **Diário da Justiça**, Brasília, 10 out. 2005. p. 318. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=684594&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1> Acesso em: 25 jul. 2006.

saber se no Município daquela criança existe ou não o referido órgão. Lamentável a reprodução, em pleno século XXI, de um pensamento próprio da elite do Brasil Colonial, nos idos de 1600.

Impedir que decisões como esta se repitam, passa a ser uma luta que todos nós, operadores do direito, devemos defender. Perceba que no caso concreto sequer havia a possibilidade de se argumentar colapso às finanças do Estado, eis que se tratava de uma única criança apenas. Agora a pergunta que não quer calar: se o pai desta criança, ciente da decisão ora comentada, entrasse em uma farmácia e furtasse o remédio para salvar a vida do seu filho o que lhe aconteceria?

Com certeza, por ser pobre e carente, por se enquadrar na classe dos excluídos, seguramente seria imediatamente preso pela Polícia e possivelmente ficaria preso por semanas, até que o defensor nomeado pelo Juiz fizesse uma petição requerendo sua liberdade provisória. Ah, ficaria ainda mais umas semanas preso, pois a certidão de antecedentes do órgão estadual teria de ser juntada ao processo.

É esse o direito de que precisamos, é esse o modelo de direito que queremos? Esta decisão de um Tribunal Superior, totalmente dissociada da realidade social brasileira, apenas fomenta a exclusão e a revolta da camada mais carente da população. Este é o ponto de análise para a defesa da superação da dogmática tradicional. Decisões como esta, deveriam ser alvo de intensos protestos na porta do Tribunal, deveriam estampar as manchetes dos jornais e colocar seu prolator para um amplo debate com a comunidade. Reputamos como sendo inadmissíveis decisões como esta, especialmente diante do desolador quadro social brasileiro.

Tais julgados, a despeito de possíveis/plausíveis sob a ótica jurídica, simplesmente ignoram a realidade social brasileira e terminam por colaborar com a inadmissível falta de eficácia de nosso ordenamento positivo. Será que estes julgadores enclausurados nos palácios da Justiça têm real conhecimento da realidade nacional, do interior do país e das mazelas da sociedade brasileira? Seriam tais julgados éticos, sob a ótica moral? Será que sabem que a grande maioria dos Estados Federados não possui Defensoria Pública regularmente constituída e que a população carente simplesmente não tem acesso à Justiça?

Novamente retornamos ao ponto de que a figura da “legitimidade excepcional” seria desnecessária no Canadá ou na Suíça, mas é emergencial em

países como o Brasil. Se no interior do Paraná não são raros os casos em que a população encontra-se realmente carente de acesso à Justiça, imaginemos o que se passa no interior dos Estados do norte ou nordeste. Quantas vezes ao longo da história da humanidade o que pareceu absurdo em um primeiro momento, revelou-se possível e conveniente em um segundo estágio?

Vejamos o exemplo do Estado do Paraná, que tem cerca de 10 milhões de habitante e pouco mais de 500 Promotores de Justiça em atividade. Tais números conferem uma proporção de 1 Promotor de Justiça para cada grupo de 20.000 habitantes. Agora a pergunta: considerando-se as crescentes atribuições do Ministério Público e a ausência de Defensoria Pública, seja da União, do próprio Estado e dos Municípios, afigura-se como sendo razoável deixar a população carente – e somente ela – totalmente desprovida de acesso à Justiça?

Com o máximo respeito a quem pense de forma diversa, os códigos processuais e também o próprio direito se constituem em meio, jamais em fim. Não se afigura como sendo razoável que questões menores de ordem meramente processual possam impedir o acesso de um cidadão à Justiça ou mesmo que sua pretensão seja analisada pelo Judiciário. Exemplo clássico neste sentido é a questão da autoridade coatora em sede de mandado de segurança. Mesmo sabendo que a administração pública é extremamente agigantada e dotada de estrutura organizacional deveras complexa, muitos Juízes têm extinto pretensões mandamentais ao conveniente e rápido argumento de que não houve a especificação correta do pólo passivo da demanda.

Ora, segundo pensamos, o que basta é um direcionamento correto da autoridade coatora, ainda que de forma genérica. Não é razoável impor ao cidadão pleno conhecimento dos meandros do poder público, para se exigir dele uma descrição milimétrica do cargo ocupado pelo agente coator. Por outro lado, somente o erro grosseiro teria o condão de impedir a apreciação do mérito. Assim, se um diretor de uma escola estadual, por exemplo, praticou conduta abusiva, violadora de direito líquido e certo de determinado estudante, seria erro grosseiro eventual impetração contra o comandante do Corpo de Bombeiros.

Cada vez mais temos decisões de Tribunais de Justiça e de Cortes Nacionais reconhecendo, de forma categórica, a necessidade emergencial de flexibilização da dogmática tradicional em prol de uma visão mais social e humanista do direito. Os julgados do STJ acerca da possibilidade de saque do FGTS mesmo

para os casos não contemplados na lei específica, mas desde que se apresentem motivos razoáveis, especialmente na seara da saúde, demonstram clara tendência de mudança de rumo na forma de se aplicar o direito.

Caso emblemático ocorrido no Estado de Santa Catarina e posteriormente julgado pelo Supremo Tribunal Federal merece detida análise e ilustra bem este "movimento de ruptura com o convencional" que vem ocorrendo silenciosamente na Justiça Brasileira.[72] Na hipótese em apreciação, o Desembargador Catarinense Sérgio Paladino, ao julgar o agravo de instrumento TJSC 97.000511-3, pronunciou-se no sentido de ser juridicamente possível imputar ao Estado a obrigação de custear tratamento experimental de uma criança portadora de distrofia muscular progressiva de Duchenne, nos Estados Unidos da América, a um custo estimado em 160.000 mil dólares americanos. Para sustentar sua decisão o Desembargador utilizou-se apenas do direito à saúde assegurado na Constituição da República e do princípio da dignidade humana, ainda que de forma discreta.

Cumpre, ainda, ressaltar que a determinação judicial para o custeio de um tratamento experimental e, portanto, sem comprovação científica de resultados positivos ao paciente, se deu em caráter de antecipação de tutela e sem a oitiva do Estado.

O Estado de Santa Catarina, por sua vez, em sede recursal, alegou grave risco de comprometimento das finanças públicas, a persistir a decisão. A pretensão recursal do Estado foi fundamentada nos artigos 100 e 167, incisos I, II e VI da Constituição da República.

Quando da apreciação do recurso estatal, o STF, pelas mãos do Ministro Celso de Melo, manteve a decisão do Tribunal Estadual ao argumento de que o perigo de grave lesão às finanças do Estado – interesse secundário – jamais poderia se sobrepor ao interesse primário, vinculado ao bem maior vida e devidamente assegurado pela Constituição.[73, 74]

Por fim, mesmo defendendo de forma veemente a supremacia axiológica do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como valor máximo tutelado

---

[72] BRASIL. Superior Tribunal Federal. Agravo Reg. em Petição 1.246-1/SC. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=Pet&processo=1246&recurso=0&tip_julgamento=M>. Acesso em: 25 jul. 2006.

[73] BRASIL. Superior Tribunal Federal, loc. cit; Cf: Recurso Extraordinário 273.834. Relator: Min. Celso de Melo. **Revista de Direito Administrativo**, n. 222, p. 248-253.

[74] SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. 2ª Câmara de Direito Público. AI nº 42.530.5/4. Relator: Des. Alves Bevilaqua. Julgado em 11 nov. 1997. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br> . Acesso em: 25 jul. 2006.

pelo ordenamento jurídico nacional, a necessidade de flexibilização da dogmática tradicional e a necessidade emergencial de uma interpretação muito mais voltada para o social, não poderíamos deixar de consignar a existência de respeitáveis opiniões em sentido contrário.

Assim, em julgados também referentes ao problema da distrofia muscular progressiva de Duchenne, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo[75], por duas vezes sucessivas negou aos autores a possibilidade de se exigir que o Estado custeasse o referido tratamento. Nas duas hipóteses, os argumentos foram os seguintes: a) a impossibilidade de interferência de um poder em outro b) a complexidade da gestão das finanças públicas e o risco de colapso, caso o entendimento do autor viesse a prevalecer c) quebra da isonomia de tratamento com relação aos demais usuários do sistema público de saúde ao se privilegiar um único cidadão em detrimento dos demais, causando problemas orçamentários e comprometendo a gestão coletiva dos recursos. Com efeito, apesar de respeitarmos as opiniões em sentido contrário, o que é próprio da dialética inerente ao direito, nos filiamos à corrente que preconiza a necessidade emergencial de mudança de foco por parte dos operadores do direito, de uma visão mais humanística e social quando da aplicação da norma ao caso concreto e de uma aplicação responsável, que leve em conta a realidade social brasileira. Vedar o acesso de um cidadão carente à Justiça, que muitas vezes já passou por uma verdadeira "via crusis" até conseguir bater à porta do Estado-Juiz, ao argumento de que determinada formalidade processual não foi atendida; a despeito de ser "legal", pois se adequa ao direito positivo, não se afigura como sendo honesto e muito menos ético.

A este respeito, oportuna a lembrança ao julgamento de Nuremberg, em que os oficiais nazistas invocaram como principal argumento de defesa, o cumprimento literal do direito positivo alemão, em vigor à época. Além disso, invocaram, também, o estrito cumprimento de dever legal, na medida em que se limitaram a obedecer aos comandos vindos diretamente do Estado-Maior Nazista.

Ora, a despeito desta boa argumentação defensiva e da própria plausibilidade da tese, prevaleceu o entendimento de que as disposições de direito positivo não podem violar preceitos maiores, originários do próprio direito natural e

---

[75] SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. 9ª Câmara de Direito Público. AI nº 48.608-5/4. Relator: Des. Rui Cascaldi. Julgado em 11 fev. 1998. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br> . Acesso em: 25 jul. 2006.

que, inclusive, dispensam expresso reconhecimento pelo direito positivo de determinado Estado. Desta forma, os atentados à dignidade humana das vítimas do nazismo teve severa punição com alicerce em normas não escritas, provenientes de um direito não escrito, mas eterno, que paira sobre todo e qualquer ordenamento jurídico positivado.

Resta, portanto, patente a insuficiência do direito positivo para reger as sociedades humanas. Uma relação mais estreita com o direito natural e com seus postulados é garantia de maior equidade na aplicação das normas jurídicas e na solução das lides. Cabe, contudo, a ressalva de que a prescindibilidade de positivação de direitos fundamentais, absolutamente não retira a enorme importância de se fazer constar expressamente tais direitos nas Constituições. Particularmente, entendemos que a consagração de tais direitos fundamentais, cuja expressão máxima se materializa no princípio da dignidade humana, representa expressivo avanço no processo de consolidação da democracia e da própria inclusão social.

Há uma obra que nos despertou a atenção pelo nome, durante as diversas andanças por livrarias: Holocausto Brasileiro. Na referida obra, muito mais social do que jurídica, seu autor, um jornalista, advoga a tese de que nosso país vive um verdadeiro holocausto social, sugere o número de 65 milhões de menores abandonados, sendo 25 milhões drogados, armados e prostituídos.[76]

Tal assertiva tem por si só um grande mérito, ainda que não se possa provar a veracidade total desta forte afirmação, seguramente nos faz refletir, nos convoca à introspecção. Esta dura realidade nos remete ao tema do controle da natalidade, verdadeiro tabu neste país, já por nós rapidamente abordado. Mas uma virtude esta frase já tem. Ela “comprova” que o instituto da legitimidade excepcional é mais do que simplesmente necessário, mas emergencial. Comprova, ainda, que a inclusão social já não pode ser deixada de lado. A água já está no pescoço...

Neste momento, os operadores do direito são convidados a enfrentar o problema de frente já que a sociedade brasileira já não tolera mais ouvir dizer que “a culpa é do governo”. O direito tem sua parcela de responsabilidade, assim como seus operadores. Reforçamos neste momento a necessidade, já referida, de um grande pacto jurídico pela inclusão social, uma revolução silenciosa na busca por

---

[76] PRÉCOMA, Ayrton Ferreira. Holocausto brasileiro. **Correio Metropolitano**, Rio de Janeiro, 1999. p. 12.

mais equidade. Judiciário, Ministério Público, Defensorias, Procuradorias Jurídicas dos entes da federação e Ordem dos Advogados do Brasil precisam somar esforços.

Não se pode mais assistir passivamente ao encarceramento de um agricultor pelo simples fato de ter cortado uma planta para fazer um chá; ou de um desempregado que furtou um pacote de macarrão no mercado da esquina e do outro lado, grandes empresas nacionais ou multinacionais promoverem grandes desastres ambientais sem que nada aconteça contra os responsáveis diretos pelos danos.

6 A DIGNIDADE HUMANA E O SURGIMENTO DE NOVOS DIREITOS: UMA PERSPECTIVA PLURALISTA-EMANCIPATÓRIA.

Ao contrário do que pensam alguns, o pluralismo jurídico não é um fenômeno contemporâneo, surgido como decorrência das sociedades complexas e massificadas de hoje. O pluralismo tem profundas raízes históricas e acompanhou a evolução de vários povos. Sem a pretensão de uma análise histórica e tão somente com o propósito de demonstrar ao leitor que o pluralismo é um fenômeno antigo, iniciemos pelo Império Romano, que conviveu com diversas formas autônomas de regulamentação social, conforme pesquisa de Wolkmer:

> [...] a constatação da existência do pluralismo jurídico no Império Romano é pautada em duas observações. Primeiramente, no fato de que os romanos não impuseram total e rigidamente seu direito às populações conquistadas, permitindo uma certa liberdade para que as jurisdições locais estrangeiras continuassem a aplicar seu direito autóctone. (...) Outra observação histórica é trazida pela pesquisa de Eugen Ehrlich, para quem os romanos já conheciam e utilizavam fontes jurídicas não estatais, representadas basicamente no chamado direito consuetudinário dos juristas.[77]

Também na Idade Média, especialmente por sua constituição social, a descentralização territorial, a expressiva diversidade de centros autônomos de poder e a coexistência de diversos direitos dentro de um mesmo território, o pluralismo jurídico também esteve muito presente.

Era bastante nítida a convivência do direito utilizado pelo senhor feudal com o direto canônico e destes com o direito da burguesia, tudo em uma verdadeira miscelânea de ordenamentos autônomos e coexistentes. A este respeito, oportuna a contribuição de Marcos Augusto Maliska:

> A Idade Média era marcada pelo teocentrismo, teoria na qual Deus é o centro de tudo. Desta maneira, sob forte influência da Igreja, no mundo medieval as pessoas preparavam-se para a vida eterna, ou seja, as pessoas não deviam apegar-se a bens materiais, pois a vida na terra era passageira. No âmbito jurídico, todo o sistema de instituições correspondia às concepções dos senhores feudais, com o poder que exerciam sobre os camponeses. As normas de direito feudal consolidavam os privilégios dos nobres proprietários que exerciam legalmente o arbítrio sobre os camponeses subjugados. Em consonância com o direito feudal, exercido pelos nobres proprietários, existia o direito canônico, ligado à Igreja Católica. A doutrina da Igreja Católica era dominante na Europa Ocidental Medieval. As teorias políticas desse período eram construídas sob os

[77] WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**. São Paulo: Alfa Omega, 1997. p. 169.

> dogmas da Igreja. O monopólio dos sacerdotes sobre a educação, que adquiriu um caráter predominantemente teológico, também expressava o domínio ideológico da época. A religião cristã era largamente utilizada para justificar a exploração feudal, propagar o obscurantismo e fundamentar a arbitrariedade e a violência.[78]

Assim, a despeito de ser uma sociedade altamente hierarquizada, dominada de cima para baixo pelo clero e a nobreza, a sociedade medieval era altamente pluralista. Na seqüência histórica, com o fim da Idade Média, o pluralismo passa a se interligar com uma nova proposta, a liberal, decorrência da sociedade capitalista que emergia e da própria formação dos Estados Liberais. A partir deste momento histórico, o pluralismo se desvincula da ótica religiosa, tão presente no medievalismo.

Especificamente no Brasil, os registros históricos indicam que houve verdadeira aniquilação das práticas costumeiras dos povos nativos pelos colonizadores portugueses, que apenas se preocuparam em implementar aqui toda a estrutura burocrática e extrativista idealizada pela Coroa. A consolidação do modelo trazido da metrópole e implantado pela força na colônia, refletiu em um modelo jurídico dogmático e formalista, totalmente dissociado dos interesses das comunidades em que a igualdade material sequer foi ao menos pretendida. Toda a estrutura montada tinha como único objetivo a consolidação do domínio português no território e a captação de recursos para os cofres da Coroa.

Vera Cury, autora de obra específica sobre o tema em questão, assim leciona:

> Cria-se desta forma no Brasil, em decorrência da própria colonização exploratória imposta, uma mentalidade econômica voltada à agricultura, centrada no cultivo da terra, representativa de uma empresa extrativa de produtos primários, ao lado do sistema monopolista imposto pela metrópole. Resultante desse processo, edifica-se uma sociedade agrária, latifundiária, com mão-de-obra escrava.[79]

Esta análise histórica mostra a origem e a formação da sociedade brasileira; a grande influência de Portugal, que reproduziu no Brasil um modelo elitista a discriminatório de ordem jurídica, que sempre privilegiou a classe abastada em detrimento das massas. Não se pode falar em pluralismo no Brasil contemporâneo sem que se analise as características da colonização portuguesa e o verdadeiro

---

[78] MALISKA, op. cit., p. 23.

[79] CURY, Vera de Arruda Rozo. **Introdução à formação jurídica no Brasil**. Campinas: Edicamp 2002, p. 121-122.

aniquilamento das práticas culturais nativas e da própria ordem social das nações indígenas. Todas estas constatações têm conseqüências ainda hoje na sociedade brasileira. A esse respeito, oportuna a reprodução de texto de Vera Cury:

> Tal poder era burocrático e, na grande maioria, as atividades deveriam obedecer a uma série de normas que previam o distanciamento do magistrado da vida social local, como se a integração magistrado/comunidade pudesse contribuir para o desvio dos princípios de lealdade e obediência ao rei, inerentes ao próprio cargo. Para o acesso ao cargo, na maior parte das vezes, levava-se em consideração a origem social do jurista somada ao apadrinhamento.[80]

Assim, no atual contexto contemporâneo, em pleno século XXI, em que a sociedade brasileira discute o fim do nepotismo nos três poderes da República, pode-se realmente perceber o quão profundas foram as marcas da colonização portuguesa no Brasil e a real origem dos desmandos com o dinheiro público. Toda esta dinâmica imposta por Portugal refletiu diretamente no mais severo aniquilamento de qualquer pretensão pluralista ou de cidadania participativa durante o processo de colonização.

> Dessa maneira, essa elite refletia o patrimonialismo e a burocracia, princípios tradicionais centralizadores e formalistas. Isso resultou no fato de que a especificidade da estrutura colonial de Justiça favoreceu um cenário institucional que inviabilizou, desde os seus primórdios, o pleno exercício da cidadania participativa e de práticas político-legais descentralizadas, próprias de sociedade democrática pluralista.[81]

Neste sentido, fica bastante clara a origem do culto à legalidade, da reprodução de modelos dogmáticos nem sempre adequados à realidade brasileira, de um direito elitista e dissociado dos interesses da classe excluída e de um cenário jurídico direcionado aos interesses dos poderosos. A presente constatação revela um processo longo e gradativo pelo qual vem passando a sociedade brasileira, que tem o desafio de quebrar estruturas rígidas sedimentadas há séculos e de difícil superação.

Assim, uma compreensão segura acerca das origens da formação jurídica brasileira permitirá ao operador do direito a formação de uma base sólida para a reversão deste desalentador cenário de exclusão:

---

[80] CURY, ibid., p. 126.
[81] Id. ibid., p. 127

> Constituiu-se, dessa maneira, o Direito no Brasil, na qualidade de Colônia, como essencialmente particular, desvinculado da população, voltado aos interesses privativos dos coronéis e da coroa. Esta não buscava fazer justiça na Colônia, mas tão somente precaver-se de ameaças ao poder estatal e garantir o pagamento de impostos, admitindo que seus magistrados protegessem os seus próprios interesses e o dela, preterindo até mesmo os direitos do povo, privilegiando, como Roma e em Portugal, um estrato social específico, representado pelo poder elitista do patriciado e pela nobreza, partícipes da administração burocrática do Estado patrimonial. Este Estado reflete um quadro sociopolítico de dominação, exploração e injustiça, permeado por uma cultura elitista.[82]

Uma simples comparação entre a formação jurídica no Brasil Colônia e o quadro político contemporâneo, nos revela o quão profundas foram as raízes plantadas pelos colonizadores portugueses. A atual crise de legitimidade dos três poderes da República, a própria crise das instituições do Estado revelam a necessidade de quebra de paradigmas e de superação de conceitos alçados à condição de dogmas. A sociedade brasileira precisa de uma proposta pluralista, com o foco voltado para a emancipação das classes oprimidas.

Bárbara Hudson, com suporte filosófico seguro, nos coloca a questão do acesso igualitário das minorias aos processos judiciais e ao procedimento de elaboração das leis; confirmando a exclusão histórica dos grupos não integrantes das elites:

> A mais comum e persistente crítica do direito então vigente, pelos teóricos críticos das relações raciais pós-coloniais, e pelas feministas, é de que os grupos marginalizados e subordinados foram excluídos dos processos discursivos pelos quais as leis foram feitas e aplicadas. Não estiveram presentes nos debates enquanto as leis eram feitas, não estiveram nos escalões de elite do judiciário nos Estados-nações quando as teorias e regras jurídicas foram estabelecidas. Portanto, o primeiro princípio de justiça que pode ir além da "justiça do homem branco" é que o Direito – incluindo os processos legislativos, bem como os de mediação e arbitragem – deve se tornar um *discurso* muito mais aberto. Ao invés de as leis serem esboçadas e aprovadas por grupos de elite e os casos criminais terem que ser conduzidos na linguagem muito restrita da lei, os grupos marginalizados devem ser capazes de participar dos procedimentos legislativos, devem ser capazes de se explicar por suas ações e de verbalizar seus reclamos nos Tribunais usando suas próprias palavras e escolhendo seus próprios assistentes e representantes. O princípio do *discurso*, encontrado na teoria política contemporânea de HABERMAS, BERNHABIB e Nancy FRASER, por exemplo, também insiste em que qualquer um dos envolvidos possa

[82] CURY, ibid., p.128-129.

suscitar qualquer questão.[83]

A complexidade e a riqueza da sociedade acarretam uma diversidade de possibilidades interpretativas, influenciadas por fenômenos políticos, sociais, filosóficos, jurídicos. Toda esta complexidade permite a assertiva de que o principal núcleo para o qual converge o pluralismo jurídico é a negação de que o Estado seja o centro único do poder político e a fonte exclusiva de toda a produção jurídica.

O pluralismo jurídico possui perspectiva descentralizadora e anti-dogmática, que pleiteia a supremacia de fundamentos ético-políticos-sociológicos sobre critérios tecno-formais positivistas. Aliás, esta proposta de flexibilização dogmática e de análise da conseqüência social decorrente da aplicação da norma, vem sendo cada vez mais utilizada pelos Tribunais do país e os vários julgados apresentados neste trabalho demonstram claramente esta tendência.

O fenômeno do pluralismo jurídico deve ser entendido enquanto uma multiplicidade de manifestações ou práticas normativas em um mesmo espaço sócio-político, interagida por conflitos ou consensos, oficiais ou não e tendo sua razão de ser em necessidades existenciais, materiais e culturais da sociedade, sempre em constante transformação.

Parte da premissa de que há um esgotamento e uma crise no tradicional modelo jurídico liberal-individualista; que já não oferece respostas satisfatórias/eficazes aos anseios sociais. Representa a proposta de um novo fundamento de validade para o mundo jurídico.

A busca de novos padrões normativos para a solução de demandas decorrentes da produção e concentração de capital, das contradições sociais, das crises institucionais, da ineficácia do modelo tradicional de justiça, refletem o esgotamento do sistema tradicional. O pluralismo jurídico pressupõe, assim, a necessidade de se superar a noção de Estado como centralizador da produção normativa.

A proposta de superação da dogmática tradicional consiste em delinear, por uma apreciação indutivo-crítica, a existência de um pluralismo jurídico alicerçado em práticas sociais participativas, capaz de reconhecer e legitimar novas formas

---

[83] HUDSON, Bárbara A. Direitos humanos e “novo constitucionalismo”: princípios de justiça para sociedades divididas. In: CLÉVE, Clémerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Ed.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. (no prelo).

normativas extra-estatais/informais, produzidas pelos novos titulares de carências e necessidades desejadas.

Desta forma, parte de uma inequívoca constatação: a de que existe um grande desencontro entre a *"racionalidade formal oficial"* e a *"racionalidade material"*, latente no dia-a-dia de uma sociedade marcada pela desigualdade e tão carente de inclusão social.

A implementação desta nova perspectiva pressupõe um pluralismo aberto, descentralizado e democrático; associado à positivação de novos direitos, dentre eles, o "Direito Comunitário". Vejamos os dizeres de Wolkmer, abaixo reproduzidos:

> Outrossim, a configuração do pluralismo presente nos procedimentos instituíntes de um Direito Comunitário não prioriza mais as regras tecno-formais e as ordenações genérico-abstratas, mas inspira-se na dinâmica de uma práxis da vida cotidiana e numa auto-regulação comprometida com a dignidade do outro injustiçado. Uma cultura jurídica – pluralista, informal e descentralizada – constrói-se, não a partir da razão metafísica ou do sujeito enquanto essência em si, mas de um "sujeito histórico-em-relação" e de uma nova forma de ver o mundo dos valores: parte-se de um espaço marcado não só pela exigência de direitos e pela justa satisfação de interesses desejados, como, sobretudo, pela superação dos conflitos de classes e grupos, pela erradicação da formas de opressão, espoliação, sofrimento e injustiça.[84]
>
> Contrariamente ao insuficiente paradigma estatal predominante, representado pelo dogmatismo jurídico convencional, o direito comunitário, por estar inserido nas práticas sociais plurais, das quais é produto, transcende aos órgãos estatais, emergindo de vários e diversos centros de produção normativa e adquirindo um caráter múltiplo e heterogêneo. As revelações de pluralismo jurídico comunitário-participativo que não se sujeitam ao formalismo a-histórico das fontes convencionais estão assentadas no espaço conflituoso e de confronto social, causadas pelas privações, exclusões e necessidades de forças societárias agregadoras e reivindicações, mas, dado o processo, eficazes e legítimas.[85]

Resta patente, portanto, a superação do velho modelo jurídico de fundamentação "estatal monista conservadora" por um modelo contemporâneo "pluralista comunitário participativo". As necessidades da vida contemporânea e as dinâmicas de um mundo globalizado afiguram-se como sendo incompatíveis com um modelo de direito idealizado para reger a sociedade brasileira do início do século passado.

Exemplo claro neste sentido é o Código Civil de 1916, que permaneceu em

---

[84] WOLKMER, op. cit, p. xi.
[85] Id. ibid., p. xv.

vigor até 2002. Ora, o referido diploma de direito civil teve como alicerce estrutural o Código Civil Francês de 1804, idealizado, por sua vez, em um momento imediatamente posterior ao da Revolução Francesa. Ademais, não houve qualquer adaptação aos padrões brasileiros dos institutos jurídicos provenientes da França.

Desta forma, aliado a políticas públicas democraticamente discutidas, a proposta de compromisso com a inclusão social, decorrente diretamente da promoção da dignidade humana, passa pela defesa de um pluralismo comunitário-participativo como novo modelo político e jurídico de validade, caracterizado por formas alternativas de produção de juridicidade e por modalidades democráticas emancipatórias de práticas sociais. Tais práticas, por levarem em conta a realidade na qual estão inseridas tendem a apresentar um grau muito mais acentuado de eficácia.

Acerca deste tema, oportuna a transcrição do pensamento de Marcos Augusto Maliska, que bem complementa a noção de pluralismo em quanto projeto de emancipação social, alicerçado em algo muito maior do que apenas a complexidade do mundo jurídico contemporâneo, vejamos:

> No entendimento aqui esboçado, o pluralismo jurídico não contempla, por si só, a complexidade das relações jurídicas da atualidade, sendo necessária a sua interação pela crítica jurídica com outras expressões do "jurídico". O pluralismo jurídico, quando trabalhado como instrumento operacionalizante de aglutinação e formação crítica junto aos estudantes de direito deve valorizar a interação entre o plano instituído, o plano da jurisdicionalidade emanada do Estado e o plano das práticas pluralistas, campo da racionalidade material. O abandono desta interação, por um lado, contribui para a formação de juristas desvinculados das questões concretas que envolvem o problema social e, por outro, contribui para formar grandes teóricos e conhecedores das questões sociais, mas com pouca formação técnica.
>
> Neste sentido, ao superarem o embate pluralismo versus monismo, a teoria crítica e a perspectiva pluralista devem contemplar o fenômeno jurídico, levando em conta as especificidades dos três planos da racionalidade: racionalidade jurídica normativa, racionalidade jurídica formal e racionalidade jurídica material. A relação indissociável entre estes três planos é condição primeira para o trabalho de uma teoria crítica, bem como para a implantação de um projeto de emancipação. [86]

Neste contexto, é importante que se diga que não defendemos uma ruptura com a ordem vigente, mas apenas a necessidade de sua readequação às

[86] MALISKA, op. cit., p. 17

novas necessidades da vida contemporânea. Entendemos a proposta pluralista-emancipatória como um vetor para a promoção da inclusão social; como uma alternativa legítima de se ampliar o rol de oportunidades a todos.

Ademais, na medida em que se permite o alargamento dos centros produtores de valores jurídicos, cria-se condição para que grupos marginalizados e excluídos possam ter vez e voz na sociedade. Pluralismo jurídico e práticas emancipatórias representam, na essência, um grito pela igualdade de oportunidades a todos os cidadãos. Assim, os alicerces para uma sociedade mais justa têm como pressupostos básicos uma educação estatal de qualidade e acessível a todos e uma atuação estatal compensatória em favor dos excluídos; justamente para garantir esta igualdade de oportunidades.

Bárbara Hudson complementa a questão abordando a justiça reflexiva, deixando evidente que a verdadeira promoção da inclusão das minorias somente ocorrerá quando as peculiaridades do caso concreto passarem a ser levadas em conta quando das decisões judiciais. Enfoca, neste particular, a questão relevante da equidade, em quanto valor de justiça levado ao litígio concreto.

> Os proponentes da justiça reflexiva não estão sugerindo que os Códigos Penais e os precedentes devam ser completamente descartados ou ignorados. O que eles dizem é que assim como conhecer os códigos ou consultar os precedentes, um juiz necessita exercitar o julgamento reflexivo, a fim de que seja formulada a pergunta: “esse resultado significará justiça nesse caso particular?” O princípio da reflexão é obviamente necessário para que a justiça seja o “*discurso*” no sentido que proponho. A menos que os procedimentos sejam abertos ao tipo de representações e considerações que são cogitados pelo princípio da *reflexão*, as condições do discurso (de que as pessoas devem ser capazes de contar sua história em suas próprias palavras, e de que qualquer participante deva ser capaz de suscitar uma questão), não podem ser atendidas. [...] O que esses horizontes de justiça possam ser não está bem especificado na literatura teórica, mas a minha interpretação da idéia é de que a justiça precisa levar em consideração o contexto de opressões e desigualdades na sociedade onde o caso ocorre. Para voltar ao exemplo anterior da mulher que mata um marido abusivo, deve ser levado em consideração não apenas o mal infligido ao homem, mas questões tais como a existência de assistência e recursos para as mulheres em relacionamentos abusivos; a inabilidade de enxergar possibilidades de construir uma vida fora do relacionamento e os sentimentos de impotência associados com o abuso; a assistência comunitária e cultural às mulheres que abandonam os casamentos abusivos. Enquanto o Direito há de reconhecer a gravidade de se tirar a vida de alguém, o princípio da *reflexão* assevera que as circunstâncias pessoais e sociais envolvidas em cada caso serão diferentes, e

> devem ser admitidas como relevantes.[87]

Esta atuação compensatória por parte do Estado justifica, portanto, as cotas para índios e negros em universidades públicas, como forma de se corrigir uma lamentável distorção no ensino público de terceiro grau neste país. O modelo criticado que aí se encontra faz com que as universidades públicas sejam utilizadas quase que com exclusividade pelos filhos da elite abastada.

Por tal razão, mesmo reconhecendo que o sistema de cotas não seja o ideal e apresente algumas falhas, ele se justifica, ainda que temporariamente, para corrigir uma distorção quanto às oportunidades. Acreditamos que com o sistema de cotas associado a um programa estatal de financiamento estudantil para jovens carentes em universidades particulares, o Brasil poderá reverter em algumas décadas esta questão crucial da igualdade de oportunidades, essencial para a consolidação da democracia.

Ainda no aspecto educacional, vale a lembrança da verdadeira revolução operada na Coréia do Sul, feita pacificamente pela educação. Há 30 anos atrás, o referido país asiático tinha indicadores sociais piores do que os do Brasil; hoje, já faz parte do seleto grupo de países do primeiro mundo, com indicadores sociais semelhantes aos europeus. Desta forma, defendemos uma relação direita entre pluralismo e práticas emancipatórias e a educação; sendo esta a condição necessária para a implementação segura de uma nova perspectiva social, muito mais justa.

Uma proposta de desenvolvimento efetiva pressupõe a prévia remoção dos principais focos de privação da liberdade, tais como a pobreza, governos totalitários, falta de oportunidades de trabalho, segregação de minorias étnicas, serviços públicos de má qualidade, dentre outros. Há relação direta entre dignidade humana e promoção das liberdades em todos os seus aspectos. As palavras de Amartya Sen são claras neste sentido:

> O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática., negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos. A despeito de aumentos sem precedentes na opulência global, o mundo atual nega liberdades elementares a um grande número de pessoas – talvez até mesmo à maioria. Às vezes

[87] HUDSON, op. cit. (no prelo).

> a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso a água tratada ou saneamento básico. Em outros casos, a privação de liberdade vincula-se estreitamente à carência de serviços públicos e assistência social [...]. Em outros casos, a violação da liberdade resulta diretamente de uma negação de liberdades políticas e civis por regimes autoritários e de restrições impostas à liberdade de participar da vida social, política e econômica da comunidade.[88]

Ao longo da história da humanidade, o direito tem variado no tempo e no espaço, sempre refletindo a ideologia do grupo dominante, em determinado período histórico. O modelo tradicional "burguês-capitalista" está assentado nos princípios da estatalidade, unicidade, formalidade positivista, monismo e centralização. Todas estas características levam a um direito excludente e elitizado.

Este processo de dominação é complementado com precisa análise histórica acerca da evolução do liberalismo e do modo de ser adotado pela burguesia, evidenciando contradições ideológicas e paradoxos ao longo do processo evolutivo. Tais constatações históricas evidenciam a complexa relação entre homem e poder. Vejamos:

> Em seus primórdios, o liberalismo se constituiu na bandeira revolucionária que a burguesia capitalista (apoiada pelos camponeses e pelas camadas sociais exploradas) utiliza contra o antigo regime absolutista. Acontece que, no início, o liberalismo assumiu uma forma revolucionária, marcada pela "liberdade, igualdade e fraternidade", que favorecia tanto os interesses individuais da burguesia enriquecida quanto os de seus aliados economicamente menos favorecidos. Mais tarde, contudo, quando o capitalismo começa a passar à fase industrial, a burguesia, "a elite burguesa", assumindo o poder político e consolidando seu controle econômico, começa a aplicar na prática somente os aspectos da teoria liberal que mais lhe interessam, denegando a distribuição social da riqueza e excluindo o povo do acesso ao governo. Ademais, menciona Lanzoni, o liberalismo oferece "situações ambíguas, em quase todos os seus aspectos. Se, de um lado, ele prega a liberdade, como bem supremo do homem, de outro, limita a ação daqueles que não possuem dinheiro. Se se apresenta como revolucionário e progressista em relação ao antigo regime, [...] é, no entanto, conservador em relação às reivindicações populares. Portanto, [...] é revolucionário e ao mesmo tempo conservador". Enquanto que, no século XIX, "luta contra a monarquia absoluta e, no século XX, contra as ditaduras e regimes totalitários", volta-se, em ambos os momentos, contra "as autoridades populares e sobretudo

[88] SEN, op.cit, p.18

contra a democracia e o socialismo".[89]

Já no final do século XX resta absolutamente evidenciado o esgotamento e a ineficácia do "monismo normativista", característico de um estado centralizador e de um judiciário excludente e elitizado, muito pouco ousado e, via de regra, chancelador da vontade das elites. Este modelo tradicional de direito, idealizado em um contexto histórico-social deveras ultrapassado, enquanto produção normativa de uma estrutura política unitária, tende a ocultar o comprometimento e os interesses capitalistas da burguesia enriquecida, através de suas "convenientes" características de generalidade, abstração e impessoalidade. A esse respeito, oportuna a transcrição de mais uma lição de Wolkmer:

> Como já se mencionou noutro contexto, o positivismo jurídico, que prosperou a partir das grandes codificações e acabou se impondo como principal doutrina jurídica contemporânea, constituiu-se na mais vigorosa reação às correntes definidas como jusnaturalistas, que buscavam definir a origem, a essência e o fim do Direito na natureza, ou mesmo na razão humana. A ideologia positivista procurou banir todas as considerações de teor metafísico-racionalista do Direito, reduzindo tudo à análise de categorias empíricas na funcionalidade de estruturas legais em vigor. Contrapondo-se à concepção metafísica, na dogmática positivista, o Direito é explicado pela sua própria materialidade coercitiva e punitiva. Toda a sua validade e imputação fundamentam-se na própria existência de uma administração política burocrática e hierarquizada. A concepção jurídico-normativa tipificada pelo caráter abstrato, genérico e institucionalizado tende a harmonizar os diversos interesses conflitantes no bojo da produção social burguês capitalista, bem como direcionar e manter as diversas funções do aparelho estatal a serviço de setores hegemônicos do bloco no poder. Esse caráter ideológico, passível de ser detectado na doutrina positivista, não é de forma alguma reconhecido, mas ocultado pelo dogmatismo jurídico oficializado. Não será inoportuno lembrar que o monismo jurídico, enquanto expressão do formalismo dogmático positivista, é o fruto da sociedade burguesa já formada, ou, pelo menos, da sociedade em que a burguesia já reforçou suficientemente as suas posições econômicas e políticas.
>
> […]
>
> O projeto jurídico positivista, descartando as análises de domínio da prática política e das relações sociais, encastelou-se em construções meramente descritivo-abstratas e em metodologias mecanicistas, assentadas em procedimentos lógico-linguísticos. Isso significa que, embora a dogmática jurídica estatal se revele, teoricamente, resguardada pelo invólucro da cientificidade, competência, certeza e segurança, na prática, intensifica-se a gradual perda de sua

[89] WOLKMER, op. cit., p. 33.

> funcionalidade e de sua eficácia. É por essa razão que se coloca a inevitável questão da crise desse modelo de legalidade. Por assim dizer, a crise do monismo jurídico estatal vem refletindo o constante desajustamento entre as estruturas sócio-econômicas e as instituições jurídico-políticas.[90]

Dentro desta mesma linha de raciocínio, em complementação ao pensamento acima, Fábio Konder Comparato, bem coloca a necessidade de repensarmos o modelo capitalista contemporâneo, direcionando-o para uma visão mais humanista e solidária.

> O espírito do capitalismo é o egoísmo competitivo, excludente e dominador. Daí por que toda espécie de colaboração entre empresários é naturalmente tida por suspeita; assim como suspeita e nociva à boa economia sempre pareceu, desde as origens, aos olhos dos empresários, a sindicalização dos trabalhadores e a organização reivindicativa dos despossuídos. Nesse tipo de civilização, toda a vida social, e não apenas as relações econômicas, fundam-se na supremacia absoluta da razão de mercado. [...] Enquanto o capital desumanizado é levado à posição de pessoa artificial, o homem é reduzido à condição de simples instrumento de produção, ou ao papel de mero consumidor a serviço do capital. Ora, a razão de mercado é necessariamente expansionista.[91]

A crise entre o direito oferecido pelo Estado e a eficácia social dessas normas vem acarretando crescentes questionamentos acerca da “limitação” do direito ao “direito produzido pelo Estado”. Há a necessidade de se superar a dogmática tradicional, já exaurida e socialmente ineficaz. Novos questionamentos tendem a surgir de forma cada vez mais veemente, na tentativa de se buscar outros pontos de legitimidade para o direito, que não mais pode se resumir à ordem vigente e imposta pelo Estado.

A própria questão da legitimidade e da capacidade postulatória em juízo, por nós já abordada no tópico anterior, somente confirmam a urgência de uma ampla discussão a respeito. A defesa rígida e intransigente do instituto da capacidade postulatória em Juízo, em uma estrutura procedimental absolutamente incompatível com a sociedade contemporânea e também com o alto grau de exclusão da sociedade brasileira, colocam em cheque a credibilidade de todo um sistema positivado de garantias.

A defesa rígida de procedimentos legais e de institutos voltados a este fim

---

[90] WOLKMER, ibid., p. 47, 52.

[91] COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 537-538.

em um Estado que garanta a real possibilidade de acesso à Justiça, seja de que forma for – por Defensorias Públicas instituídas, por convênios com a OAB, que realmente funcionem ou mesmo pela nomeação de advogados cadastrados e remunerados pelo Estado – seria razoável; todavia, diante da realidade brasileira e da imensa maioria de excluídos, uma interpretação muito mais flexível, especialmente das normas de direito processual, já seria um grande passo para a promoção da inclusão.

Gilberto Giacóia, também defende de forma categórica o exaurimento do modelo tradicional de direito e reconhece uma crise, sem precedentes, do pacto social. Vejamos seu posicionamento em recente artigo jurídico:

> Do contratualismo clássico às novas formas de consenso, o pacto social vive, hoje, uma crise sem precedentes de poder e legitimidade. O vácuo ético deixado pela incapacidade das instituições e organismos oficiais de criar e de sustentar formas de convivência que mantivessem em seu centro o valor pessoa humana, apenas por sua condição humana, agrava sensivelmente esta crise. Resgatar, reabilitar e mesmo ressuscitar a ética para uma nova ordem tem sido o grande desafio da filosofia moderna e, assim, do direito e da própria religião.[92]

O direito positivo, da forma como se encontra, apenas vem permitindo a "perpetuação" das elites dominantes no poder. O direito fornecido pelo Estado, via de regra, é feito pela e para a elite, razão pela qual possui alto grau de segregação social, em nítido confronto com o ideal de Justiça; valendo aqui relembrar a questão dos usuários das universidades públicas no Brasil. A demonstração real de limitação da doutrina positivista, especialmente pelo emblemático exemplo do julgamento de Nuremberg, fez surgir a necessidade de se repensar a relação entre direito e sociedade.

Dentro deste contexto, não se poderia repensar esta relação entre o direito e a sociedade sem uma profunda análise revisional do sistema regente desta mesma sociedade. Assim, defendemos a flexibilização de alguns "dogmas" capitalistas, que devem ser relativizados, humanizados e redirecionados sob a ótica da solidariedade. Novamente, Comparato comprova esta relação de subserviência entre direito positivo e elite:

> Quanto ao arcabouço institucional do capitalismo, a sua peça-mestra é o confinamento da atividade estatal à proteção da ordem, do

[92] GIACÓIA, Gilberto. Justiça e dignidade. **Argumenta:** Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, Jacarezinho, n. 2, 2002. p. 13.

> contrato e da propriedade privada, como garantias do exercício da liberdade empresarial. O conjunto das liberdades civis e políticas, passa, assim, a exercer um papel secundário nesse quadro institucional: elas podem ser preteridas diante da liberdade de empresa, como se tem visto amiúde na Ásia, na África e na América Latina.[93]

Ainda dentro desta perspectiva pluralista, absolutamente contrária aos conceitos prontos e estáticos, defendemos uma maior interação entre Estado, mercado, sistema legal, partidos políticos, imprensa, clubes de serviço, universidades e voluntários no sentido de serem reorientados para que possam contribuir para a expansão e a garantia das liberdades substantivas dos indivíduos, que devem passar a ser vistos como agentes participantes de uma grande rede de solidariedade e não mais como meros expectadores passivos de políticas decididas unilateralmente pelo grupo que detém o poder. Amartya Sen elucida a questão apresentada:

> [...] Concentra-se particularmente nos papéis e inter-relações entre certas liberdades instrumentais cruciais, incluindo oportunidades econômicas, liberdades políticas, facilidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora. As disposições sociais, envolvendo muitas instituições, são investigadas segundo sua contribuição para a expansão e a garantia das liberdades substantivas dos indivíduos, vistos como agentes ativos de mudança, e não como receptores passivos de benefícios.[94]

É importante que se diga que absolutamente não defendemos um sistema novo e revolucionário, apenas concordamos com a flexibilização de alguns postulados do capitalismo. Tal sistema, como quase tudo nesta vida, merece sofrer adaptações ao longo da história, no sentido de aperfeiçoamento. Neste particular, o direito pode e deve dar sua contribuição, com a edição de leis compensatórias em favor dos excluídos e principalmente via interpretação do sistema jurídico de uma forma mais humana e solidária, sempre tendo como referencial a noção de dignidade humana associada à igualdade de oportunidades e à promoção das liberdades, em todas as suas vertentes.

A visão contemporânea, especialmente na seara constitucional, que defende a era do humanismo e do pós-positivismo, alicerçada em uma visão inovadora do direito, pretende a redescoberta dos valores axiológicos contidos em princípios, em clara tentativa de se conferir efetividade social ao direito e de se promover de forma

[93] COMPARATO, op. cit., p. 538.
[94] SEN, op..cit., p. 11.

eficaz a dignidade humana.

Percebe-se, portanto, que o que está em crise, hoje, é o paradigma da dogmática jurídica estatal, consolidada nos séculos XVIII e XIX; o que vem permitindo um constante questionamento dos paradigmas dominantes e sugerindo uma ruptura com modelos tradicionais e impostos de fundamentação. As crises se constituem em pré-condição necessária para a emergência de novas teorias e novos paradigmas. As constantes transformações sociais, a rapidez da informação, as novas formas massificadas de contratação, o fenômeno da globalização e a imperiosa necessidade de novas formas de legitimação dos sujeitos de direito, colocam a reformulação do sistema jurídico como pauta prioritária.

Exemplo flagrante neste sentido é a situação do direito processual. As formulas tradicionais de legitimidade para as demandas judiciais são as mesmas idealizadas pelos doutrinadores oitocentistas que, evidentemente, não satisfazem as necessidades supervenientes de direitos coletivos e difusos, próprios da sociedade contemporânea. Toda esta situação processual contribui para "engessar" e, por vezes, impossibilitar, a prestação jurisdicional; sendo certo que esta dinâmica processual possui relação direta com o grau de eficácia do sistema jurídico brasileiro. Deste contexto, emerge como voz uníssona no meio jurídico a conclusão de que algo precisa ser feito no sentido de se promover a inclusão social. Wolkmer complementa nosso pensamento:

> Agora, no entanto, o positivismo jurídico dogmático começa a vivenciar uma profunda crise, por permanecer rigorosamente preso à legalidade formal escrita e ao monopólio da produção normativa estatal, afastando-se das práticas sociais cotidianas, desconsiderando a pluralidade de novos conflitos coletivos de massas, desprezando as emergentes manifestações extra-legislativas, revelando-se desajustado às novas e flexíveis formas do sistema produtivo representado pelo capitalismo avançado, dando pouca atenção às contradições das sociedades liberal-burguesa (principalmente aquelas provenientes de necessidades materiais dos pólos periféricos) e, finalmente, sendo omisso às mais recentes investigações interdisciplinares.[95]

Um modelo rígido e estático de direito não mais se adequa ao mundo contemporâneo e à excessiva velocidade das informações. A dinâmica da sociedade do século XXI afigura-se absolutamente incompatível com um sistema dogmático-positivista e com um Judiciário excessivamente formalista e meramente chancelador

[95] WOLKMER, op. cit. p. 66.

da vontade das elites, materializada nas leis. Aqui, contudo, há que se fazer uma ressalva; se por um lado grande parte do Judiciário brasileiro ainda aplica o “culto à legalidade estrita”, por outro, uma grande e crescente parte deste mesmo Judiciário tem cada vez mais flexibilizado os rigores da lei em benefício de uma “jurisdição inclusiva” e, por que não emancipatória. Os julgados referidos neste trabalho demonstram claramente esta nova e confortante tendência.

Outro ponto que merece reforço é a análise histórica que explica a razão do exaurimento do atual modelo de direito vigente na sociedade brasileira. O arquétipo modelo da “legalidade liberal burguesa” foi idealizado para a sociedade européia dos séculos XVIII e XIX e este modelo foi aplicado, sem critérios ou adaptações, às sociedades capitalistas periféricas, como o Brasil; sendo certo que toda esta situação vem contribuindo para uma diminuição cada vez maior da eficácia do direito positivo nestes países.

No Brasil Colônia, como acima já demonstrado, a grande preocupação de Portugal foi impor o seu modelo segregador e discricionário de direito, em que toda a sistemática jurídica estava voltada para garantir a autoridade da metrópole e perpetuar as elites no poder. Houve absoluto descaso para com as práticas costumeiras de um direito nativo e informal. Esta prática viciada e elitista, herdada desde a época do descobrimento, vem produzindo efeitos até nossos dias.

A cultura jurídica brasileira é marcada por uma tradição monista, de forte influxo Kelseniano, ordenada em um sistema lógico-formal de raiz liberal-burguesa; cuja produção transforma o direito e a justiça em manifestações estatais exclusivas. Este modelo se vê diante de uma grave crise, eis que não vem conseguindo dar respostas a determinados conflitos coletivos, específicos da contemporaneidade. Esta ineficiência do modelo jurídico dominante, além de revelar uma crise de legitimidade nos poderes da República, se manifesta especialmente em dois níveis de atuação: Poderes Judiciário e Legislativo.

É inegável a flagrante crise de legalidade e de insuficiência dos canais jurídicos tradicionais e dos próprios poderes constituídos, para a solução dos conflitos de interesses; o que reforça a tendência para que os novos sujeitos sociais se utilizem de meios extra-judiciais e de práticas informais não-oficiais.

Um Judiciário burocratizado e lento, habituado a solucionar pendências de natureza inter-individual-patrimonial e extremamente apegado à dogmática legal, apresenta-se hoje abismado com a necessidade de se conferir respostas de “novos

direitos”, ainda não positivados, pleiteados por “novos atores sociais”. Entendemos que o caminho para a promoção da inclusão social e da difusão da dignidade humana passa, necessariamente, pela superação destes obstáculos e pela promoção efetiva de igualdade de oportunidades.

Defendemos como sendo absolutamente necessária a superação da normatividade tradicional, feita essencialmente pelo Estado, via Poderes Legislativo e Judiciário. Em uma sociedade marcada pela pluralidade de interesses e pela complexidade, a juridicidade emerge de várias formas do agir comunitário, pela via de processos sociais auto-reguláveis, provenientes de grupos voluntários, comunidades, associações e organizações sociais, sempre na busca de uma efetivação das necessidades destes segmentos. A construção de uma juridicidade alternativa, além da estatal, em sintonia com a proposta pluralista, nos parece um caminho sem volta, em que crescerá a importância dos movimentos sociais.

Os movimentos sociais contemporâneos, dotados de posturas reivindicatória, contestatória e participativa, refletem bem esta tendência, sempre na busca da satisfação das necessidades humanas fundamentais e como reação ao alto grau de exclusão social nas sociedades periféricas, da qual faz parte o Brasil.

Aqui uma colocação se faz necessária. Os movimentos sociais são legítimos e apenas refletem o alto grau de exclusão da sociedade brasileira, contudo não podem se distanciar da causa que os motiva, sob pena de perder esta mesma legitimidade, confundindo sua bandeira de luta com propósitos totalmente alheios. Assim, se o MST possui legitimidade para denunciar a existência de latifúndios improdutivos e pressionar democraticamente pela reforma agrária; por outro, abusa de seu direito de protestar quando fecha rodovias, invade praças de pedágio e destrói prédios públicos. Todos estes excessos contribuem para o descrédito do movimento social.

O Estado Democrático de Direito deve saber conviver com a postura reivindicatória dos movimentos sociais, entretanto deve reprimir com rigor o abuso deste direito, mantendo a ordem e o respeito aos direitos de terceiros. Não será demais lembrar que algumas pessoas que estavam a caminho do hospital faleceram por conta do fechamento irresponsável de rodovias.

Uma sociedade pluralista deve saber conviver com posturas contestatórias, todavia, deve saber manter a ordem instituída, o respeito à Constituição e às Instituições públicas, sob pena de anarquização do sistema de controle social. A

mesma Constituição que contempla a função social da propriedade e admite protestos pacíficos, explicita a necessidade de manutenção da ordem.

Neste contexto, percebe-se a plena realização da máxima de que os fatos sempre andam na frente do direito. Enquanto o direito positivo assiste perplexo à evolução social, os fatos e as reivindicações continuam a ocorrer. Esta defasagem temporal entre fatos e o direito positivo produz verdadeiras aberrações; assim, enquanto aquele que furta um alimento de valor ínfimo pode ser preso, “hackers” da internet desviam milhões de reais entre contas bancárias e se beneficiam da ausência de uma legislação específica sobre o tema. Enquanto um homem simples do interior pode ser preso sem a concessão de fiança por ter matado um passarinho, grandes empresas continuam quase que impunes diante de derramamentos gigantescos de óleo em mananciais de abastecimento público. Outro exemplo é a falência dos partidos políticos tradicionais, que cria condições para o surgimento de formas alternativas de representatividade popular; tudo em sintonia com os novos movimentos sociais, enquanto fonte de produção jurídica. A insuficiência de fontes clássicas do monismo estatal determina, claramente, o alargamento dos centros geradores de produção jurídica, via meios normativos não-convencionais, abrindo-se espaço para as práticas coletivas idealizadas por estes movimentos sociais.

Diante deste caos legislativo, extremamente ineficaz e burocrático, uma alternativa coerente seria um aperfeiçoamento legislativo, priorizando-se os princípios gerais, permitindo-se a construção da solução jurídica em função das peculiaridades do caso concreto; em detrimento desta enorme produção legislativa, cara, inoperante e de duvidosa eficácia social. A construção de um direito vivo comunitário não depende da legislação oficial, de decisões judiciais e nem da ciência do direito, mas sim de ser complementado pelas condições reais da vida cotidiana, cuja eficácia encontra suporte na dinâmica social, materializada pela ação dos movimentos sociais contemporâneos.

O grande desafio da proposta pluralista é a motivação para repensar a racionalidade, não como algo acabado, imodificável, mas sim como algo em constante construção e em interação com a dinâmica social, caracterizada pela coexistência das diferenças e em sintonia com uma diversidade de sistemas jurídicos circunscrita à multiplicidade de fontes normativas informais e difusas.

A crise do modelo tradicional propicia condições para o surgimento de novas teorias que questionam e superam o reducionismo dogmático-positivista,

representado pela ideologia monista centralizadora. A aplicação criteriosa de princípios consagrados no ordenamento – explicita ou implicitamente – associada a uma interação com a realidade trazida pelo caso concreto (inclusive com considerações históricas), permitiria a obtenção de um grau de eficácia e mesmo de legitimidade muito maiores do que os atuais.

Bárbara Hudson, dentro desta perspectiva pluralista e emancipatória, ilustra bem a questão citando que a Suprema Corte canadense vem de forma inovadora levando em conta fatores históricos para aplicar penas diferentes a casos tecnicamente idênticos. Assim, um mesmo delito, praticado nas mesmas condições de tempo e lugar poderia gerar penas diferentes, a depender da etnia de seus autores, por exemplo. É a proposta de "desvantagem sistêmica" na seara penal, vejamos a referência da autora inglesa:

> Ao desenvolver perspectivas pós-Carta, em demandas de igualdade na justiça criminal, a Suprema Corte canadense tem saído do reconhecimento da discriminação individual em fundamentos permissíveis (raça, sexo, religião etc.) para a aceitação de uma idéia de desvantagem sistemática. Esse é um conceito *relacional* porque se dirige para relacionamentos entre grupos sociais, indagando se o grupo a qual o réu pertence é aquele que sofre desvantagem sistemática, quando comparado a outros grupos sociais. Assim como nos casos em que se argumenta que a violência é sistematicamente desvantajosa para as mulheres, essa mudança para o raciocínio *relacional* pode ser encontrada em casos onde o tema seja a desvantagem racial. Tantos os aborígines quanto os afro-canadenses têm sido reconhecidos por sofrerem desvantagem sistemática quando comparados aos canadenses brancos, e por causa disso a Suprema Corte tem argumentado que eles merecem menos punição que os canadenses brancos condenados por crimes similares. Essa tese foi argüida em casos de transporte de drogas (caso Hamilton e Mason, de 2004) e no caso Borde (Tribunal de Apelação de Ontário). Borde, um afro-canadense de dezenove anos condenado por um grande número de crimes graves envolvendo armas de fogo, teve a sua sentença reduzida pelo Tribunal de Apelação de Ontário. O Tribunal de Apelação reconheceu que: 'Há fatores históricos e sistêmicos enfrentados por afro-canadenses e tais fatores devem ser levados em consideração na imposição da pena'.[96]

O principal núcleo para o qual converge o pluralismo jurídico é a negação de que o Estado seja a única e exclusiva fonte de todo o direito. Trata-se de visão anti-dogmática que advoga a supremacia de fundamentos ético-sociológicos sobre critérios tecno-formais. Neste particular, é importante que se diga que não

[96] HUDSON, op. cit., (no prelo).

advogamos a defesa de um Estado mínimo, mas tão somente uma necessária mudança de foco na aplicação do direito, nos termos já expostos. A defesa de um Estado mínimo num país em que há tanta distorção de distribuição de renda seria temerária e nefasta para a inclusão social.

Neste sentido, pluralismo jurídico pode ser concebido como sendo a multiplicidade de práticas jurídicas existentes em um mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais, tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais.

A crise das instituições, associada à crise da legitimidade política, favorece o surgimento de práticas jurídicas paralelas. O pluralismo jurídico deve ser visualizado como esforço teórico tendente a explicar a convivência contraditória, por vezes consensual e por vezes conflitante, entre os vários direitos observáveis em uma mesma sociedade. Não se deve confundir o pluralismo jurídico unicamente com a defesa do direito não-estatal. As duas principais causas do pluralismo jurídico são: o caráter injusto e a ineficácia do modelo da unicidade do direito.

> Certamente, que o desafio está em transgredir o convencional e buscar valores emergentes (a nível do pensamento, da sensibilidade e da ação comportamental), provenientes das práticas sociais emancipatórias e das lutas reivindicatórias por necessidades transformadas em direitos. No espaço aberto de interações renovadas e de exigências éticas, cuja realidade fragmentada e experimental é reinventada e rearticulada permanentemente, os movimentos sociais se legitimam para criar, produzir e definir princípios éticos de uma nova sociedade, pautados na emancipação, autonomia, solidariedade, justiça e a dignidade de uma vida capaz da satisfação das necessidades fundamentais.[97]

Da análise da proposta em questão, resta claro que o pluralismo jurídico não deve ser confundido com apologia ao direito alternativo, desprovido de critério e com grau de discricionariedade máxima, conferido ao julgador, aproximando-se do próprio arbítrio. O pluralismo jurídico deve ser entendido como uma ideologia transformadora das práticas jurídicas herdadas de um capitalismo burguês-individualista de duvidosa eficácia. Assim, a idéia do pluralismo serviria como um primeiro alicerce para criar condições para uma regulamentação social alicerçada em princípios gerais, abertos, que permitiriam o atingimento da concretude em função das lides apresentadas ao Judiciário. Outra grande vantagem da prevalência de princípios seria a desnecessidade de atualização/produção legislativa constante,

[97] HUDSON, ibid., p. 244.

na busca de uma adequação das leis rígidas e estáticas às evoluções da sociedade contemporânea.

É importante que se diga que esta utilização dos princípios e dos valores a eles agregados devem, necessariamente, interagir com a realidade exposta no caso concreto. Os valores das comunidades ou dos indivíduos integrantes da lide devem ser levados em conta quando da prolação da sentença. A questão ora levantada adquire maior relevância se considerarmos que o Brasil é um país multi-racial e multi-cultural, com valores absolutamente diferenciados de Estado para Estado. A comunidade polonesa de Curitiba tem valores éticos e culturais absolutamente diversos de grupos indígenas do Pará, por exemplo.

Uma de nossas propostas neste estudo é a demonstração da absoluta relevância dos valores culturais agregados à lide em julgamento. Uma decisão judicial somente será justa na medida em que considerar a que grupo pertencem as pessoas que integram a lide. Um mesmo ato obsceno terá repercussões diferentes no Rio de Janeiro e em uma cidadezinha do interior de Minas Gerais; este fator deve sempre ser levado em conta em qualquer decisão judicial.

Após todas estas ponderações, ilustradas por exemplos concretos e reais, ocorrentes em nossa sociedade, resta patente que a dogmática tradicional, importada da Europa sem quaisquer adaptações à realidade brasileira, associada à ideologia do rigorismo formal e ao culto à aplicação mecanicista da lei tem se distanciado, cada vez mais, da realidade da vida cotidiana; abrindo verdadeiro vácuo entre a legislação imposta pelo Estado e sua eficácia prática.

Toda esta falta de sintonia vem colaborando para o surgimento de uma “legalidade paralela”, em que a eficácia se torna o grande ideal. Estas novas formas que emergem da vida cotidiana, a despeito de criarem as raízes de um Direito comunitário-participativo, comprovam, na prática, a absoluta falência do modelo tradicional de Justiça, alicerçado em verdadeiros dogmas oitocentistas, surgidos quando da Revolução Francesa e totalmente dissociados da vida contemporânea.

Em sintonia com toda a sistemática proposta pelos defensores do pluralismo, ousamos sugerir, dentro do que preconiza a proposta de cursos de mestrado e doutorado, uma reformulação substancial no sistema jurídico brasileiro. Defendemos uma legislação mínima, sempre amparada em princípios gerais, com tipos abertos, que possam receber valores particulares dos envolvidos naquela determinada lide.

Esta sistemática, apesar de gerar menos segurança jurídica, permitiria uma interpretação particularizada em função do caso concreto, sempre em sintonia com os princípios gerais. Outra conseqüência imediata desta dinâmica seria a desnecessidade de constante produção legislativa, como lamentavelmente ocorre hoje no Brasil.

Outro ponto que merece destaque é a questão da regionalização das políticas públicas; especialmente quando idealizadas pelo Governo Federal, que tende a desconsiderar as enormes variações culturais de um país continental. Novamente voltamos à questão acima exposta, não é razoável imaginar que uma determinada lei tenha a mesma aceitação entre a comunidade germânica do interior de Santa Catarina e os descendentes de africanos do pelourinho, na Bahia. As realidades culturais são absolutamente diferentes e comprometem a eficácia de determinada legislação que se choque com um padrão de comportamento.

Na época do Governo Collor, quando a União passou a construir os Ciac's, com a pretensão de serem escolas-modelo, um único projeto arquitetônico foi aprovado para todo o Brasil. Neste projeto, o grande trunfo era a aeração das salas, que dispensariam ar condicionado e permitiam uma intensa troca de ar. Como já era previsto, o projeto foi um sucesso nas regiões quentes do país; todavia, nas cidades serranas da região sul do país, ninguém agüentava o frio dentro dos estabelecimentos, dada a absoluta inadequação do projeto para determinadas regiões do Brasil.

Sob a ótica do pluralismo, este exemplo deixa clara a necessidade de flexibilização do dogma da "segurança jurídica", associado a um voto de confiança para o Juiz, que deverá preencher a "cláusula geral" ou o "cheque em branco" outorgado pelo legislador, em decorrência das peculiaridades do caso concreto, em que serão levadas em conta as condições dos litigantes, a realidade específica de determinada comunidade, o nível cultural dos envolvidos e a saudável dinâmica que só o caso concreto poder conferir. Ademais, já é hora de nos perguntarmos o que de tão bom esta "segurança jurídica", por vezes levada ao extremo, legou à sociedade brasileira? Já não seria hora de repensarmos acerca da necessidade de flexibilização este dogma?

Exemplos claros desta opção, encontramos no novo Código Civil Brasileiro, especialmente na parte das obrigações. As cláusulas gerais da "função social do contrato" e da "boa-fé objetiva", se bem compreendidas, dispensam atualizações

legislativas, eis que permitem ao aplicador do direito o “preenchimento” de valores abstratos em função daquele caso concreto; priorizando o valor de “Justiça” em relação à legalidade estrita.

Outro ponto que merece destaque é a questão da legitimidade no atual sistema. Wolkmer defende, com muita propriedade, a superação desta legitimidade excessivamente dogmática, presa aos comandos legais e que tornam o Judiciário brasileiro extremamente excludente e elitista. A sociedade contemporânea, pluralista e massificada, vem se mostrando incompatível com o modelo tradicional e algo precisa ser feito; neste particular o papel das academias assume posição de reconhecido destaque.

A lição de Marcos Augusto Maliska, colabora para a elucidação deste ponto:

> O pluralismo jurídico, para ser compreendido como expressão de emancipação de direitos, do fortalecimento de uma ordem jurídica que possibilite a democracia como expressão maior de um povo, deve passar pela discussão em torno da existência concomitante de “códigos” e “código”, ou seja, de uma ordem estatal que conviva e legitime ordens jurídicas insurgentes, representantes de direitos vivos, direitos que nascem no dia-a-dia, na convivência social, e que, por sua própria dinâmica, tornam-se insuscetíveis à apreensão por um único código, estatal. [98]

Por fim, é importante que se diga que nossa pretensão se limita ao fomento do debate, especialmente na academia. Esperamos com serenidade críticas às propostas defendidas neste trabalho. Contudo, se de alguma forma, pudermos contribuir com a implementação de propostas reais de inclusão social, já teremos alcançado nosso objetivo. O respeito à diversidade de opiniões é um dos alicerces da democracia.

---

[98] MALISKA, op. cit., p. 39.

7 CONCLUSÃO

a) A dignidade humana é o valor máximo tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro, capaz de condicionar todo e qualquer ato de interpretação de normas jurídicas. Por ser fundamento da República, irradia seus efeitos por todo o sistema, sendo certo que até mesmo os demais princípios consagrados na Constituição devem guardar sintonia para com o princípio da dignidade humana. Trata-se de super-princípio que confere unidade axiológico-normativa aos diversos dispositivos constitucionais, que não raro se encontram em aparente situação de conflito.

b) A dignidade humana, enquanto valor-fonte dos direitos fundamentais assegurados na Constituição, confere a estes direitos aplicabilidade imediata, independentemente de qualquer outro ato legislativo complementar. Neste sentido, qualquer cidadão pode invocar um destes princípios constitucionais para exigir do Estado determinada prestação positiva. A mudança de foco sugerida no primeiro capítulo reside exatamente na necessidade de superação da dogmática tradicional, que sempre relegou aos princípios uma importância diminuta, um caráter meramente auxiliar, complementar e secundário. Esta ausência de normatividade e de eficácia imediata aos princípios afigura-se como sendo incompatível com a sociedade contemporânea e com o novo papel que se pretende conferir ao direito enquanto fomentador da inclusão social.

c) No que se refere à colisão de princípios constitucionais, na medida em que defendemos a supremacia axiológica da dignidade humana enquanto valor máximo tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro, entendemos, até mesmo por questão de coerência, ser impossível a colisão entre o princípio da dignidade humana e os demais princípios constitucionais. Se a dignidade condiciona a interpretação de todos os demais princípios constitucionais, eventual colisão entre a dignidade e os demais princípios, inviabilizaria o raciocínio, quebrando-se a lógica. Neste sentido, admitimos a colisão somente entre os princípios subordinados.

d) O princípio da proporcionalidade, a despeito de não estar consagrado expressamente no texto constitucional, é amplamente reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência como sendo princípio constitucional implícito. Sua utilização criteriosa permite a solução em caso de aparente conflito entre os demais valores tutelados pela Constituição. O princípio da proporcionalidade contém os sub-princípios da adequação, que exige que os meios adotados sejam apropriados à

consecução dos objetivos propostos; o sub-princípio da necessidade, que exige que a medida restritiva seja absolutamente indispensável para a conservação do direito fundamental em análise e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz e menos gravosa; e o sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito, pelo qual o intérprete faz a ponderação entre a carga de restrição imposta e os resultados pretendidos, na busca da máxima equidade na distribuição dos ônus (análise da razoabilidade em concreto).

e) A condição de supremacia axiológica atribuída à dignidade humana é absolutamente compatível com o princípio da unidade da Constituição; aliás, a proeminência da dignidade enquanto fundamento da República reforça a unidade da Constituição, na medida em que estabelece um ponto de referência que jamais poderá ser desconsiderado pelo intérprete. Diversos autores de renome nacional comungam desta opinião, dentre eles destacam-se Suzana de Toledo Barros, Flademir Martins e Rizzatto Nunes.

f) O princípio da dignidade humana, por ser um conceito aberto, deve conhecer limitações. Seu uso indiscriminado e sem critérios levaria a abusos e à própria banalização do princípio. Neste sentido, a doutrina idealizou o que se convencionou chamar de “núcleo mínimo” ou “núcleo essencial”. Assim, somente dentro deste núcleo mínimo é que se poderia exigir do Estado determinada prestação positiva. Segundo a melhor doutrina de direito constitucional, este núcleo seria composto por quatro itens, a saber: educação básica, saúde pública eficaz e de qualidade, assistência social aos desamparados e acesso à Justiça. Dentro deste contexto haveria verdadeiro direito subjetivo do cidadão necessitado a exigir do Estado, pela via do Judiciário, determinada prestação positiva.

g) Para uma melhor compreensão deste mínimo existencial, faz-se necessário o desenvolvimento da idéia de linha imaginária da dignidade, que serviria de parâmetro, segundo a qual, todo cidadão que estivesse abaixo desta linha estaria em situação de “não” dignidade e os que estivessem acima, estariam em situação de “sim” dignidade. Neste sentido e em sintonia com o tópico anterior, as pessoas que estivessem abaixo desta linha imaginária poderiam, dentro do núcleo mínimo, pleitear ao Estado, judicialmente, o imediato restabelecimento de suas dignidades.

h) Considerando-se o alto grau de exclusão em nossa sociedade e a existência de milhões de brasileiros vivendo na indigência; considerando-se a dignidade humana como valor máximo e a idéia de núcleo mínimo, idealizamos a

proposta de um novo instituto jurídico, chamado de “legitimidade excepcional”. Tal instituto permitiria a qualquer cidadão, independentemente de quaisquer formalidades jurídicas, a postulação judicial frente ao Estado para o imediato restabelecimento da dignidade de determinada pessoa que estivesse abaixo da linha imaginária da dignidade. Para aqueles que se espantam com a inovação, idealizamos um paralelo com a figura já conhecida do habeas corpus.

i) Se se admite a possibilidade de qualquer cidadão impetrar ação de habeas corpus para que o Judiciário avalie a legalidade da prisão de uma pessoa, independentemente de critérios formais; com muito mais razão se poderia admitir a figura da legitimidade excepcional, que tutela a própria dignidade, valor superior à liberdade de locomoção. Evidentemente, esta possibilidade estaria restrita ao contexto do núcleo mínimo e valeria exclusivamente para as pessoas que estivessem em flagrante condição de “não dignidade”.

j) O exaurimento do modelo tradicional de direito é, hoje, uma realidade. A busca por maior efetividade do sistema normativo é o grande desafio da ciência jurídica contemporânea. Os níveis de exclusão social beiram ao intolerável e há relativo consenso de que algo efetivamente precisa ser feito. A superação da dogmática tradicional é o primeiro ponto. O questionamento do monopólio estatal da produção jurídica ganha cada dia mais adeptos, assim como a proposta pluralista. Em uma sociedade contemporânea, consumista e massificada, em que há excesso de informação e uma grande pulverização de valores, não se pode mais conceber o Estado como centro único de onde emanam as normas de direito.

l) Uma proposta descentralizadora e anti-dogmática, em que fundamentos éticos, políticos e sociológicos prevaleçam sobre critérios tecno-formais é o recado deste momento de superação do positivismo; a constatação de que o positivismo jurídico afigura-se como sendo insuficiente para o atendimento das demandas sociais supervenientes, ganha adeptos a cada dia; as construções genérico-abstratas, idealizadas pela burguesia francesa no século XIX, encontram-se desprovidas de eficácia social. A proposta pluralista, que parte do pressuposto do esgotamento do modelo tradicional de direito, fomenta práticas sociais participativas e procura conferir reconhecimento e legitimidade ao surgimento de formas normativas extra-estatais e informais, produzidas por novos titulares de carências e necessidades, sempre em constante transformação. Este reconhecimento é absolutamente necessário no atual momento contemporâneo.

m) O momento de crise, vivenciado hoje, não deixa de ser um estímulo ao surgimento de novas teorias e a novos modelos para o sistema jurídico. Ousamos sugerir, a título de proposta de *lege ferenda* e em sintonia com a proposta de uma dissertação de mestrado, uma legislação mínima, alicerçada em princípios que norteariam o sistema e em cláusulas gerais, que permitiriam ao julgador uma constante adequação da legislação à realidade social dos litigantes, como que preenchendo vácuos legislativos propositais como forma de se conferir maior efetividade à prestação jurisdicional. Defendemos, assim, uma gradativa disseminação das cláusulas gerais pelos mais diversos ramos do direito, resguardando-se, evidentemente, as searas penal e tributária. O dogma da segurança jurídica, ao longo da evolução histórica do direito mostrou-se uma falácia; terminou por "engessar" a prática jurídica em formulas ideais, genéricas e abstratas e totalmente distantes da realidade social. É evidente que a inserção de cláusulas gerais e a maior utilização dos princípios, para a solução direta de lides deve ser feito com excessivo critério e de forma ponderada, sem excessos e na busca do bem comum. A grande questão é que da forma como está não poderá mais ficar. A problemática da exclusão social não se resolve com fórmulas mágicas, a proposta responsável de alternativas de uso do direito em prol da inclusão social tem como pressuposto o debate acadêmico para posterior e eventual implementação.

n) O modelo pluralista por nós defendido tem como alicerces estruturais a educação e a criação de mecanismos imediatos que propiciem a igualdade de oportunidades a todos; sendo a intervenção estatal, neste particular, essencial.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-79, 1999.

_____. **Teoría de la argumentación jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula**. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucio-nalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO apud STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. . **Diário Oficial da União**, Brasília, 1 fev. 1999. Disponível em: <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas /42/ 1999/ 9784.htm>. Acesso em: 19 jun. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AR 1114/RS – 1999/0076001-8. Relator: Min. Félix Fischer. S3. Julgado em 25 set. 2002. Diário da Justiça, Brasília, 21 out. 2002. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem= IT&classe=AR&processo=1114&recurso=0&tip_julgamento=M>. Acesso em: 19 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 670723/SC; Recurso Especial 2004/0089976-4. Relatora: Ministra Eliana Calmon (1114).T2 – Segunda Turma. Julgado em 07 fev. 2006. **Diário da Justiça**, 6 mar. 2006. p. 322. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=670723&&b=ACOR&p= true&t=&l=10&i=1>. Acesso em: 25 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 684594/RS; Recurso Especial 2004/0123355-5. Relator: Min. Castro Meira. T2 - 2ª Turma. Julgado em 27 set. 2005. **Diário da Justiça**, Brasília, 10 out. 2005. p. 318. Disponível em: <http:// www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre= 684594&&b=ACOR&p= true&t=&l=10&i=1> Acesso em: 25 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 719310/RS; Recurso Especial 2005/0010482-0. Relator: Ministro Luiz Fux (1122). T1 - Primeira Turma.Julgado em 6 dez. 2005. **Diário da Justiça**, 13 fev. 2006, p. 695. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre= 719310&&b=ACOR&p= true&t=&l=10&i=4>. Acesso em: 25 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 485969/SP – Embargos de divergência no recurso especial 2005/0152163-1. Relator: Min. José Delgado. 1ª Seção STJ. Julgado em: 23 ago.2006. **Diário da Justiça**, 11 set. 2006, p. 220. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/ doc.jsp?livre=485969&&b=ACOR&p= true&t=&l=10&i=4>. Acesso em: 22 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. T1 – Primeira Turma. REsp. 718203/SP – 2005/0008518-5. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 06 dez. 2005. **Diário da Justiça**, Brasília, 13 fev. 2006, p. 694. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/ jurisprudencia/doc.jsp?livre=718203&&b=ACOR&p= true&t=&l=10&i=2>. Acesso em: 19 jul. 2006

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Agravo Reg. em Petição 1.246-1/SC. Disponível em: <http:// www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp? origem=IT&classe= Pet&processo=1246&recurso=0&tip_julgamento=M>. Acesso em: 25 jul. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN, 855-2/PR. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, por maioria. Julgado em 1 jul. 1993. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 1 out. 1993. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo. asp?origem=IT&classe=ADI&processo=855&recurso=0&tip_julgamento=M>. Acesso em: 19 jul .2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 393175/RS. Relator: Min. Celso Mello. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp? origem=IT&classe= RE&processo=393175&recurso=0&tip_julgamento=M>. Acesso em: 23 jul. 2006.

BUARQUE, Cristóvam. A lógica da vergonha. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 22 dez. 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2004

CLÉVE, Clémerson Merlin**. A teoria constitucional e o direito alternativo**: para uma dogmática constitucional emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CRISAFULLI, Vesio. **La constituzione e le sue disposizioni di principio**. Milano: Giuffré, 1952.

DEMO, Pedro. **Introdução à metodologia da ciência**. São Paulo: Atlas, 1991.

DWORKIN, Ronald. **Freedom´s law: the moral reading of the american constitution**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996.

GIACÓIA, Gilberto. Justiça e dignidade. **Argumenta:** Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, Jacarezinho, n. 2, 2002.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico**: à luz da jurisprudência comentada. Curitiba: Juruá, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direitos fundamentais, processo e princípio da proporciona-lidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

HUDSON, Bárbara A. Direitos humanos e "novo constitucionalismo": princípios de justiça para sociedades divididas. In: CLÉVE, Clémerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Ed.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. (no prelo).

MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo jurídico e direito moderno**: notas para pensar a racionalidade jurídica na modernidade. Curitiba: Juruá, 2006.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo nº. 1.0000.00.295471-7/000(1). Relator: Fernando Bráulio. Acórdão julgado em 11 set. 2003 e publicado em 21 nov. 2003. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp? tipoTribunal =1&comrCodigo=0000&ano=0&numeroProcesso=295471&complemento=000&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=>. Acesso em: 19 jul. 2006.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo nº. 1.0000.00.340056-1/000(1). Relator: Silas Vieira. Acórdão de 21/08/03 e publicado em 02/10/03. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0000&ano=3&numeroProcesso=402582&complemento=000&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=>. Acesso em: 19 jul. 2006.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo nº. 1.0000.03.402582-5/000(1). Relator: Roney Oliveira. Acórdão julgado em 20 out. 2004 e publicado em 24 nov. 2004. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal =1&comrCodigo=0000&ano=3&numeroProcesso=402582&complemento=000&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=>. Acesso em 19 jul. 2006.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto**. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Acórdão nº. 24605. 4ª Câmara Cível. Processo 0168382-9. Relator: Idevan Lopes. Julgado em 25 maio 2005. Disponível em:

<http://www.tj.pr.gov.br/consultas/jurisprudencia/JurisprudenciaDetalhes.asp?Sequencial=1&TotalAcordaos=4&Historico=1>. Acesso em: 20 jul. 2006.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 108533-8, de Mallet. Relator: Des. Luiz Cezar de Oliveira. Disponível em: <http://www.tj.pr.gov.br/consultas/judwin/ResultCodigo.asp?Codigo=183695&Selecionar.x=8&Selecionar.y=8>. Acesso em: 25 jul. 2006.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 130321-5, de Goioerê/PR. Relator: Des. Milani de Moura. Disponível em: <http://www.tj.pr.gov.br/consultas/judwin/ResultCodigo.asp?Codigo= 214228&Selecionar.x=5&Selecionar.y=4>. Acesso em: 25 jul. 2006.

PORT, Otávio Henrique Martins. **Os direitos sociais e econômicos e a discricionariedade da administração pública**. São Paulo: RCS, 2005.

PRÉCOMA, Ayrton Ferreira. Holocausto brasileiro. **Correio Metropolitano**, Rio de Janeiro, 1999.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara Cível. Processo nº 70009770611. Apelação e reexame necessário. Relator: Irineu Mariani. Julgado em 09 dez. 2004. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70009770611&num_processo=70009770611>. Acesso em: 22 jul. 2006.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sexta Câmara Cível. Apelação Cível nº 70011462330. Relator: Ney Wiedemann Neto. Julgado em 15 dez. 2005. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/ consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca = 700&num_processo_mask=70011462330&num_processo=70011462330>. Acesso em: 22 jul. 2006.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Cível. Apelação Cível nº 70014933675. Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. Julgado em 22 jun. 2006. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca= 700&num_processo_mask=70014933675&num_processo=70014933675>. Acesso em: 15 mar. 2006.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. 2ª Câmara de Direito Público. AI nº 42.530.5/4. Relator: Des. Alves Bevilaqua. Julgado em 11 nov. 1997. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br> . Acesso em: 25 jul. 2006.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. 9ª Câmara de Direito Público. AI nº 48.608-5/4. Relator: Des. Rui Cascaldi. Julgado em 11 fev. 1998. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br> . Acesso em: 25 jul. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHOLLER, H. Princípio da proporcionalidade nos Direitos Constitucional e Administrativo da Alemanha. **Revista do TRF da 4ª Região**, Porto Alegre, ano 11, n. 38, 2000.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Eliezer Gomes da. Direitos humanos como fundamento ético-argumentativo para um conceito material de crime – uma proposta de superação da teoria do bem jurídico-penal. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Ed.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. (no prelo).

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**. São Paulo: Alfa Omega, 1997.