

JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: NECESSIDADE DE UMA TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA PARA AS MINORIAS

JUDICIALIZATION OF THE PUBLIC POLICY: THE NEED FOR A DIFFERENTIATED CONSTITUTIONAL PROTECTION FOR THE MINORITIES

Gustavo Gottardi*
Roseli Borin*

RESUMO

A Constituição Federal brasileira de 1988 rompeu com as velhas posturas introspectivas de cunho eminentemente liberalista, o que altera profundamente a epistemologia do direito e confere a abertura do sistema jurídico por um viés principiológico, cujo fundamento incide na dignidade da pessoa humana. A Carta Magna elevou o ser humano ao ápice do sistema, implementando este princípio vetor no artigo 5º, dando-lhe instrumentos para busca de sua dignidade. Dentre os direitos e garantias inseridos no artigo 5º, vários são processuais, o que nos faz considerar relevante uma análise conjunta no caso concreto e, por meio da regra do sopesamento, extrair quais devem prevalecer. Assim, o trabalho tem por escopo tecer considerações a respeito da aplicação do princípio da proporcionalidade e sua necessidade, com foco nos direitos das minorias, muitas vezes, sem representatividade alguma, e que, invariavelmente, terá que recorrer ao Poder Judiciário para alcançar a tutela almejada. Para tanto, pautamo-nos em teóricos da perspectiva jurídica e de dois casos concretos: um julgado em âmbito nacional e outro em âmbito internacional (estadunidense). Portanto, se os direitos fundamentais possuem eficácia normativa, faz-se necessário que o aplicador do direito e o órgão julgador não se restrinjam à aplicação das regras previamente estabelecidas, mas, rompam com esse dogma racionalista de completude do sistema, da certeza da norma idealizada pelo preceito da *Civil Law*. Deve-se ir além, valendo-se de toda a principiológica constitucional e da teoria dos direitos fundamentais, dando às minorias a tutela jurisdicional constitucionalmente adequada.

Palavras-chave: Direitos das minorias; proporcionalidade; efetividade.

ABSTRACT

The Brazilian Federal Constitution of 1988 broke with the old posture introspective eminently liberalist, which profoundly alters the epistemology of law and gives the opening of the legal system by a bias related to principles-implicit, whose foundation focuses on human dignity. The Charter raised the human being to the apex of the system, implementing this principle in Article 5, giving him tools to seek for his dignity. Among the rights and guarantees included in article 5º, several are procedural, which makes us consider a joint analysis in the case relevant and, by rule of balancing extracting which should prevail. Thus, the scope of work is to make considerations regarding the application of the principle of proportionality and necessity, focused on minority rights, often without any representation, and that invariably will have to resort to the courts to achieve the protection desired. Therefore, we are referring to in the theoretical legal perspective and two cases: one judged nationally and others in the international (U.S.). Therefore, if fundamental rights have effectively rules, it is necessary that applying the law and judging body does not restrict the application of previously established rules, but break with this rationalist dogma of completeness of the system, the certainty of the rule devised by precept of Civil Law. It should go further, taking advantage of all principles-implicit constitutional and fundamental rights theory, giving minorities a constitutionally adequate judicial protection.

Keywords: Minority rights; proportionality; effectiveness.

*Doutorando em Sistema Constitucional de Garantias – ITE; Mestre em Direito Constitucional (Unioledo), Especialista em Direito Civil (Unioledo); Autor do livro “A Efetividade do processo e os Direitos Fundamentais”, Editora UFMS. Advogado.

*Doutoranda em Sistema Constitucional de Garantias de Direitos – ITE; Mestre em Ciências Jurídicas - UNICESUMAR; Especialista em Direito do Estado com ênfase em Direito Constitucional – UEL; Especialista em Direito Civil – Sucessões, Família e Processo Civil - UNICESUMAR, Professora de Graduação e Pós-Graduação; Autora da obra “Identidade Genética e Exame de DNA”/Juruá. Advogada.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 rompeu com a velha epistemologia liberal positivista que sempre reinou em nosso país, de cunho eminentemente patrimonialista e racionalista, alçando o ser humano ao ápice do sistema normativo, fornecendo uma eficácia especial para efetividade de seus direitos, e, ao mesmo tempo, protegendo esses direitos dentro de seu núcleo essencial intangível.

Basta que façamos uma análise perfunctória – neste momento - na porta de entrada desse documento magnânimo de criação, legitimação e limitação de poder, para que vejamos o direcionamento que nos é dado, mas, como será analisado oportunamente, não se trata, apenas, de meras exortações, mas verdadeiras imposições.

O Título I da Constituição Federal de 1988 trata sobre os princípios fundamentais, revelando no artigo 1º que vivemos em um Estado Democrático de Direito, cujos fundamentos são: I-soberania, II- a cidadania, III- a dignidade da pessoa humana e IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Nesse artigo nos debruçaremos mais detidamente sobre o terceiro fundamento, densificado, mais especificamente, no artigo 5º da Constituição.

O artigo 3º trata dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que são: I- Construir uma sociedade livre, justa e solidária; II- garantir o desenvolvimento nacional; III- erradicar a pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais e, o IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Analisando esta breve introdução da Carta Constitucional, veremos que ela assevera que estamos sob a batuta de um Estado Democrático de Direito, e, conforme preconiza Guerra Filho (2005, p.16), essa é a nossa fórmula política; “todo o restante do texto constitucional pode ser entendido como explicações dessa fórmula”.

Dentro da temática desenvolvida, em consonância com o pensamento do referido autor (Guerra Filho, 2005, p. 61), o princípio do Estado de direito e o princípio democrático, fariam referência aos princípios fundamentais estruturantes, e os incisos do artigo 1º da Carta Constitucional, equivaleriam aos princípios fundamentais gerais, merecendo destaque aquele que impõe o respeito à dignidade da pessoa humana.

Destarte, “esse princípio demarcaria o que a doutrina constitucional alemã, considerando a disposição do Art. 19 da Lei Fundamental, denomina de “núcleo essencial intangível” dos direitos fundamentais”. (ANDRADE apud GUERRA FILHO, 2005, p. 62).

Os princípios da dignidade da pessoa humana estariam densificado ou concretizado no artigo 5º da Constituição (CANOTILHO, 1989, p. 129) – embora estejam espalhados por todo texto constitucional -, sendo consagrados como “princípios constitucionais especiais”. Seriam, portanto, a “densificação” ou a “concretização” do princípio fundamental geral, referente à dignidade da pessoa humana.

Partindo desses pressupostos constitucionais, necessário que levemos a sério o direito por esse privilegiado ângulo da teoria dos direitos fundamentais, entendendo, conseqüentemente, que determinados tipos de tutela – no caso, são os direitos das minorias - não podem ser buscadas por meio de um procedimento de cognição exauriente, sendo colocados em cubículos procedimentais uniformes, sob pena do perecimento do direito e não cumprimento do mandamento constitucional.

No Estado Constitucional, o magistrado deve analisar se a juridicidade da norma está conectada ou desconectada de sua justiça intrínseca, não bastando a mera subsunção, “devendo compreender a lei a partir dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais de justiça”, assim, “as regras processuais devem ser aplicadas conforme as tutelas prometidas pelo direito material e segundo as necessidades do caso concreto” (MARINONI, 2008, p. 418).

Na ânsia de se criar uma ciência processual autônoma em relação ao direito material, erroneamente houve identificação entre neutralidade e autonomia do processo, e, conseqüentemente, foram desconsideradas as diferenças entre as pessoas e bens. Dessa forma, essa identificação deu a falsa idéia de que um procedimento poderia ser independente da necessidade do direito material.

A única forma de tutelar adequadamente as diferentes posições sociais e as diversas situações de direito substancial seria a de que “o processo não pode desconsiderar o que se passa nos planos da realidade social e do direito material” (MARINONI, 2008, p. 422).

Portanto, é necessária uma ponderação profunda, com base nos princípios interpretativos constitucionais, especialmente o da proporcionalidade, para se tutelar os direitos das minorias, cumprindo o mandamento constitucional da efetividade com base na igualdade, dentro dos parâmetros a seguir elencados.

1. NATUREZA PRINCIPIOLÓGICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – DIFERENÇAS E COLISÕES ENTRE OS PRINCÍPIOS, AS REGRAS, DENTRO DO SISTEMA NORMATIVO

Robert Alexy (2008, p. 85), ao desenvolver sua teoria dos direitos fundamentais, adverte que a distinção entre regras e princípios tem importante papel neste setor. Apregoa essa distinção como a chave para que haja solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais e também a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais.

Importante ressaltar a importância desse estudo para aplicação do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, pois só por meio de seu entendimento será possível afastar, no caso concreto, um princípio tão relevante, visto por uma ótica positivista, como o devido processo legal - na verdade, o princípio do devido processo legal não será afastado, sendo necessário saber o que será “devido” em determinado caso concreto. Podendo em um determinado caso ser devido à cognição exauriente, em outro ser devido a cognição sumária, suprimindo, assim, várias etapas de um procedimento ou mesmo alterando-o, sempre em razão da função teleológica que deve reger o processo.

Sem essa distinção entre princípios e regras não há uma teoria consistente o bastante para que seja adequada a restringir direitos fundamentais, nem uma doutrina que satisfaça o problema das colisões, tampouco uma teoria que seja suficiente sobre qual a importância dos direitos fundamentais no sistema jurídico (ALEXY, 2008, p. 85).

Os princípios e as regras são duas espécies de normas jurídicas, na qual, as regras, descrevem uma hipótese fática e as conseqüências da infringência dessa norma posta. As regras obedecem à lógica do tudo ou nada, são mandamentos de definição, dessa forma devem ser cumpridas nas exatas medidas de suas prescrições (ALEXY, 2008, p. 87). Já, os princípios são mandamentos de otimização, são normas que ordenam que algo seja cumprido na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, têm um grau infinitamente maior de generalidade e abstração do que a mais geral e abstrata das regras, pois não se reportam a qualquer espécie de situação fática (ALEXY, 2008, p. 90).

Segundo Alexy (2008, p. 90): “o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. O autor argumenta ainda que os princípios devem ser vistos como:

[...] mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende

somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes (ALEXY, 2008, p. 91).

No que se refere às regras, são normas que são sempre satisfeitas ou não. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos (ALEXY, 2008, p. 92). Regras são determinações no âmbito daquilo que é faticamente possível.

Assim, ordem jurídica é formada por um conjunto de normas jurídicas que se situam em patamares distintos, conforme maior ou menor grau de abstração e concreção, e as regras com o maior grau de concreção situadas no patamar mais baixo da pirâmide são as sentenças, as quais são as normas individuais. Esse grau de abstração vai crescendo até o momento em que não há mais regras e sim princípios, que também possuem diferentes graus de abstração.

O último traço distintivo a ser destacado entre as regras e os princípios é a relatividade destes, já que não podem ser acatados de forma absoluta, pois são pautas de valores, e a obediência irrestrita a uma pauta de valores acabaria por infringir outra pauta de valores. Dessa forma, para que um princípio seja utilizado, não pode ser ferido o núcleo essencial do outro, necessitando da utilização do princípio da proporcionalidade.

Assim, se os princípios constituem mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva “também constitui mandado de otimização que deve ser realizado diante de todo e qualquer caso concreto, dependendo somente de suas possibilidades, e assim da consideração de outros princípios ou direitos fundamentais que com ele possam chocar” (MARINONI, 2004, p. 228).

Os princípios constitucionais, apesar de terem uma carga infinitamente maior de generalidade e abstração do que a mais geral e abstrata das regras, podem ser aplicados ao caso concreto, pois, de acordo com o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal, as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata, não necessitando de uma norma regra para sua aplicação. Nesse sentido, são as normas de eficácia plena, as quais permitem a aplicação imediata de um princípio sem a interferência de uma regra regulamentadora (GUERRA FILHO, 2005, p. 62).

Outra questão em que é possível verificar a diferença entre princípios e regras é quando ocorre um choque entre essas normas jurídicas. É possível verificar que quando duas regras colidem, apenas uma ou nenhuma delas poderá ser aplicada, surgindo daí um problema

de antinomia jurídica a ser resolvido. Segundo Norberto Bobbio (1999, p. 81) a antinomia significa o encontro de duas proposições incompatíveis, que não podem ser ambas verdadeiras, dessa forma, a única solução é a eliminação de uma das normas.

Com relação aos princípios, como estes têm uma maior carga de abstração e generalidade e não disciplinam determinadas situações jurídicas, não se chocam diretamente, sendo compatíveis uns com os outros. Mas, em determinadas situações um deles será afastado episodicamente em benefício do outro, sem ferir o seu núcleo essencial.

Quando ocorre a colisão entre princípios, um deles tem que ceder, pois em determinadas condições, um deles terá precedência sobre o outro, já que eles têm pesos diferentes e aquele com maior peso terá precedência frente ao outro.

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha cita vários exemplos de aplicação da regra do sopesamento de interesses e dentre eles, convém trazer à baila uma decisão sobre a incapacidade de um réu — que, sem dúvida, faz parte de uma minoria agastada no pólo passivo das demandas penais — para participar de audiência processual.

Nesse caso o Tribunal Constitucional tratava da admissibilidade da realização de uma audiência com a presença do réu e que devido à tensão desse tipo de procedimento, corria o risco de sofrer derrame ou infarto, assim a Corte Suprema observou que haveria uma tensão entre o dever estatal de garantia da adequada aplicação da lei penal e a garantia do acusado de defender seu direito constitucionalmente consagrado: a vida (ALEXY, 2008, p. 94).

Nesse caso, nenhum dos deveres tem precedência absoluta sobre outro. Na aplicação da regra do sopesamento deve ser analisado qual dos deveres têm mais peso sobre o outro e:

[...] se esse sopesamento levar à conclusão de que os interesses do acusado, que se opõem à intervenção têm, no caso concreto, um peso sensivelmente maior que os interesses em que se baseia a ação estatal, então, a intervenção estatal viola o princípio da proporcionalidade e, com isso, o direito fundamental do acusado que deriva do art. 2º, § 2º, 1, da Constituição (ALEXY, 2008, p. 95).

Esses deveres devem ser realizados na maior medida das suas possibilidades fáticas e jurídicas. De tal modo, se existisse apenas o princípio da operacionalidade do direito penal, haveria a obrigatoriedade da realização da audiência. Por outro giro, caso houvesse apenas o princípio da proteção à vida e à integridade física, a realização da audiência se tornaria impossível. Dessa forma, um princípio restringe as possibilidades de aplicação do outro.

Portanto, quando dois princípios constitucionais se colidirem, e o caso for de difícil resolução - *hard case* - será necessário a utilização daquele que alguns doutrinadores o

chamam de “princípios dos princípios”: o princípio da proporcionalidade. Tudo isso, após o emprego de uma interpretação especificamente constitucional.

O caso acima foi extraído de um famoso julgamento do Tribunal Constitucional da Alemanha para demonstrar como a regra do sopesamento é muito respeitada naquele país, quando ocorre a colidência de princípios.

No entanto, a partir do momento em que se constata que o direito à prestação de tutela jurisdicional efetiva tem natureza principiológica, obviamente não poderá subsumir-se à mera aplicação das regras, do tudo ou nada, conforme assevera Alexy (2008).

Esse direito fundamental não pode ser negado na perspectiva da validade, pois o que importa, para sua efetiva incidência, é o caso concreto, assim a consideração de outros princípios que a ele possam se contrapor. Ou seja, ele será sempre válido, ainda que tenha que vir a ser harmonizado com outro princípio diante das circunstâncias de um caso concreto. Isso quer dizer que, com a distinção entre princípio e regra, também resta fácil ao juiz prestar a tutela jurisdicional efetiva, ainda que exista omissão legislativa. Basta-lhe harmonizar esse direito fundamental e o outro princípio que possa com ele colidir, considerando as circunstâncias do caso concreto, e especialmente as regras da adequação e da necessidade (MARINONI, 2007, p. 228).

Portanto, após demonstrada a natureza de tutela jurisdicional efetiva, resta claro o dever do juiz de conformar o procedimento adequado ao caso concreto, devendo utilizar-se de técnica processual que dê efetividade ao direito.

2. CLASSIFICAÇÃO E FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS NEGATIVOS E POSITIVOS

Os direitos fundamentais não mais podem ser analisados apenas como direito de defesa, em consonância com a concepção da matriz liberal burguesa, mas, também, como direitos prestacionais, por uma dupla perspectiva — objetiva e subjetiva—, na busca de exercer variadas e diversificadas funções na ordem jurídica.

A doutrina costuma enquadrar os direitos de defesa como normas de eficácia plena, ao passo que os direitos prestacionais são normalmente previstos como normas de eficácia limitada.

Sarlet (2008, p. 184-185) entende que uma classificação constitucionalmente adequada para os direitos fundamentais seria a distinção entre dois grandes grupos: “os direitos fundamentais na condição de direitos de defesa e os direitos fundamentais como direitos a prestação (de natureza fática e jurídica)”. A propósito do tema, o referido autor assevera que

esse segundo grupo – dos direitos prestacionais —, dividir-se-ia igualmente em dois subgrupos, quais sejam, o dos direitos prestacionais em sentido estrito (englobando, por sua vez, os direitos a proteção e os direitos à participação na organização a ao procedimento) e o dos direitos à prestação em sentido estrito (direitos a prestação sociais materiais)” (Ibidem, p. 185).

Não há espaço suficiente para que discorramos sobre a amplitude desses direitos fundamentais de maneira a exauri-los, assim, centrar-nos-emos a traçar de maneira perfunctória esses direitos fundamentais sociais de defesa e prestacionais, e, a maneira constitucionalmente adequada de efetivá-los.

3 A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS E O ALCANCE DA NORMA CONTIDA NO ARTIGO 5º, § 1º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Luis Roberto Barroso assevera que “a efetividade significa, portanto, a realização do direito, o desempenho concreto da sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social” (1996, p. 83).

O artigo 5º, § 1º, aduz que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, mas, necessário entendermos qual a abrangência material da norma em questão, se aplicável a todos os direitos fundamentais ou deve se restringir aos quadrantes formais do art. 5º.

De acordo com Sarlet (2001, p. 27), “nosso constituinte – ao contrário da Constituição Portuguesa – não traçou nenhuma distinção expressa entre os direitos de liberdade e os direitos sociais de cunho prestacional”, pois mesmo dentro do capítulo dos direitos sociais podemos encontrar os direitos de defesa – negativo - não se justificando, assim, a exclusão destes do âmbito de aplicação da norma. Ainda na esteira de Sarlet (Idem), entende que todas as normas de direitos fundamentais constantes do catálogo (art. 5 ao 17), “bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais” possuem aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º da CF).

Ocorre que a doutrina majoritária convencionou que existem normas de eficácia limitada mesmo entre as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, cujas mesmas não teriam condições de aplicabilidade direta sem uma intervenção legislante.

Assim, conforme ressaltado, esses direitos – fundamentais - possuem uma dupla função: direito de defesa e direito prestacional. A função prestacional possui dois sentidos –

amplo e restrito –, “distinção que conduz à existência de algumas diferenças essenciais entre ambas as categorias de direitos fundamentais, essencialmente entre os direitos de defesa e os direitos sociais de cunho prestacional” (SARLET, 2001, p. 28).

Dessa forma, “sustentou-se acertadamente que a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF, impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais” (PIOVESAN apud SARLET, 2001, p. 29). Ademais,

há que dar razão aos que ressaltam o caráter dirigente desta norma, no sentido de que esta, além do objetivo de ‘assegurar a força vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, tem por finalidade tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, executivo e Judiciário (...). (Idem)

Eros Roberto Grau (apud SARLET, 2001, p. 29) sustenta que o Poder Judiciário, “em face do dever de respeito e aplicação imediata dos direitos fundamentais ao caso concreto, encontra-se investido do poder-dever de aplicar imediatamente estas normas, assegurando-lhe plena eficácia”.

4. REQUISITOS PARA SE ALCANÇAR A EFETIVAÇÃO DESSA FORMA DE TUTELA DIFERENCIADA

No processo civil, a igualdade material entre os litigantes só poderá ser alcançada se houver a possibilidade de uma tutela jurisdicional diferenciada. Essa é a idéia do processo justo, o vínculo teleológico entre o meio e o fim, entre o instrumento processual e a tutela prometida pela constituição ao direito material (MITIDIERO, 2007, p. 60).

Essa técnica de adequação da tutela pode ser realizada, pelo legislador, tanto de maneira abstrata, prevendo procedimentos especiais e adequados para determinadas situações, quanto de forma concreta pelo próprio magistrado. No caso concreto, caso não haja lei nesse sentido ou a regra procedimental seja eminentemente abstrusa, sem conexão com a realidade do caso, tanto o legislador quanto o juiz devem observar os direitos fundamentais (DWORKIN, 2007, p. 299-300).

A técnica da antecipação da tutela é uma das formas de adequação da tutela jurisdicional realizada de forma abstrata pelo legislador e que deverá ser observada pelo julgador, e que hoje, indubitavelmente, é a mais eficaz arma de proteção que o jurisdicionado tem a seu favor, pois quando se fala em antecipação de tutela é necessário se ter em mente que o jurisdicionado terá a plena e integral efetivação de seu direito.

Quando o juiz é chamado a decidir sobre uma demanda antecipatória será preciso sopesar os males que o demandante irá sofrer caso lhe seja denegado. Por outro lado, caso haja a concessão, quais os males que tal medida irá causar ao requerido. Imperioso recorrer a regra do sopesamento para se saber qual dos direitos terá um maior peso naquele caso.

Relevante instar que a lei do sopesamento deve ser analisada da seguinte forma:

[...] de um lado, o grau ou a intensidade da não-satisfação ou da afetação de um princípio e, de outro lado, o grau de importância da satisfação do outro princípio. Aquele que afirma uma afetação muito intensa e só pode ser justificada por meio de um grau muito alto de importância da satisfação do princípio colidente. [...] Os argumentos que podem ser utilizados na fundamentação desse tipo de enunciados não são relacionados especificamente ao sopesamento. É possível levar em consideração qualquer argumento típico da argumentação jurídica (ALEXY, 2008, p. 171).

Para que a antecipação da tutela não se transformasse em regra geral, o que acabaria por ferir a garantia do devido processo legal e seus consectários como o direito ao contraditório e a ampla defesa, antes de ser o litigante privado de seus bens jurídicos, a parte interessada deve se submeter às exigências da prova inequívoca do alegado na inicial e a verossimilhança da alegação - além da prova da reversibilidade do § 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Além disso, a técnica foi estruturada de várias maneiras, dando a possibilidade de requerê-la quando houver: a) receio de dano ou de difícil reparação - *periculum in mora* [artigos 273, I, 461§ 3º, e 461-A do Código de Processo Civil]; b) abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório [273, II, Código de Processo Civil]; e c) parcela incontroversa da demanda [artigo 273, § 6º do Código de Processo Civil].

A efetivação da tutela, em regra, deve ser concedida ao final do processo, no momento em que a sentença for proferida.

Pode ocorrer que, em determinadas situações, o autor não possa aguardar o provimento final para que lhe seja entregue o bem da vida pleiteado - como no caso de uma cirurgia urgente. Dessa forma, o processo, cumprindo o papel que lhe é próprio, de efetivação dos direitos fundamentais, terá que se adequar às especificidades daquele caso e assim, ser-lhe á entregue o bem de forma antecipada para que não haja o perecimento do direito em jogo, do contrário a finalidade da atividade jurisdicional estaria sendo prejudicada em face da forma (DINAMARCO, 2008, p. 307).

Outra questão que deve ser observada é que a liminar antecipatória jamais poderá assumir o efeito exauriente da tutela jurisdicional. Mesmo deferida *in limini*, o processo forçosamente deverá prosseguir até o final do julgamento de mérito e, é em razão disso que a

liminar prevista no artigo 273, do CPC, convive normalmente com o princípio do contraditório (DINAMARCO, 2008, p. 310).

A antecipação da tutela pode ser postulada em outros momentos do processo, embora o mais adequado seja na inicial. O juiz, caso não a tenha deferido na inicial, poderá deferi-la num segundo momento, se entender necessária, considerando os pressupostos para que tal ocorra (ALVIM, 2007, p. 68).

É possível a concessão da antecipação até mesmo em grau de recurso, pois imagine uma situação de uma medida de antecipação de tutela ser indevidamente negada no juízo *a quo*. Dessa forma será lícito ao agravante pedir no seu recurso para que, antes do julgamento dele, analise preliminarmente a concessão da tutela antecipada inadiável (ALVIM, 2008, p. 68).

Tal recusa da medida preventiva representaria a inutilização do julgamento do agravo. Em um processo civil, em sincronia com o atual Estado Constitucional de Direito, isso seria inadmissível, seria ilógico, ainda mais em um sistema que assegura os princípios da instrumentalidade do processo e da efetividade de prestação da tutela jurisdicional (MITIDIERO, 2007, p. 90).

5. EFETIVIDADE DO DIREITO DAS MINORIAS: ANÁLISES DE CASOS CONCRETOS - “LINDA BROW” E MARCOS JOSÉ

5.1. ‘*Brow vs. Board of Education of Topeka*’

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte, na presidência de Earl Warren, entre os anos de 1953 a 1969, protagonizou um dos julgamentos mais famosos da história da Corte Norte - Americana, que, também, aparentemente, significou um rompimento com princípio da separação de poderes, que é o caso ‘*Brow vs. Board of Education of Topeka*’ (Souto, 2008, p. 87-88).

Com o fim da Guerra da Secessão, nos Estados Unidos, foi abolida a escravidão, que deu lugar à discriminação, com várias leis que segregaram os negros em diversas dimensões da vida social. A Suprema Corte também ajudou a promover essa discriminação até 1954, merecendo destaque o caso *Plessy vs. Ferguson*, que acabou por criar a odiosa doutrina dos “*Iguais, mas separados*”. Nesse caso, a Suprema Corte entendeu ser constitucional uma lei do Estado da Lousiana de 1890, no qual estava estabelecida que o transporte ferroviário deveria ser realizado em acomodações “iguais, mas separadas”, entre negros e brancos (HARTMAN, 2006).

Essa doutrina se ramificou em vários tribunais americanos, sendo que primeiro foi aplicada nos transportes públicos e, logo em seguida, espalhou-se para as escolas e outros locais públicos.

Vigorou até o julgamento do caso da garota '*Linda Brow*', na cidade de *Topeka*, onde uma menina da terceira série tinha que caminhar longa distância para estudar numa escola para negros. Certo dia, seu pai foi tentar matriculá-la na escola para brancos e foi impedido, assim, ingressou na justiça para tentar obter a admissão da garota (Souto, 2008, p. 87-88).

Essa ação chegou a Suprema Corte e, Earl Warren proferiu sua decisão banindo a segregação racial das escolas públicas, superando a nefanda lei dos "Iguais, mas Separados".

Esse julgamento foi muito importante e demonstra a necessidade de atuação ativa e ativa do judiciário, pois, caso esse julgamento houvesse sido no sentido contrário, ou, se os pais de Linda Brow não tivessem recorrido ao judiciário, dificilmente *Barack Obama* seria o atual presidente dos Estados Unidos da América, já que as melhores escolas eram para os brancos, e, como sabemos, o atual presidente é formado em *Harvard*, e o povo americano dá muito valor para a formação intelectual de seu chefe de governo.

5.2. Caso Marcos José

No Brasil, temos como exemplo o caso do jovem estudante Marcos José, ocorrido no ano de 2007 na cidade de Recife, em que o universitário, vítima de assalto no caminho para a faculdade, tornou-se tetraplégico após levar um tiro.

A família de Marcos ajuizou uma ação de indenização com pedido de antecipação de tutela, requerendo a responsabilização do Estado de Pernambuco pelo "custo decorrente da cirurgia de implante diafragmático que devolveria ao autor a condição de respirar sem a dependência do respirador mecânico, cuja importância perfazia o valor correspondente a U\$ 150.000 (cento e cinquenta mil dólares americanos)" (STF: STA 223- PE).

Indeferida a antecipação de tutela, o autor interpôs agravo de instrumento, no qual obteve decisão monocrática que lhe deferiu parcialmente o pedido, para que "o Estado de Pernambuco, incontinenti, pagasse todas as despesas necessárias à realização da cirurgia em comento, na forma e com o profissional requerido pela parte agravante." (Idem).

No Tribunal de Justiça de Pernambuco – por intermédio de um Agravo de Instrumento, com pedido de antecipação de tutela - foi determinada a transferência de

recursos do Estado para uma conta no exterior pertencente ao médico norte-americano que a família havia indicado para que viesse fazer a cirurgia no Brasil.

A família alegou que o Brasil não possuía profissionais capacitados para realização da cirurgia, e, que, caso a mesma não fosse realizada até a data de 30/04/2008, resultaria em grava risco de morte para a vítima. (STF: STA 223- PE).

O Estado de Pernambuco conseguiu fazer com o processo subisse ao STF com um pedido de Suspensão de Tutela Antecipada da decisão do TJPE, alegou no recurso que

o fornecimento do tratamento nos moldes em que determinado, (...), viola todos os preceitos de ordem jurídico-administrativa e economia públicas, pois determina o depósito em conta corrente do médico que realizaria a intervenção"(fl. 03).Sustenta, ainda, em síntese: a) competência da Presidência do Supremo Tribunal Federal para a análise do presente pedido de suspensão de tutela antecipada, tendo em vista que a ação principal tem por fundamento matéria constitucional: arts. 37, § 6.º, 100 e 196 da Constituição da República; b) a existência do perigo na demora, ante o fato de que "a decisão está em vias de ser executada, já tendo sido determinada a transferência dos recursos que foram depositados em conta judicial, para uma conta bancária no exterior, pertencente ao médico norte-americano que a família alega que virá ao Brasil para operar o recorrido" (fl. 05); c) a ocorrência de grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem jurídico-administrativa, dada a iminência de transferência de recursos públicos ao exterior, "para pessoa não domiciliada no país, sem prévia autorização do Banco Central do Brasil" (fl. 07). d) a ocorrência de grave lesão à economia pública, consubstanciada na determinação do pagamento em tela sem o prévio trânsito em julgado da sentença condenatória e sem a obrigatória expedição de precatório, em afronta direta ao art. 100, da Constituição da República (fl. 10/11). Ademais, sustenta o requerente que a decisão atacada subverte os procedimentos administrativos para concessão de tratamentos terapêuticos de alto custo, com graves conseqüências ao erário público, porquanto autoriza despesas sem nenhuma garantia "de que os recursos serão utilizados corretamente e que haverá prestação regular de contas [sic] (fl. 16) (STF: STA 223- PE).

Nesse caso, a relatora, na época a Ministra Ellen Gracie, votou a favor do Estado de Pernambuco, alegando, em síntese, o seguinte:

Não consta dos autos qualquer avaliação clínica prévia capaz de aferir de maneira segura e adequada a viabilidade técnica ou mesmo a prescrição clínica para que o paciente, ora agravante, se submeta ao procedimento cirúrgico pleiteado. Assim, "por se tratar de procedimento incipiente, de custo elevado, não oferecendo garantias de sucesso e ainda em fase experimental, o procedimento ainda não consta do rol de procedimentos da ANS, tendo sido inclusive negado pela operadora de saúde da qual o paciente é usuário". Segundo a Ministra "persistem dúvidas severas quanto à viabilidade técnica do procedimento bem como a sua prescrição clínica" (STF: STA 223- PE).

O Ministro Celso de Mello, decano da Corte Suprema, com peculiar visão constitucional, votou favoravelmente ao autor – Marcos José.

A mim me parece que todos os elementos que compõem a estrutura da responsabilidade civil objetiva do poder público estariam presentes nesse caso. A

situação de dano gravíssimo, risco inaceitável à vida, ocorre em relação a esse paciente e muito menos em relação ao poder público, disse o Ministro (STF: STA 223- PE).

Alegou, ainda, que "não tem sentido o estado permanecer simplesmente se omitindo no dever constitucional de prover segurança pública ao cidadão, demitindo-se das conseqüências que resultam do cumprimento desse mesmo dever" (Idem). Afirmou que o cidadão tem direito à vida, à segurança "e à obtenção por parte do poder público de meios e recursos necessários que tornem efetivo o acesso dessa prerrogativa delicadíssima e essencial, que é o direito à vida" (STF: STA 223- PE apud LEAL).

Gilmar Mendes, que acompanhou Celso de Melo no julgamento, alegou que o Estado de Pernambuco, "em atitude procrastinatória contínua, reteve os autos, gerando medida cautelar de busca e apreensão, além de fazer o depósito dando a impressão que cumpriria a decisão e, depois, buscou o bloqueio da quantia". Para ele "essas não são atitudes de lealdade por parte do ente estadual" (STF: STA 223- PE apud LEAL).

Celso de Melo fez um devido sopesamento dos direitos fundamentais em jogo, entendendo que "ao se reconhecer o interesse secundário do Estado, em matéria de finanças públicas, e o direito fundamental da pessoa, que é o direito à vida, não haveria opção possível para o Judiciário senão fazer prevalecer o direito à vida" (LEAL, 2011).

O Ministro disse o seguinte:

Tenho a impressão que a realidade da vida tão pulsante nesse caso impõe que se dê provimento a este recurso e que se reconheça a essa pessoa o direito de buscar autonomia existencial desvinculando-se de um respirador artificial que a mantém ligada a um leito hospitalar depois de meses de estado comatoso. (STF: STA 223- PE).

O princípio da proporcionalidade foi aplicado no caso concreto, prevalecendo o direito à saúde (à vida), implantando-se o marcapasso diafragmático no jovem Marcos José, que, mesmo assim, no "dia 21.12.2009, faltando três dias para a noite de Natal, teve uma parada cardíaca decorrente de um pneumotórax, e a formação de uma bolha de ar que passa a comprimir o coração e o pulmão" (LEAL, 2011).

6. A FUNÇÃO SOCIAL DO PROCESSO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Norbeto Bobbio, em seu livro "Da estrutura à função", instrui que aqueles que se dedicaram à teoria geral do direito se preocuparam muito mais em saber como o direito é feito do que para que o direito serve. E a "consequência disso foi que a análise estrutural foi levada

muito mais a fundo do que a análise funcional” (BOBBIO, 2007, p.53). Ademais, o autor segue ponderando que

A função do direito na sociedade não é mais servir a um determinado fim (aonde a abordagem funcionalista do direito resume-se, em geral, a individualizar qual é o fim específico do direito), mas a de ser um instrumento útil para atingir os mais variados fins (Ibidem, p.55).

Ainda de acordo com Bobbio (op. cit., p. 58) — apesar de todos os preconceitos antiteleológicos —, em relação às obras de Kelsen, pode-se afirmar que nelas “não há lugar [ou não deveria haver] para definições teleológicas dos conceitos-chave da teoria do direito. “Kelsen deixa escapar, em uma passagem de *General theory of law and state*, a afirmação de que “o direito é indubitavelmente um ordenamento para a promoção da paz”. Afirma também: “parece provado que esse parágrafo da obra americana pudesse parecer a Kelsen uma concessão, talvez excessiva, a uma interpretação teleológica do direito”.

Essa visão funcionalista de Bobbio se espalhou em vários ramos do direito, até no que concerne ao processo. E esse conceito arcaico de processo civil entendido como um instrumento com a finalidade de fazer atuar a “vontade” da lei, resolvendo conflitos ou ainda para garantir o bem da vida, tornou-se inadequado para resolver os problemas da sociedade moderna, especialmente os processos referentes aos direitos de extensas coletividades (GOTTARDI, 2011, p. 61)

Assim, houve uma reformulação e um novo modelo de processo civil foi organizado, com predominante função social, sendo denominado pelos processualistas de processo civil justo, dialógico, processo civil de resultados, em instrumentalidade substancial (GOTTARDI, 2011, p. 61)

O processo, para estar em consonância com um Estado Constitucional Democrático de Direito, deve ser justo, dialógico, efetivo e de resultados, sob pena de um esvaziamento desse direito fundamental que se pleiteia, mas, obviamente, sempre com a aplicação da regra da proporcionalidade. O processo, portanto, não deve ser considerado mero instrumento técnico, mas um meio de fazer atuar plenamente a ordem jurídica justa. Logo, o juiz não deve se ater a ser um aplicador autômato das leis, agindo de maneira canhestra, mas, sobretudo, ter em mente que o processo é um meio em que o jurisdicionado busca reaver, muitas vezes, aquilo que lhe é mais sagrado (Idem).

Dessa forma, aplicando a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, o magistrado deve dar efetividade ao processo para que a justiça realmente se realize da melhor maneira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, o estudo corroborou para demonstrar a necessidade da aplicação de tutela diferenciada para inclusão social das minorias, pois é por meio do Poder Judiciário que se vem conseguindo acesso aos direitos fundamentais dessa classe – de defesa ou prestacionais sociais positivos ou negativos —, já que os órgãos politicamente responsáveis pela implementação das políticas públicas – legislativo e executivo - infelizmente são influenciados pelos jogos do poder e, ferir interesses da maioria é muito arriscado para aqueles que pretendem a perpetuação no poder.

Os casos citados são paradigmáticos e refletem um rompimento epistemológico na jurisprudência norte-americana e na brasileira, demonstrando a necessidade de o Poder Judiciário intervir nesses momentos-limite, ajudando de maneira peculiar na densificação da democracia, sem, contudo, ferir o princípio da separação dos poderes.

A produção do direito não pode ser exclusiva do legislador, pois, o mesmo não é um “super-homem iluminado, capaz de produzir um texto de lei tão claro e transparente que dispense o labor interpretativo” (SILVA, 2006, p. 24).

Sem dúvida, o Poder Judiciário é o que vem mostrando, dentre os poderes, um menor comprometido com ideologias despóticas – se bem que temos, ainda, uma forte ideologia liberal imperando no mundo jurídico -, especialmente o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, que vem decidindo casos emblemáticos e surpreendendo a todos com a visão constitucional de seus membros, solucionando questões intrincadas que seriam, em tese, de competência de outros poderes, e que certamente se arrastariam por muitos anos em mesas congressuais; como o caso da demarcação das terras indígenas Raposa Serra do Sol, as uniões homoafetivas, a decisão proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, que autorizou a interrupção de gestação com feto anencéfalo, e tantas outras.

Portanto, conforme demonstrado, todos os direitos fundamentais, até mesmo os sociais de defesa e prestacionais, possuem carga eficaz e vêm sendo implementados pelo Poder Judiciário; órgão este que tem se despontado como o grande responsável pela ruptura paradigmática da postura dos detentores de poder, com resultados verdadeiramente salutares para a nação brasileira, que jamais imaginou poder ver qualquer tipo de condenação para os detentores de poder.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Efetividade do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista de Processo, n. 96, 1999.

ÁVILA, Humberto Bergmann, **A distinção entre princípios e regras, e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista de Direito Administrativo, n. 215, 1999, p. 151-179.

_____. **Teoria dos princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: Pós-moderno, teoria crítica e pós-positivismo**. Salvador: Revista Diálogo Jurídico. Ano I, n. 6, setembro de 2001, p. 20.

_____. **O direito constitucional e a efetividade das suas normas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BERTOLDI, Marcelo M. Tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu. In: Wambier, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Aspectos polêmicos da Antecipação de tutela**. São Paulo: Editora RT, 1997.

CANOTILHO, J.J Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. Edição brasileira. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1989.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Tereza. **Processo e Constituição**. São Paulo: Editora RT, 2006.

GOTTARDI, Gustavo. **A efetividade do processo e os direitos fundamentais**. Campo Grande: Editora UFMS, 2011.

GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito constitucional**. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. 1. ed., 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RS Editora, 2005.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2002.

HARTMAN, Gary R.; MERKSKY, Roy M.; TATE, Cindy L. **Landmark Supreme Court Cases: The Most Influential Decisions of the Supreme Court of the United States**. Checkmark Books, 2006.

LEAL, Saul Tourinho. **O princípio da busca da felicidade e o direito à saúde**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2913, 23 jun. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19389/o-principio-da-busca-da-felicidade-e-o-direito-a-saude>>. Acesso em: 20/04/2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. Curso de processo civil, v.1, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **A suprema Corte americana e a defesa das liberdades públicas**. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/7976/a-suprema-corte-americana-e-a-defesa-das-liberdades-publicas>>. Acesso em: 21/04/2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos - Principais Decisões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.