



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ –
UENP**

**FACULDADE ESTADUAL DE DIREITO DO NORTE
PIONEIRO**

Campus de Jacarezinho

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

**A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO
DIREITO FUNDAMENTAL À INCLUSÃO SOCIAL**

ELÍDIA APARECIDA DE ANDRADE CORRÊA

Orientador: Prof. Dr. CLAYTON MARANHÃO

JACAREZINHO (PR) – 2007



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ -
UENP**

**FACULDADE ESTADUAL DE DIREITO DO NORTE
PIONEIRO**

Campus de Jacarezinho

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

**A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO
DIREITO FUNDAMENTAL À INCLUSÃO SOCIAL**

ELÍDIA APARECIDA DE ANDRADE CORRÊA

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

Orientador: Prof. Dr. CLAYTON MARANHÃO

JACAREZINHO (PR) – 2007

C824a Andrade, Elidia Aparecida Corrêa de

A ação civil pública como instrumento de efetivação do direito fundamental à inclusão social /Elidia Aparecida de Andrade Corrêa - Jacarezinho (PR), 2007

Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) _ Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, 2007.

Orientador: Clayton Maranhão

Bibliografia:

1. Direito Constitucional – Brasil. I. Título.

CDU 347:922:(81).

BANCA EXAMINADORA

Dr. Clayton Maranhão
Orientador – FUNDINOPI

Dr. Gilberto Giacoia
Membro – FUNDINOPI

Dr. Marcelo Bertoldi
Membro Convidado

Jacarezinho, 28 de fevereiro de 2007

Resumo:

A presente dissertação trata de duas problemáticas centrais: a existência implícita, em nosso ordenamento jurídico, do direito fundamental à inclusão social e a possibilidade de sua concretização/efetivação pela Ação Civil Pública. A fundamentação encontra-se na assertiva de que cabe ao Estado respeitar, em seus atos, o direito fundamental à inclusão social, possibilitando que todas as pessoas que estejam albergadas sob sua égide sejam inseridas no todo, efetivamente, com igualdade, liberdade e solidariedade. Na hipótese de descumprimento desta obrigação constitucional, caberá ao homem ou à própria sociedade obrigá-lo ao cumprimento desta obrigação, apontando, no ordenamento nacional, a Ação Civil Pública como o grande instrumento de acesso à Justiça. Podemos apontar, como principais conclusões: a) a justiça é muito mais ampla do que o direito, mas dele não prescinde, ao contrário, dele necessita para que possa ser cumprida como realidade concreta; b) a exclusão social, econômica e política imposta à humanidade do século XXI, provoca desigualdades sociais e fere a dignidade humana; c) o critério para o estabelecimento de um modelo de justiça que mais se aproxima do ideal é o da Dignidade humana, posto que a partir dele podemos encontrar a justiça da vida concreta digna; d) a Ação Civil Pública é o instrumento apto, em vista de suas peculiaridades e características, para obter ordens judiciais voltadas para a inclusão social, possibilitando, inclusive, compelir o Estado a cumprir políticas públicas necessárias ao fiel cumprimento dos objetivos da República Federativa do Brasil estampados na Constituição Federal; e) o Ministério Público, além de fiscal da lei e das normas constitucionais, mostra-se hoje verdadeiro advogado da Sociedade e guardião do regime democrático; f) é possível ao Judiciário Nacional realizar o controle das políticas públicas no país, afastando-se eventual limitação em vista do princípio da separação de poderes; g) o Poder Judiciário deve assumir sua função social, posto que sua atuação já não se limita à solução de conflitos, mas sim deve atuar no controle da aplicação correta das normas constitucionais para evitar a exclusão social, de qualquer nível e violação aos bens e direitos coletivos do cidadão brasileiro.

Palavras-chave: **direito – justiça - inclusão social – dignidade humana**

Abstract:

This dissertation examines two central problems: the implicit existence, in our legal system, of the fundamental right to social inclusion and the possibility of it being made effective by means of public civil suits. The legal basis is found in the assertion that the State is bound to respect, in its actions, the fundamental right of social inclusion arising from its obligation to act, so as to make it possible for all those who are protected by it are included in everything, effectively, with equality, liberty and solidarity. In the hypothesis of its failure to comply with this constitutional obligation, it will fall to mankind or to society itself to enforce the fulfilment of this obligation, whereby, in the national legal system, the public civil suit is an important instrument in achieving access to Justice. The main conclusions reached are: a) justice is much ampler than the law, but it cannot do without it. On the contrary, it needs it in order to be done as a concrete reality; b) the economic and social exclusion imposed on humanity in the 21st century provokes social inequalities and is a blow to human dignity; c) the criterion for establishing a model of justice that comes closest to the ideal is that of human Dignity, since through it we can find the justice of true dignified life; d) the public civil suit is the most appropriate instrument, owing to its peculiarities and characteristics, for obtaining judicial orders which make it possible, furthermore, to compel the State to fulfil public policies necessary for the true fulfilment of the objectives of the Federal Republic of Brazil as forged in the Federal Constitution; e) the Public Prosecution Service, in addition to watching over the law and the constitutional statutes, today shows itself to be a true advocate of Society and guardian of the democratic regime; f) it is possible for the National Judiciary to control the country's public policies, dismissing any limitations arising from the principle of the separation of powers; g) the Judiciary Power must take on its social function, given that its scope of activities is not limited to resolving conflicts, and that it should act to control the correct application of the constitutional statutes in order to avoid social exclusion, at whatever level, and the violation of the collective property and rights of Brazilian citizens.

Key-words: **law - justice - social inclusion – human Dignity**

"os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas"

(Bobbio)

**Para Natália,
pelos beijos que lhe foram roubados.**

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que, de forma direta e indireta, participaram da minha vida e que assim, por fazerem parte desta história, influenciaram na confecção deste texto, que mais do que uma etapa do curso de mestrado, traz em suas entrelinhas tudo o que sou e tudo o que espero que a humanidade venha a ser, não como ideal utópico, mas sim como ideal de justiça concreta da vida em sociedade, onde cada membro seja respeitado em sua individualidade, em suas diferenças, e que exatamente por isso consiga fazer parte de um todo.

Agradeço aos professores do Curso de Mestrado da Fundinopi, que transmitiram novas visões do direito e que deram estímulo e caminho à realização das pesquisas, em específico ao meu orientador, Professor Doutor **Clayton Maranhão**, pela atenção e preciosas doações.

Agradecimento especial e saudoso a todos os amigos e companheiros da Segunda Turma do Curso de Mestrado pela riqueza de suas contribuições, com destaque – pela grande proximidade – de **Marcelo Miguel Conrado, José Roald Contrucci e Romualdo Flávio Dropa**, verdadeiros cúmplices na longa jornada.

Não posso deixar de agradecer à minha filha **Natália de Andrade Corrêa**, pela ajuda tímida de suas mãos pequenas, à minha irmã **Cleide de Andrade Costa**, aos meus amigos **Maria Joselete Conrado, Eliana Parisi e Lima, Nelton Agnaldo Moraes dos Santos, Maria Cristina Nardy, Sandra Regina Caetano, Pamela Iolanda Scherrer, Jair Carmona Cogo** e a todos os **Servidores, Estagiários e Colaboradores da Vara Federal de Assis/SP** pelo incentivo, ajuda, apoio e o mais importante, paciência.

Agradecimento carinhoso aos funcionários da Fundinopi, em especial à **Maria Natalina da Costa** pela eficiência com que conduz a Secretaria de Mestrado e pela gentileza, ternura e consideração com que sempre nos brindou. Sem ela, o Mestrado perderia sua alma.

Agradeço, finalmente, aos meus pais (*in memoriam*) e a Deus, sem os quais não teria conseguido vencer nenhum dos desafios da minha vida

SUMÁRIO

| | |
|--|-------------|
| Introdução..... | XIII |
| Capítulo I – Sociedade e Estado | 1 |
| 1.1 – Abordagem Temática Inicial | 1 |
| 1.2 – Sociedade e Ordem Social..... | 7 |
| 1.2.1 – Origem da Sociedade | 9 |
| 1.2.2 – Elementos Caracterizadores da Sociedade..... | 11 |
| 1.2.3 – Tipos de Sociedade..... | 16 |
| 1.2.4 – Ordem Social | 19 |
| 1.3 - Ideais Filosóficos sobre o Estado..... | 20 |
| 1.3.1 - Thomas Hobbes..... | 21 |
| 1.3.2 - John Locke | 24 |
| 1.3.3 – Jean-Jacques Rousseau | 27 |
| 1.3.4 - Nicolau Maquiavel | 32 |
| 1.4 – Definição, Justificação e finalidade do Estado | 35 |
| 1.5 – Estado Constitucional..... | 43 |
| 1.5.1 – Fases do Estado Constitucional..... | 49 |
| 1.5.1.1 - O Estado Liberal | 49 |
| 1.5.1.2 - O Estado Social | 53 |

| | |
|---|------------|
| 1.5.1.3 – O Estado Neoliberal | 58 |
| 1.6 – Crise do Estado no Brasil | 64 |
| 1.7 – O Estado do Futuro | 75 |
| Capítulo II – Direito e Justiça | 83 |
| 2.1. – Direito | 84 |
| 2.1.1 – Ordenamento e Positivismo jurídico | 85 |
| 2.1.2 – Direito e seu reflexo na evolução da humanidade | 92 |
| 2.2 – Justiça | 97 |
| 2.2.1 - Teorias da Justiça | 100 |
| 2.2.1.1 - A Lei como critério de justiça: justiça formal | 103 |
| 2.2.1.2 - A igualdade como critério de justiça: justiça igualitária | 109 |
| 2.2.1.3 - A liberdade como critério de justiça: justiça liberal | 114 |
| 2.2.1.4- A igual liberdade para todos como critério de justiça: justiça equitativa..... | 118 |
| 2.2.1.5- Dignidade como critério de justiça: justiça da vida concreta digna | 123 |
| 2.3 - Justiça e Direitos Fundamentais..... | 129 |
| 2.3.1 – Direitos Humanos e Direitos Fundamentais | 131 |
| 2.3.2 – As gerações de Direitos Fundamentais..... | 132 |
| 2.3.3 – Garantias e direitos fundamentais na Constituição Federal | 134 |
| 2.3.4 – Ações Constitucionais | 136 |
| Capítulo III – Direito Fundamental à inclusão social | 149 |
| 3.1 - Evolução histórica da exclusão social no Brasil | 149 |

| | |
|--|------------|
| 3.2 – Relação Dialética exclusão/inclusão social | 160 |
| 3.3 – Políticas Públicas | 165 |
| 3.4 – Formas de exclusão social e políticas públicas | 167 |
| 3.4.1 – Situações concretas de exclusão social..... | 169 |
| 3.4.2 – A educação como solução para a inclusão social | 172 |
| 3.4.3 – Outras soluções para a concretização da inclusão social | 175 |
| 3.4.4 – A inclusão social no Brasil em 2020..... | 178 |
| 3.5 – A inclusão social como direito fundamental | 180 |
| 3.5.1 – Igualdade | 184 |
| 3.5.2 – Liberdade..... | 184 |
| 3.5.3 - Segurança Social | 186 |
| 3.5.4 – Cidadania e Soberania popular | 188 |
| 3.5.5 – Acesso à Justiça | 192 |
| 3.5.6 – Dignidade da Pessoa Humana | 196 |
| CAPÍTULO IV- Ação Civil Pública e efetivação do direito fundamental à inclusão social | 200 |
| 4.1 – Processo e inclusão social | 200 |
| 4.2 – Da ação civil pública | 204 |
| 4.3 – Do objeto da ação civil pública | 207 |
| 4.4 – Legitimidade para a propositura da Ação Civil Pública | 212 |
| 4.5 – Da coisa julgada na Ação Civil Pública | 217 |
| 4.6 – Do papel do Ministério Público | 222 |

| | |
|--|-----|
| 4.7 – Acesso à tutela jurisdicional justa | 227 |
| 4.8 – Função Social do Judiciário | 231 |
| 4.9 – Jurisdição Constitucional | 238 |
| 4.10 – Legitimidade do Judiciário na efetivação do direito fundamental à inclusão social | 241 |
| 4.11 – O controle judicial das políticas públicas no Brasil | 246 |
| Considerações Finais | 254 |
| Bibliografia | 260 |

INTRODUÇÃO

Mas o que é o homem? Para saber sobre o direito, sobre a Ciência, sobre a filosofia, e até sobre Deus, é preciso, primeiramente saber sobre o homem. O sofrimento de Drummond, nesse sentido, transparece na sua indagação aporética: 'que coisa é homem'?

Como podes julgá-lo, Meritíssimo, sem conhecê-lo? Como defendê-lo, Doutor Advogado, se não posso alcançar sua verdade ontológica? Como pedir sua condenação, Promotor, se nada sei de sua essência?

(Adão longo)¹

O homem, milhões de anos após conseguir engendrar o primeiro pensamento racional, ainda não conseguiu definir o que ele próprio é. Sabe, apenas, que é um animal do ponto de vista físico, pensante do ponto de vista filosófico e social do ponto de vista das suas relações com o meio em que vive. Pode ser outras coisas, também, dependendo do momento, da evolução, da vontade, das condições histórico-sociais.

O homem, pois, é inter e transdisciplinar diante da sua complexidade e de todas as possibilidades de seu viver, assim como são inter e transdisciplinares as relações que trava.

Basta dizer, na tentativa de Aristóteles, que o "homem é um animal dotado de razão"? Ou é uma idéia, ou um objeto real, ou uma variedade animal chamada homo sapiens, uma "substância pensante", ou um homo faber, "fabricante de coisas e de si mesmo", um predecessor do pensamento, ou uma criação natural, ou um filho de Deus, um milagre da vida, ou um objeto do conhecimento, apenas um ser humano, ou inumano, talvez desumano, ou uma evolução biológica, ou cultural, um produto das leis econômicas, "um nome, uma geografia"?²

O homem, na sua evolução histórico-social, passa de sua dimensão limitada de animal racional para uma nova configuração: pessoa humana.

¹ Longo, Adão. O Direito de Ser Humano. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p.48

² Idem

Por ser a pessoa humana a matéria-prima, o instrumento e o resultado da vida, ponto de partida e de chegada, é dela e de suas relações que aqui trataremos. É dela e dos resultados que ela produz - no mundo fenomênico que as disciplinas do conhecimento deitam seus olhos – que procuraremos fixar, com este trabalho, a estreita relação entre pessoa humana, sociedade, Estado e direito. Isso porque não podemos esquecer que é a partir da pessoa humana que o direito ganha vida, e todos os princípios e normas jurídicas encontram sua razão primeira, pois “da vida contingencial das relações humanas é que deverá surgir a ordenação necessária dos institutos jurídicos”.³

O momento histórico em que vivemos vem marcado por rápidas e constantes mudanças sociais, tanto que caracterizaram o século encerrado recentemente: a) o desenvolvimento acelerado; b) o surgimento das macro-empresas; c) a sociedade tecnológica em veloz alteração e desenvolvimento; d) as pesquisas em relação ao genoma humano, clonagem e as implicações da bioética e) as rápidas mutações das normas jurídicas e o caráter contingente das leis; f) o furor legiferante; g) a atuação estatal opressora; h) a dispersão das fontes normativas; i) o abalo nas estruturas da teoria geral de direito; j) a globalização; e k) o crescimento progressivo e inafastável da litigiosidade.

O direito, por trazer as regras jurídicas de convivência entre as pessoas humanas e elas com a natureza, racionalidade e por fim humanidade, é fundamental para a vida em sociedade, para a sua manutenção e reforma, tendo em vista que tais regras vêm fundamentadas em procedimentos que, “conferem qualidade ao exercício do poder, sendo por isso mesmo, indispensáveis, dada a relevância entre meios e fins e o nexos estreito que existe entre procedimentos e resultados.”⁴

Ele deve se transformar para acompanhar estas mudanças, “porque se transforma de conformidade com as dimensões e práticas sociais, com a estrutura social, e se ela vai se transformando, o direito vai se transformar”, pois o direito está calcado na estrutura socioeconômica definida.⁵

A problemática do Direito e da Justiça deve ser enfrentada com olhos voltados para as mudanças vividas e as que estão por vir, sem esquecermos que a teoria jurídica não é uma disciplina exata, ou seja, não traduz uma expressão

³ Ibidem, p. 27

⁴ NICOLAU JÚNIOR, Mauro. A decisão judicial e os direitos fundamentais constitucionais da democracia. Artigo publicado em 28/8/2005. Mnicolau@tj.rj.gov.br.

matemática onde a exatidão é a nota constante e a característica máxima. A teoria jurídica movimenta-se conforme a sociedade se transforma, sendo que, muitas vezes, quando exarada ou manifestada já se encontra ultrapassada. A hermenêutica jurídica está em plena transformação e o paradigma filosófico da pós-modernidade ainda está sendo procurado para que, enfim, possamos alcançar a tão sonhada justiça para todos.

Parafrazeando o ditado popular, não se deve pensar o futuro esquecendo-se do passado. Tal colocação se faz importante para o Direito, especialmente o constitucional, que evoluiu da sociedade dos bárbaros até conquistar a comunidade supra-estatal, como a Comunidade Econômica Européia, recentemente implantada.

A importância do direito não impede, porém, a crise que se apresenta no cenário jurídico nacional, pois ele, nas palavras de Luís Roberto Barroso, “não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos”, uma vez que “a injustiça passeia pelas ruas com passos firmes e a insegurança é a característica da nossa era”.⁶

A crise vivenciada pelo Direito guarda relação com a própria história da pessoa humana, muitas vezes sangrenta e desumana, fazendo com que os Direitos Humanos e Fundamentais conquistados – essenciais para garantir à pessoa sua esfera de humanidade indisponível – muitas vezes já normas jurídicas positivadas, não alcançam sua efetividade pela força contrária dos poderosos, daqueles que sendo os “mesmos”, excluem os “outros”.

Nesta crise, a carência não é de criação de direitos – estes já existem em grande número - mas sim de efetivação dos direitos fundamentais como matéria corriqueira do dia-a-dia. Assim, a efetividade dos direitos fundamentais coloca-se como meta a ser atingida pelo direito e, conseqüentemente, pela própria humanidade, pois de nada adianta a previsão constitucional dos direitos fundamentais à vida, à liberdade, à igualdade, à dignidade, à participação política, entre outros, se estes direitos não puderem ser exercitados frente a todos que se opuserem ao seu regular exercício, especialmente frente ao próprio Estado.

Necessária, para isto, a instituição de instrumentos jurídicos e garantias de proteção à pessoa humana, eficazes, de forma que se possa efetivamente exercer os

⁵ ALVES, Alaôr Caffé. As raízes sociais da filosofia do direito. In O que é a Filosofia do Direito?: Barueri, Manole, 2004

direitos fundamentais históricos e possibilitar a inclusão dos “outros” na sociedade em que vivem, em igualdade entre todos, não só formal, mas também material. Tais instrumentos devem ser capazes de compelir o Estado-Administração brasileiro a cumprir o papel constitucional que lhe foi reservado pela Carta Política de 1988 – o de instituir e manter uma sociedade justa, digna e solidária através de políticas públicas “inclusivas”-, bem como possibilitar que o Poder Judiciário, no exercício da chamada Jurisdição constitucional, possa fiscalizar a atuação estatal e, na hipótese de desvios, devolvê-la ao caminho constitucional da justiça, por meio de liminares, antecipações de tutela e sentenças definitivas.

Atenta a esta necessidade, a Constituição Federal traz os instrumentos (ou remédios, como preferem alguns) para o exercício dos direitos fundamentais. São as chamadas “Garantias Constitucionais”, basicamente consubstanciadas no mandado de segurança, individual ou coletivo, no habeas corpus, no habeas data, na ação popular e no mandado de injunção. Mas há ainda uma outra ação-garantia colocada à disposição daqueles que têm seus direitos fundamentais violados: a ação civil pública, considerada a grande esperança para a efetivação dos direitos constitucionais e da efetiva concretização da inclusão social no Brasil.

Para alcançar esta efetividade, o intérprete do direito não pode manter um distanciamento da realidade social subjacente. Ao invés, “precisa operar em meio à fumaça e à espuma”.⁷ E para isto, necessário reconhecer que o Direito, especialmente o direito constitucional, passou por grandes transformações: a) o reconhecimento da supremacia da Constituição Federal sobre outras fontes normativas; b) legitimidade da jurisdição constitucional; e c) a adoção de uma nova hermenêutica tendo por parâmetros a Constituição Federal e o supra-princípio da dignidade da pessoa humana.⁸

Na medida em que há uma maior complexidade das ações e relações humanas, as normas devem ser criadas para orientá-las e isto deve respeitar o sistema constitucional adotado pela sociedade. No Brasil, Estado democrático de direito, estas normas devem ser “normas postas”⁹, ou seja, normas escritas (princípio

⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. Artigo publicado na Revista da Escola Nacional da Magistratura, Ano I, n. 2, outubro 2006, p. 26.

⁷ Ibidem, p. 27.

⁸ Barroso apresenta três grandes transformações do direito constitucional: “a) o reconhecimento de força normativa `Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Ibidem, p. 30/31.

⁹ Critério distintivo entre direito posto e direito pressuposto, que mais à frente trataremos.

da legalidade), seja porque a história mostra que normas pressupostas não vingam frente o poder, seja porque “quando ele é codificado, se cristaliza mais”.¹⁰

No entanto, mesmo com o ordenamento jurídico sedimentado, a sociedade continua trabalhando, produzindo, se transformando, provocando um descompasso entre o direito posto, entre o que está escrito e a realidade. Alar Caffé Alves apresenta as consequências deste descompasso, entre elas a assunção de grande importância da interpretação do direito, ou seja, de uma nova hermenêutica.

É preciso interpretar para ajustar a letra da Lei às condições e exigências de uma estrutura social, cada vez mais densa, mais intensa, mais complicada e dinâmica. Eis porque a interpretação da lei não pode ser vista apenas pela ordem jurídica de sua positividade, mas também pela ordem jurídica da sua estruturação econômico-social, da evolução e da transformação das relações sociais. Portanto, a hermenêutica não será apenas uma hermenêutica da literatura, mas uma hermenêutica dos fatos.

Se não é possível realizar apenas uma hermenêutica literária, também não é possível que o intérprete da lei o faça apenas pela hermenêutica dos fatos, em vista das “diferenças extremamente significativas nas raízes sociais pelas quais as coisas ou os fatos sociais se dão.”¹¹

Vemos no Brasil, paralela à crise do direito, a macro crise do Estado e dentro dela, a do próprio Poder Judiciário.

Por diversas razões, o Judiciário brasileiro não consegue realizar sua função primordial: pacificação social através da realização da justiça para todos.

A crise do Judiciário começa pela desigualdade no acesso à justiça decorrente da falta de efetividade do direito fundamental à tutela jurisdicional¹². As mazelas do Judiciário estão além do seu problema estrutural, estão, também, na desinformação do jurisdicionado e na sua carência de condições econômicas, na demora das demandas e na necessidade de mudança da própria mentalidade do magistrado brasileiro, adequando-se à nova hermenêutica de forma a trocar o pragmatismo decorrente do positivismo por uma postura voltada para o social.

¹⁰ ALVES, Alar Caffé, op.cit., p. 97.

¹¹ Ibidem, p. 98

¹² Na formulação teórica do direito fundamental à tutela jurisdicional ler o artigo de Luiz Guilherme Marinoni “O Direito à Tutela Jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos Direitos Fundamentais.”, extraído do site www.professormarinoni.com.br.

Entremeio ao crescente aumento das violações dos direitos fundamentais, da falta de estrutura e sobrecarga do Judiciário e das vicissitudes do acesso à justiça, surge a ação civil pública como instrumento processual apto a efetivar, ao mesmo tempo, o acesso à justiça dos “outros”¹³ e o direito fundamental à inclusão social.

Fortalecendo a noção de ação-garantia da ação civil pública, temos o papel desempenhado pelo Ministério Público, eleito pela CF como o “defensor” primário da sociedade, legitimado para propor as ações civis públicas necessárias à defesa do social, especialmente dos direitos difusos e coletivos.

A processualística moderna, perdida entre os velhos princípios da segurança processual/certeza jurídica e comprimida pela preocupação universal com a celeridade e efetividade do processo (o alcance a termo suportável do resultado prático objetivado: solução do conflito e obtenção do bem da vida que lhe é negado).

Essas questões não podem ser esquecidas quando se faz uma análise dos instrumentos e garantias constitucionais para a proteção dos direitos fundamentais, pois que calcados exatamente no acesso à Justiça edignidadeda pessoa humana (entre outros princípios constitucionais), sendo que a celeridade processual e os meios que a garantem foram elevados à categoria de direito fundamental com a Emenda Constitucional n. 45, promulgada em 8 de dezembro de 2004, onde o inciso LXXVIII foi inserido no artigo 5º da Constituição Federal Brasileira, garantindo que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

O mundo pós-moderno, em tempos de globalização e dinamismo tecnológico, com suas vicissitudes, exige que as soluções tomadas também sejam pós-modernas¹⁴, especialmente no campo processual, cujas formalidades muitas vezes mumifica o Judiciário. E uma das soluções possíveis para coibir o crescimento do número de litígios, propiciar celeridade na proteção dos direitos fundamentais e efetividade da tutela jurisdicional, sem sombra de dúvida, é a utilização alargada da ação civil pública, acompanhada da sua aceitação em substituição à praxe de

¹³ os excluídos, os novos sujeitos de direitos e até mesmo daqueles que sequer são reconhecidos como pessoas (meio ambiente, animais, embriões, movimentos sociais)

¹⁴ Interessante colocação de Luís Roberto Barroso sobre a utilização recorrente dos prefixos pós e neo (ibidem, p. 27), nos termos comuns de pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Para ele, “sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus.”

individualização das ações, de forma a que um maior número possível de litigantes, em potencial, se incluam em seus efeitos, igual para todos.

Com a apresentação do referencial teórico acima, que será adotado por este trabalho no correr de suas linhas, cabe, finalmente, a apresentação da sua estrutura.

Abordaremos todas estas questões em quatro capítulos, interligados por um único fio condutor: o direito fundamental à inclusão social e sua efetivação pela ação civil pública. Ao final, teremos as considerações finais, sítio onde serão realizados apontamentos sobre as lições aprendidas e apreendidas com a literatura jurídica coletada.

O primeiro capítulo tratará das questões atinentes ao Estado e sua íntima ligação com a sociedade, produtora e destinatária do Direito, gerando uma complexidade interpretativa sobre o papel de cada qual, a ponto de Fuller afirmar que “podem-se imaginar o direito e a sociedade como as duas lâminas de uma mesma tesoura.”¹⁵ O papel do Estado na produção do Direito e na concretização dos seus objetivos será analisado, tanto sob o ponto de vista do plano histórico, como do plano da realidade social vivida na atualidade, cujos efeitos ainda não podem ser sentidos, pois ainda estão em curso.

A questão dicotômica envolvendo Direito e Justiça será objeto do segundo capítulo, onde buscaremos apresentar algumas teorias da justiça. Também será dedicada parte do estudo à democracia participativa, como forma de implementar as diversas justças possíveis para solução dos problemas sociais, econômicos e políticos vivenciados pela massa dos brasileiros excluídos de qualquer possibilidade de inclusão social, como meio de exercício efetivo dos direitos fundamentais estatuídos na Carta Magna. Neste capítulo conceituaremos a teoria da justiça da vida concreta como critério a ser adotado pela nossa sociedade na busca pela justiça nacional.

¹⁵ Apud Assier-Andrieu, Louis. O direito nas sociedades humanas. Tradução Maria Ertmantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 5/6. O autor, ao transcrever a frase relativa a Fuller, complementa seu pensamento afirmando que com essa imagem, o autor citado **assinala** as dificuldades da análise da relação direito/sociedade. Segundo Assier-Andrieu, “afirmar a autonomia absoluta do direito em relação **à** sociedade, como fez o filósofo Kelsen, ou, ao contrário, **sujeitá-lo** pura e simplesmente a ela, como Pasukanis e uma volumosa tradição marxista, constituem dois pólos extremos entre os quais se abre um amplo leque de posições intermediárias. Estas tentam solucionar dois problemas principais: 1º) até que ponto o direito constitui uma razão distinta da ordem social? 2º) como se efetua a marcação da distinção entre o que é “jurídico” e o todo vindo das relações humanas? (...) A questão jurídica impregna com seus efeitos práticos as teorias que dela tratam: esse é um fato. (...) É preferível aceitar sua existência, tentar compreender sua razão de ser e medir sua influência. Compete a juristas, escrevia Leon Duguit, marcar a diferença entre o direito e a “norma social”. Aproximemo-nos, portanto, do pensamento particular de um jurista para ver concretamente o que se deve fazer para “definir o direito”.

No terceiro capítulo, será analisada a relação dialética da exclusão e da inclusão social, tratando, ainda que de forma tímida, da influência destas questões na atividade estatal preventiva e reparatória das injustiças sociais. Também nos deteremos na análise dos direitos fundamentais e das garantias constitucionais. Por fim, não obstante a timidez inicial, sustentaremos agora de forma pretensiosa para muitos, a existência de um novo direito fundamental implícito: o direito fundamental à inclusão social, buscando em princípios constitucionais seu fundamento, entre eles os princípios da Igualdade, da Liberdade, da Cidadania, da segurança social, do acesso à justiça e da Dignidade da Pessoa Humana.

No quarto e último capítulo, trataremos especificamente da ação civil pública, inserindo-a na categoria das garantias constitucionais de proteção dos interesses coletivos, vistos aqui como gênero. Nesse espaço, será feita uma análise do seu conceito, objeto, características, legitimidade para sua propositura, coisa julgada, papel constitucional do Ministério Público, controle judicial das políticas públicas e limites das decisões judiciais. Serão apresentados os fundamentos jurídicos para a eleição desta espécie de ação como o instrumento mais efetivo para a proteção dos direitos fundamentais, bem como se fará uma abordagem da legitimidade do Poder Judiciário na prestação da chamada jurisdição constitucional, muitas vezes de caráter ativista. Neste aspecto, faremos apontamentos sobre a competência integradora do Judiciário de dizer o direito no caso concreto, avançando até mesmo no campo do Estado e da Política.

No curso do texto, traremos precedentes jurisprudenciais sobre a matéria em discussão, tanto sobre o direito fundamental à inclusão social, quanto sobre a ação civil pública como instrumento de sua concretização no cotidiano, abordando o relacionamento entre a atividade judicial e a democracia no Brasil contemporâneo, numa perspectiva de direito do dia-a-dia. Afinal, a justiça da vida concreta, aquela que faz da rotina do homem inserido em dada sociedade um ideal de vida, é o que se deve buscar ainda que pareça, para muitos, um oásis no meio do deserto.

CAPÍTULO I - SOCIEDADE E ESTADO

“Não pode o poder identificar-se à vontade apenas de um homem, mas emanar da coletividade para lhe assegurar as condições de vida e desenvolvimento”.

(Gilberto Giacoia)¹⁶

1.1 – Abordagem Temática inicial

O estudo do tema proposto, direito fundamental à inclusão social e a possibilidade de sua concretização na sociedade brasileira, não tem condições de ser desenvolvido e fundamentado se não houver uma análise, ainda que tímida pelas limitações impostas pelo tema central, das noções de Sociedade e Estado, posto que o Direito (como se verá no espaço atinente ao seu estudo, em paralelo ao estudo da Justiça) está intimamente ligado à realidade social, sendo formado e informado pelas atividades humanas, pela cultura e pelas formas de organização de cada sociedade. Ele não só tem dada sociedade como sua fonte primária, como também se destina a regular as relações sociais nela desenvolvidas.

Nas palavras de Louis Assier-Andrieu, o Direito:

(...) é a um só tempo o reflexo de uma sociedade e o projeto de atuar sobre ela, um dado básico do ordenamento social e um meio de canalizar o desenrolar das relações entre os indivíduos e os grupos. O direito adere, assim, intimamente ao estado da sociedade por ele representada, mas dela se distingue para exercer sua missão de organização, sua tarefa normativa. Se o direito é uma realidade social, é também uma teoria ativa da sociedade, uma avaliação do que existe cuja meta é determinar o que deverá existir.¹⁷

Compartilhando esse entendimento, afirma Vinício Carrilho Martinez que o

¹⁶GIACÓIA, Gilberto. Justiça e Dignidade: Argumenta – Revista Jurídica, n. 2 – Fundinopi, Jacarezinho/PR, Ano 2002-11-31, p.16

¹⁷ Assier-Andrieu, Louis. O direito nas sociedades humanas. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.XI

estudo do Estado e de suas diversas teorias se faz necessário para um melhor entendimento da dinâmica social e para uma crítica à visão monista de que o Direito tem sua única fonte de produção encontrada no próprio Estado.

Segundo o autor,

(...) as fontes e os embriões do Direito provêm das relações sociais – daí dizer-se que *todo Direito é um fato social* (ver Durkheim). Neste caso, a leitura acerca da produção do Direito será pluralista, porque o Direito será produzido primeiro pela sociedade, no dia-a-dia, e só emblematicamente (*a posteriori*) por intermédio do Estado. Aliás, ressalte-se que o Estado está inserido no conjunto global das contradições da sociedade e, portanto, nem o Estado e muito menos o Direito estão enfiados em alguma ilha ou refúgio seguro. Isto é, tanto o Direito quanto o Estado **não** estão isentos das pressões e das inconstâncias sociais.¹⁸ (grifo no original)

Necessário reconhecer, também, que a sociedade está em constante mudança histórica, em decorrência dos conflitos e contradições que surgem após o encerramento de um ciclo material ou econômico, social e político de uma época, onde a razão crítica ou filosófica daquele período reflete sobre as contradições e os conflitos sociais e políticos e se apresenta como uma força libertadora. Há, assim, uma continuidade histórica ou temporal entre a forma da sociedade se organizar a partir da racionalidade prevalente em determinada época e a forma seguinte. Extrai-se da obra de Marilena Chauí que

(...) a razão moderna, por exemplo, não surge de repente e do nada, mas resulta de contradições e conflitos sociopolíticos do final da Idade Média e da Renascença, de modo que, ao superar a racionalidade medieval e renascentista, nasce como racionalidade moderna. Cada nova forma da racionalidade é a vitória sobre os conflitos das formas anteriores, sem que haja ruptura histórica entre elas. Mudanças sociais, políticas e culturais determinam mudanças no pensamento e tais mudanças são a solução realizada pelo tempo presente para os conflitos e as contradições do passado.¹⁹

¹⁸ Autor citado, artigo inédito “Por que estudar a disciplina “Teorias do Estado?””

¹⁹ CHAUI, Marilena. Convite à Filosofia. São Paulo: 2005, Editora Ática, p. 82

Segundo John Lukacs, “estamos vivendo perto do fim de toda uma era, a era que teve início há cerca de quinhentos anos”²⁰, conhecida como a era moderna²¹, que teve como paradigma dominante da razão pensante o humanismo.

Sustenta o autor sustenta que a reflexão dos pensadores humanistas levou ao desenvolvimento do pensamento histórico e do conhecimento científico como modos privilegiados de apreensão da realidade social materializada na era moderna, à qual o filósofo, diante da importância do sujeito de direito sócio-histórico do período, lhe dá um qualificador ou adjetivo eloqüente, denominando-a de “a *era burguesa*”. Para ele, a burguesia

não foi apenas um fenômeno sociológico (...). Foi marcada por formas reconhecíveis de comportamento e de idéias. Devemos honrar suas realizações – não só o governo constitucional e suas tentativas de equilibrar igualdade e liberdade, mas o fato de que a maioria das grandes idéias e as maiores criações artísticas dos últimos 500 anos foram fruto de pessoas de origem burguesa e status burguês.²²

A “era burguesa”, segundo John Lukacs, foi marcada pelo salto no desenvolvimento econômico e social da humanidade, e pelo surgimento de relações jurídicas complexas que fugiam da práxis reinante. Exatamente por conta destas profundas transformações a “era moderna ou burguesa” também ficou conhecida como a Era do Estado, a Era do dinheiro, a Era da Indústria, a Era das cidades, a Era da Privacidade, a Era da família, a Era da educação, a Era do livro, a Era da representação, a Era da ciência e a Era da evolução de uma consciência histórica.

Afirma ele que

(...) nos últimos dez anos (não de *fin-de-siècle*, mas de *fin d’une ère*), minha convicção se firmou ainda mais, tornando-se uma crença

²⁰ LUKACS, John. O fim de uma era. Rio de Janeiro: 2002, Jorge Zahar Editor, p.11

²¹ Tem-se por “por Idade Moderna o período de tempo que compreende os séculos XV a XVIII. Do ponto de vista da história política, diz-se o espaço que medeia o ano 1453, conquista de Constantinopla pelos turcos Otomanos, até 1789, ano da Revolução Francesa. Sob o prisma do pensamento, a Idade Moderna teve início com os movimentos culturais do Renascimento (linha do pensamento artístico, literário, filosófico voltada para o surgimento de uma cultura leiga, antropocêntrica, e humanista, em oposição à cultura eminentemente religiosa e teocêntrica do mundo medieval.) No Renascimento priorizava-se o racionalismo e o experimentalismo. O primeiro significa que todo conhecimento precisa ser demonstrado pela razão humana, o segundo denota que todo o conhecimento funda-se na experiência.” In PADOVANI, Umberto et al. História da Filosofia. 13 ed. São Paulo: Melhoramentos, 1981, p. 586

²² *Idem, ibidem*, p. 21

incontestável em que não só a era inteira e a civilização a que pertenci estavam desaparecendo, mas em que estamos vivendo – se é que já não o ultrapassamos – seu próprio fim.²³

Encontrando verdade na conclusão de que há continuidade histórica ou temporal entre a forma da sociedade se organizar a partir da racionalidade prevalente em determinada época, tal se dará, evidentemente, em vista da evolução da sociedade, que superará o paradigma até então adotado, dando nascimento a uma nova racionalidade prevalente. Se a era moderna, conforme afirma John Lukacs e outros pensadores pós-modernos, já teve seu fim, é necessário encontrar o momento histórico atual da humanidade e sua racionalidade prevalente ou paradigma atual do pensamento humano,

Na análise do assunto, Celso Luiz Ludwig afirma que

o debate teórico é intenso, porém parece circunscrito à dicotomia *modernidade/pós-modernidade*: de um lado, os ainda defensores do *projeto da modernidade*, e, de outro, os *pós-modernos*, críticos dos conceitos e promessas do mundo moderno. O otimismo daqueles contrasta com a descrença de muitos destes, que em geral, em meio à produção teórica centrada no *fragmento* – pelo menos na versão de um certo pós-moderno ‘padrão’ -, aponta a existência de uma crise paradigmática (...). A crise paradigmática, hoje, no entanto, aponta para uma situação em que somos, ainda, modernidade e ao mesmo tempo também não somos mais. É a pós-modernidade.²⁴

²³ *ibidem*, p. 12

²⁴ LUDWIG, Celso Luiz. Da ética à filosofia política crítica na transmodernidade: reflexões desde a Filosofia de Enrique Dussel, in Obra Coletiva Repensando a Teoria do Estado, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2004, p. 283/284. Sustenta o autor que “a história da razão no ocidente registra momentos de crise paradigmática. Diversas são as manifestações teóricas dessa crise: desde o começo da Filosofia na Grécia do século V a.C. (na passagem do mundo mítico ao mundo da filosofia racional metafísica), passando pelos sofistas, conhecidos representantes de uma época de crise da razão, até o final da Idade Média, com a dissolução de sínteses medievais (crise representada por Guilherme de Ockham e Martin Lutero), para citar alguns exemplos. (...) Contudo, parece que a crítica pós-moderna, ao não aceitar qualidades positivas na modernidade, causa impacto, talvez sem precedentes. Até porque a manifestação de uma razão cética e até cínica ocorreu diante de tradições que apresentaram crença consistente em razões hegemônicas. Este argumento pode ser sustentado diante da autodiferenciação da razão no processo histórico ocidental. (...) O impacto do pensamento pós-moderno é sentido mais intensamente, por certo, diante da anunciada e denunciada crise da razão. O fenômeno da reflexão pós-moderna permitiu o crescimento da já existente crítica à modernidade: crítica da modernidade na condição de subjetividade pensante em detrimento da compreensão radical do ser (Heidegger), crítica da razão instrumental (Escola de Frankfurt), crítica da universalidade abstrata desde a subjetividade afirmada na diferença (Derrida, Lyotard), crítica da modernidade em sua pretensão universalista e fundacionista da razão moderna (R. Rorty e os comunitaristas CH. Taylor, McIntyre), crítica a certas formas de sujeito, porém como revalorização de outras formas de sujeito (Foucault), crítica da racionalidade discursiva com a finalidade de realizar promessas da modernidade (Apel e Habermas), críticas de Levinas à totalidade, na categoria do desejo metafísico. Postura crítica, enfim, que vem desde Nietzsche.” (*idem*, p. 284-285).

Do que é possível entrever desde já, o novo paradigma da humanidade deve ser procurado na análise da própria sociedade de referência, ou seja, no momento histórico-social que ela vivencia. Tal paradigma terá reflexos não só na fixação da nova racionalidade pensante, mas também em todos os demais segmentos de conhecimento, como o é o Direito.

O Direito pós-moderno exige uma nova hermenêutica jurídica, pois a dogmática jurídica que a corporifica já não atende às necessidades originárias de uma sociedade complexa e cheia de novos e inesperados conflitos. Segundo Lênio Luiz Streck “[...] o paradigma (modelo/mo de produção de Direito) liberal-individualista-normativista está esgotado. O crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social (re)clamam novas posturas dos operadores jurídicos”²⁵. (grifo no original).

Os novos direitos - nas palavras de Antonio Carlos Wolkmer - “materializam exigências permanentes da própria sociedade diante das condições emergentes da vida e das crescentes prioridades determinadas socialmente”, acrescentando o autor que

transformações sociais ocorridas nas últimas décadas, a amplitude dos sujeitos coletivos, as formas novas e específicas de subjetividades e a diversidade na maneira de ser em sociedade têm projetado e intensificado outros direitos que podem ser inseridos na terceira dimensão²⁶, como os direitos de gênero (dignidade da mulher, subjetividade feminina), direitos da criança, direitos do idoso (terceira idade), os direitos dos deficientes físico e

²⁵ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre, 2004, Editora Livraria do Advogado, p. 17. Sustenta o autor, nesta obra, que no mundo pós-moderno, a hermenêutica jurídica deve se referir ao mundo prático, o mundo da pré-compreensão, um mundo onde a linguagem representa o meio de interpretar o direito na sua relação com a sociedade. “O discurso jurídico-dogmático, permeado, sustentado pelo paradigma objetificante, encobre o desvelar do ser dos entes do mundo (jurídico-social). Intérprete e Direito/texto/norma/fato não estão separados. (...) para que se rompa com as concepções vigorantes no campo jurídico-dogmatizante, sustentadas no paradigma metafísico-objetificante, os textos jurídico-normativos e os fatos sociais não podem ser tratados como objetos. Com os aportes do novo paradigma hermenêutico aqui defendido, sustentado nas concepções heideggerianas-gadamerianas, essa relação objetificante pode/deve ser rompida, introduzindo-se uma relação entre o operador-intérprete do Direito e as normas/fatos sociais mediante uma ontologia fundamental para a qual o Dasein não é contraposto ao mundo das coisas e nem dele está apartado, mas, sim, o Dasein é/só-pode-ser junto com as coisas. (...) O intérprete do direito é um sujeito inserido/jogado, de forma inexorável, em um (meio)ambiente cultural-histórico, é dizer, em uma tradição. Quem interpreta é sempre um sujeito histórico, concreto, mergulhado na tradição. (...) O compreender é um ver em torno, e a sua fundamentação reside em um ‘ter prévio’, de modo que a interpretação se decide nesta antecipação da compreensão. (...) Interpretar, é, pois, compreender. Somente pela compreensão é que é possível interpretar. A ontologia hermenêutica da compreensão baseia-se na tradição, na qual reside a pré-compreensão”. (p. 263/273), grifo no original.

²⁶ Wolkmer prefere o termo “dimensão de direitos” em substituição ao termo “geração de direitos” aceito pela maioria dos doutrinadores a partir da teoria de Bobbio. Da mesma forma Ingo Wolfgang Sarlet, na obra *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*.

mental, os direitos das minorias (étnicas, religiosas, sexuais) e novos direitos da personalidade (à intimidade, à honra, à imagem)". Entre os direitos de quarta dimensão o autor insere "os novos direitos referentes à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética"²⁷

O Direito urge despertar para sua crescente incapacidade de lidar com a evolução social de dada sociedade sócio-histórica, especialmente a do Brasil, desigual e excludente, convivendo simultaneamente com o desenvolvimento pós-moderno e com bolsões periféricos sub-desenvolvidos e outros sem desenvolvimento algum.

Para Enrique Dussel, filósofo argentino que sustenta seu pensamento nas linhas da filosofia da libertação, o novo paradigma da racionalidade humana já não aceita o ser, o sujeito e a linguagem como pontos centrais da nova maneira de pensar, pois cedem espaço à vida concreta como novo ponto central da filosofia pós-moderna, influenciando no surgimento de novos direitos e, a partir deste novo paradigma, do surgimento de novos sujeitos de direito sócio-históricos.²⁸

É necessário que sociedade e Estado reconheçam que devem reformular suas bases axiológicas para identificar os novos sujeitos-históricos, a "massa dos sem-direitos" (o outro na ontologia da totalidade: o excluído, o estranho, o não visto, o diferente, o pobre, o oprimido, o não-ser, o nulo, o supérfluo, a negatividade, a vítima), em síntese, aquele que está fora do sistema jurídico-positivo, para que tais possam titularizar direitos, não só deveres, evitando, assim, conflitos que nem sempre se resolvem através de soluções pacíficas.²⁹

Estas palavras iniciais se fazem necessárias para mostrar ao leitor o contexto em que os dois temas deste capítulo serão tratados, com a advertência de que não se deve esquecer que a sociedade, ao mesmo tempo que (in)forma o Direito, é por ele também (in)formada. Passaremos, a seguir, ao estudo dos aspectos específicos deste capítulo.

²⁷ . WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos novos direitos, in Os Novos Direitos no Brasil: Natureza e Perspectivas. Uma Visão Básica das Novas Conflituosidades Jurídicas, SP, 2003, Saraiva, pp. 9-10

²⁸ DUSSEL, Enrique. Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão, Petrópolis, 2002, Editora Vozes

²⁹ Dussel, *ibidem*, p. 519/533.

1.2 – Sociedade e Ordem Social

Aristóteles já afirmava que o homem é um ser eminentemente social, que necessita relacionar-se com outros homens, para poder desenvolver-se, pois faz parte daqueles seres “que não vivem como solitários, mas em comunidade ou sociedade”, razão pela qual o “*anthropos physei politikon zoon*: o homem é por natureza um animal político (Política I 2, 1253^a 2 seg. e outros, Ética a Nicômano I 5, 1097b 11).³⁰ Para Aristóteles, só um indivíduo de natureza vil ou superior ao homem procuraria viver isolado dos outros homens sem que a isso fosse coagido.³¹

Vários foram os motivos que levaram o homem a viver em sociedade, dentre eles a atração pelo sexo oposto e a necessidade de perpetuar a espécie, a necessidade de divisão de tarefas, além do próprio instinto de sobrevivência, pois logo descobriu que unidos tinham mais força.

Contudo, ainda que admitamos que outros animais vivam igualmente em bandos ou em grupos, inclusive mediante certa divisão de funções e conseqüente organização, ainda assim podemos falar que somente haverá sociedade, quando esta resultar de atuação própria e exclusiva do homem, já que à sociedade são atribuídas determinadas peculiaridades que somente a vontade humana poderia produzir.

Com este conteúdo e na lição de Celso Ribeiro Bastos, podemos conceituar sociedade como “toda forma de coordenação das atividades humanas objetivando um determinado fim e regulada por um conjunto de normas”³².

Através do entendimento acima exposto, já podemos delinear elementos que devem ser encontrados em um agrupamento humano, “num mundo vivido em comum”³³, para que possa ser identificado como uma sociedade. São eles, segundo

³⁰ HÖFFE, Otfried. *Justiça Política: Fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado*, Petrópolis, 1991, Editora Vozes, p. 182. Continua o autor, afirmando que “*politikon* deriva de *polis* e a *polis* tem, apesar de muitas diferenças com as entidades sociais modernas, um certo caráter de direito e de estado, conseqüentemente também um caráter de dominação.” (*idem*, p. 182)

³¹ No sentido dado por Aristóteles ao termo político, não se insere somente o político partidário, pois o homem é um animal político, sem, necessariamente, praticar a política vinculada a uma ideologia. Marilena Chauí, tratando do período em que a filosofia passou a ser sistematizada, expõe que “para Aristóteles, como para todo grego da época clássica, a política é superior à ética, pois a verdadeira liberdade, sem a qual não pode haver vida virtuosa ou ética, só é conseguida na pólis. Por isso, a finalidade da política é a vida justa, a vida boa e bela, a vida livre, da qual depende a atividade ética ou moral do indivíduo” (autora citada, *Convite à Filosofia*, São Paulo, 2005, Editora Atlas, p. 44)

³² Bastos, Celso Ribeiro. *Teoria do Estado e Ciência Política*, São Paulo: Celso Bastos Editor. 2004. p. 24

³³ HÖFFE, *ibidem*, p. 291. Afirma, ainda, o autor, criador da *Justiça Política*, que “como formas de sentido da vida humana e do convívio está alojada, no coração das instituições de uma sociedade e

Dallari: “a) uma finalidade ou valor social; b) manifestações de conjunto ordenadas; e c) o poder social”³⁴.

É certo assim afirmar que nem todo agrupamento de seres humanos deverá ser entendido como sociedade, ainda que possuam um interesse comum e estejam vivenciando circunstância precisa, como no caso daqueles que estando em um ginásio assistem a um show, pois faltará a esse agrupamento a existência de um objetivo comum que deverá ser perseguido permanentemente.

È sabido, porém, que se a vida em sociedade possibilita ao homem seu crescimento, da mesma forma oferece-lhe limitações à sua liberdade, o quê não o impede em absoluto em continuar a viver em sociedade. Ante tais constatações, cabem algumas perguntas: Existiria alguma coação irresistível que levaria o homem a sacrificar a sua liberdade, obrigando-o a viver em sociedade, ainda que contra a sua vontade? Ou seria próprio da natureza humana o buscar viver em sociedade, tal qual uma necessidade, ainda que isso implique em limitações a sua liberdade ?

Na tentativa de responder tais questões, procederemos à análise de diversos posicionamentos, dos quais advirão conclusões fundamentais sobre a posição do indivíduo na sociedade e no Estado, com implicações diretas sobre a sua organização, funcionamento e existência.

1.2.1 – Origem da Sociedade

Há duas grandes posições a respeito da origem da sociedade.

A primeira delas, adotada pelos teóricos naturalistas, pugna pela idéia da sociedade natural, por ser o homem um ser eminentemente social, conforme concluído por Aristóteles, na antiga Grécia. Na mesma corrente de pensamento, Cícero, na antiga Roma (Sec. I A .C), já afirmava que

época, a tendência ao imbricamento recíproco: tendência à integração de casamento e família, de economia, política e estado num mundo vivido em comum. Por certo, tal integração é atingida raramente em plenitude. Permanecem `descompassos `e tensões que colaboram com processos de aprendizagem e transformação das instituições, portanto, com sua evolução. Com uma evolução também colaboram as contradições que subsistem entre as idéias diretrizes de uma sociedade e de uma época e suas obrigatoriedades concretas.” (p. 291)

³⁴ Dallari, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 21

a primeira causa da agregação de uns homens a outros é menos a sua debilidade do que um certo instinto de sociabilidade em todos inatos; a espécie humana não nasceu para o isolamento e para a vida errante, mas com uma disposição que, mesmo na abundância de todos os bens, a leva a procurar o apoio comum³⁵.

São Tomás de Aquino, despontando como o mais expressivo seguidor de Aristóteles entre os autores medievais, afirmava que a vida solitária seria uma exceção, e que poderia ser constatada em uma de três hipóteses: “*excellentia naturae*, quando se tratar de indivíduo notavelmente virtuoso, que vive em comunhão com a própria divindade, como ocorria com os santos eremitas; b) *corruptio naturae*, referente aos casos de anomalia mental; c) *mala fortuna*, quando só por acidente, como no caso de naufrágio ou de alguém que se perdesse numa floresta, o indivíduo passa a viver em isolamento³⁶”.

Modernamente, são muitos autores que se filiam a essa corrente de opinião. Entre eles, encontra-se Ranelletti, argumentando que

o homem é induzido fundamentalmente por uma necessidade natural, porque o associar-se com outros seres humanos é para ele condição essencial de vida. Só em tais uniões e com o concurso de outros é que o homem pode conseguir todos os meios necessários para satisfazer as suas necessidades, e, portanto, conservar e melhorar a si mesmo, conseguindo atingir os fins de sua existência³⁷.

Mas não é apenas de ordem material essa necessidade, pois o homem ainda continua necessitando o convívio com os seus semelhantes, ainda que seja satisfeito de todos os bens necessários à sua sobrevivência. Ou seja, a sociedade pode ser entendida, na visão da corrente doutrinária que opta pela teoria da sociedade natural, como produto da conjugação do impulso associativo natural do homem e da cooperação da vontade humana, segundo prelecionado por Dalmo de Abreu Dallari³⁸.

³⁵ Dallari, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 10

³⁶ *idem*, p. 10

³⁷ *Apud, idem, ibidem*, p. 11

³⁸ *Idem, ibidem*, p. 12.

Por seu turno, de maneira contrária ao entendimento que defende a “sociedade natural”, temos a corrente encampada pelos contratualistas, que defendem a teoria da sociedade contratual, por meio da qual a existência da sociedade somente se justifica em razão da vontade humana, o que faz com que a sociedade acabe por ser produto de um acordo de vontades, de um contrato pactuado hipoteticamente entre os homens.

Dallari também ensina que, muito embora tenhamos uma pluralidade de opiniões entre os próprios contratualistas sobre as circunstâncias e os fatos que levaram o homem a pactuar em viver em sociedade, temos que o ponto comum entre eles é a negativa do impulso associativo natural, com a afirmação de que só a vontade humana justifica a existência da sociedade³⁹.

Em Thomas Hobbes, John Locke, Rousseau e Montesquieu, encontramos exemplos de filósofos que aderiram à corrente doutrinária “contratualista”⁴⁰. Logo abaixo, faremos algumas considerações sobre suas bases teóricas.

1.2..2 – Elementos Caracterizadores da Sociedade

No entendimento de Dalmo de Abreu Dallari, para que um agrupamento de pessoas possa ser reconhecido como uma sociedade, necessária a presença de três

³⁹ Dallari, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p 12

⁴⁰ Paulo Márcio Paulo Márcio Cruz, tratando do liberalismo econômico e do papel de Kant na formulação do Estado Liberal Moderno, afirma que “para Kant, a essência do homem é a sua autonomia e sua capacidade de se desenvolver e, por isto aconselha os homens a que se atrevam a desenhar, com a razão, seu próprio destino. (...) A partir desta premissa, os indivíduos que compõem a Sociedade devem estar de acordo para formar a comunidade política. Muitos autores demonstram, como George Burdeau, que Kant advogou por um pacto social livre e voluntário, que se concretizaria no Estado Contratual. Como cada homem seria intrinsecamente livre e dotado de direitos naturais inalienáveis e anteriores a este pacto social, o Estado deveria proteger ao máximo estes direitos” (PAULO MÁRCIO CRUZ, 2002, p.101), grifamos.

características: a) uma finalidade ou valor social; b) manifestações de conjunto ordenadas, e c) o poder social⁴¹.

a) finalidade: O homem tem consciência de que deve viver em sociedade e procura fixar uma finalidade condizente com as suas necessidades fundamentais e com aquilo que lhe é mais valioso. Mas, como estabelecer uma finalidade que atenda a todos os desejos de uma sociedade? Essa finalidade deverá ser algo, um valor, um bem que todos entendam como um bem comum.

Bem comum, para Dallari, citando a definição dada pelo Papa João XXIII, consistiria “no conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana⁴²”.

Assim, temos que a sociedade humana deve ter por finalidade a realização do bem comum, ou seja, a criação de condições que permitam a cada pessoa humana e a cada grupo social a consecução de seus respectivos fins particulares., entre eles o de realizar-se em sua humanidade como integrante de um todo e não excluído e deletado para a periferia. Tal entendimento vem estampado no art. 5º, incisos VI e VIII, de nossa Magna Carta.

b) Manifestações de conjunto ordenadas: O simples agrupamento de pessoas, com uma finalidade comum a ser atingida, não se torna suficiente para assegurar a consecução do interesse almejado, sendo, portanto, indispensável que os componentes daquela sociedade venham a se manifestar em conjunto, sempre visando àquele fim. Mas, para assegurar a orientação dessas manifestações num determinado sentido e para que se obtenha uma ação harmônica dos membros da sociedade, preservando-se a liberdade de todos, é preciso que a ação conjunta seja ordenada.

c) Poder Social: cujas principais características consistem na socialidade, visto ser um fenômeno social, que jamais pode ser explicado pela simples consideração de fatores individuais, e a bilateralidade, por importar sempre uma correlação de duas ou mais vontades, onde uma sempre predomina.

Sustenta Celso Ribeiro Bastos que toda sociedade é composta de elementos materiais (homens e base física), elementos formais (normas jurídicas, organização e

⁴¹ *idem.*, p. 21

⁴² *idem, ibidem*, p. 24

poder) e elementos finalísticos (que são vários, como o bem comum, o progresso e a cultura)⁴³.

c.1) Elementos materiais (homem e base física):

Não é preciso maiores delongas para dizer que o homem é o elemento fundamental de uma sociedade, já que a concepção de sociedade está ligada à idéia de relações humanas.

O homem expande-se no outro e estende-se para além de si. Centra-se, entretanto, em si mesmo. Porque o que fundamenta todas as criações é o homem em suas necessidades, sonhos, multidões e solidões. (...) A sociedade (incluída a estatal) é todos e cada qual na relação com o outro. Os direitos fundamentais são titularizados pelos homens em sua individualidade e em sua totalidade humana.⁴⁴

Por base física entende-se o local onde tanto se desenvolvem as relações sociais, como também onde atuam as normas vigentes de uma determinada sociedade.

c.2) Elementos formais (normas jurídicas, organização e poder):

As *normas jurídicas* são o meio utilizado pela sociedade para disciplinar e organizar o comportamento de seus integrantes, tendo por ponto de partida as normas sociais. Elas são os veículos que estabelecem os direitos e deveres dos integrantes da sociedade, para que estes possam conviver de forma pacífica. Exatamente por isso afirmou Goffredo da Silva Telles Júnior⁴⁵ que todas as matérias que (in)formam o Curso de Direito, “ estudadas nos cinco anos de um curso de Faculdade de Direito versam, essencialmente, uma só disciplina: *a Disciplina da Convivência Humana*⁴⁶.

Carmen Lúcia Antunes Rocha afirma que

⁴³ Bastos, Celso Ribeiro. Teoria do Estado e Ciência Política, São Paulo: Celso Bastos Editor. 2004. p. 31

⁴⁴ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes, Belo Horizonte, 2004, VIDA DIGNA : DIREITO, ÉTICA E CIÊNCIA (Os Novos Domínios Científicos e Seus Reflexos Jurídicos), in O Direito à vida digna, coordenadora ROCHA, Carmem Lúcia Antunes, Belo Horizonte, 2004, Editora Fórum, p. 15/16

⁴⁵ TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Dois Palavras*. In O Que é a Filosofia do Direito?, Barueri/SP, Manole, 2004.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 14

A pessoa dota-se de um estatuto de natureza individual, de um de natureza política, de um de natureza civil, de outro de natureza social, ajustando-se estas formações jurídicas no sistema que fundamenta as relações individuais, sociais e políticas. Cada qual destas projeções do ser e do viver humano é vislumbrada, cuidada, protegida, garantida e, quando for o caso, fomentada em suas condicionantes externas, pelo Direito, segundo princípios e regras jurídicas que se diferenciam em suas especificações, mas se identificam em seu fundamento primário, qual seja, a dignidade do ser humano.⁴⁷

A transformação, no seio de determinada sociedade, de uma norma ética, costumeira, moral, religiosa, econômica em norma jurídica, segundo explica Eros Roberto Grau recorrendo a Leon Duguit se dá “quando a massa das consciências individuais admite que a reação social contra a sua violação seja socialmente organizada”.⁴⁸

A mutação de norma extra-jurídica em jurídica leva em consideração a sociedade civil onde ela ocorre, sede de exteriorização dos antagonismos entre as diversas forças e grupos sociais. Com isso, percebe-se que “as relações de poder são travadas no seio da sociedade civil, de modo que o direito pressuposto é determinado pelo modo de produção social e pela correlação das forças políticas”.⁴⁹

Afirma Celso Ribeiro Bastos que o poder é um fenômeno social e bilateral, já que decorre da união de duas ou mais vontades sendo que sempre uma prevalece sobre as demais, e sua imprescindibilidade se faz sentir quando surgem conflitos entre os indivíduos ou grupos sociais, que necessitam para a sua resolução a intervenção de uma vontade dominante, que venha a preservar a ordem da própria sociedade e sua finalidade social, consistente na realização do termo de difícil definição: *bem comum*⁵⁰.

A definição do que é poder evoluiu ao longo dos tempos. De fato, enquanto nas sociedades primitivas, o poder se confundia com a força física, com o passar do

⁴⁷ *Ibidem*, p. 23.

⁴⁸ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto, o Direito Pressuposto*. In *O que é a Filosofia?*: Barueri, Manole, 2004, p. 40

⁴⁹ *Ibidem*, p. 43. Como se vê pelo título do artigo de Eros Roberto Grau, aponta ele distinção entre direito posto e direito pressuposto, vendo o primeiro como o direito positivado, concretamente, por dada sociedade e o segundo como um “produto histórico-cultural que condiciona a formulação do direito posto (p.37). Prossegue o autor afirmando que *cada direito concreto* configura o direito posto, nutrido, porém, pelo que está embaixo dele como direito pressuposto. (p. 39).

⁵⁰ Bastos, Celso Ribeiro. *Teoria do Estado e Ciência Política*. 6ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor. 2004. p. 89.

tempo, o poder passou a ser confundido com a capacidade econômica, já que os indivíduos detentores das maiores reservas materiais (propriedades) eram considerados mais poderosos.

Posterior a esse período, passou o poder a ser vinculado à força espiritual, sendo que, a partir desse momento, vem a ser detentor do poder aquele que se apresenta como intermediador entre a divindade e o homem, quais sejam, os sacerdotes, os faraós, os reis.

Com a evolução da sociedade o poder ficou vinculado ao conceito de legitimidade, o que importa em dizer que o poder deve ser legítimo, devendo existir uma concordância entre os objetivos do poder com as aspirações da sociedade. Sob esse prisma, o poder e o direito são simultâneos, pois o poder sem normas não passa de mera manifestação de violência, de arbitrariedade. E o direito, sem poder, não passa de sugestão de comportamento.

Höffe analisa a questão da legitimação subsidiária do Estado e afirma que “após a legitimação de uma ordem positiva do Direito e do Estado, não se pode mais sustentar o anarquismo residual, e a liberdade de dominação deve ser definitivamente abandonada como princípio social”⁵¹.

Prossegue o autor afirmando que

os poderes do Estado não existem por própria perfeição de poder, mas graças à renúncia do direito daqueles que são primeiros e originários e os aliados do direito. Somente porque são vantajosas para cada um deles as renúncias à liberdade que fazem parte das liberdades fundamentais e porque cada um deles assim se situa melhor da hipótese se um poder coletivo é responsável pelas liberdades fundamentais, por isso e somente por isso os poderes do Estado são legítimos”.⁵²

Para o autor, do ponto de vista prático-político, a legitimação subsidiária do Direito e do Estado levanta uma dificuldade que o discurso político não pode ocultar:

⁵¹ Höffe, *ibidem*, p. 348. O autor critica, também, o positivismo jurídico, para o qual qualquer norma pode ser elevada à condição de direito válido. “Contra o positivismo jurídico fala o fato de que uma ordem de coerção somente não é um poder despido de tudo, se ela se orienta por deveres jurídicos, isto é, por exigências de justiça como liberdades fundamentais” (*idem*, p. 350)

⁵² Höffe, *idem*, p. 351

para ajudar a justiça a se tornar realidade, o poder jurídico público recebe o monopólio do poder. Para Hüffe,

quem possui o monopólio do poder não tem apenas suficiente poder para impor justiça; ele também possui suficiente poder para recusá-lo. (...) A tentativa de levar a sério esta obrigação prévia é o estado prático, no projeto político da modernidade. Enquanto a modernidade radicaliza, do ponto de vista teórico, o discurso da legitimação, ela, do ponto de vista prático-político, procura assumir o resultado do discurso, a justificação apenas subsidiária na estruturação concreta do poder de direito e de estado e organizar os poderes públicos efetivamente, de modo que sua obrigação com a justiça não fique entregue ao arbítrio de cada setor do poder que aparece.⁵³

Para que o poder possa ser legitimamente exercido é necessário que haja ordem, que também é um elemento fundamental à constituição de uma sociedade, visto que sociedade e anarquia não são compatíveis.⁵⁴

Outro elemento característico da sociedade é ser ela elevadamente cultural, progressiva, pois o homem, dotado de uma criatividade nata, se utiliza dela para criar instituições. A cultura se manifesta em todos os elementos da sociedade, funcionando como elemento impulsionador da dinâmica social para alcançar o bem comum.

⁵³ Hüffe, *idem*, p. 367. Prossegue o autor, afirmando que “mesmo os detentores do poder não estão inteiramente a serviço da justiça, livres de todas as paixões. Eles também podem “esquecer” suas atribuições e buscar o poder por ele mesmo. Além disso, eles não estão situados além de qualquer conflito, mas são, nos confrontos sociais, eles mesmos interessados e podem então abusar de sua posição privilegiada. (...) Denomino de estratégias de justiça política os múltiplos métodos: os caminhos, forças e procedimentos para comprometer (o mais possível) os poderes públicos com a justiça. Visto sistematicamente, eles possuem uma dupla face, o lado voluntário e o lado cognitivo; aquele se refere à tarefa do reconhecimento, este à tarefa de determinação do poder público jurídico. Em correspondência, há dois tipos mutuamente complementares de estratégias de justiça. Como auxílio das estratégias de positivação, os princípios da justiça encontram seu reconhecimento histórico concreto; com o auxílio das estratégias de julgamento, as formas jurídicas que devem ser reconhecidas são sempre determinadas novamente.” (*idem*, p. 368)

⁵⁴ quanto à questão do poder, há alguns autores e teorias que negam a necessidade do poder social, podendo tais grupos serem reunidos por um ponto em comum, sob a designação genérica de anarquistas. A mais importante expressão de anarquismo foi o movimento que, com essa denominação, surgiu mesclado com o socialismo no início do século XX. Para alguns autores anarquistas, as idéias de autoridade política e de propriedade privada seriam malélicas, pois se esperava que com a abolição da autoridade política e da propriedade privada, voltaria o homem ao seu estado natural de simpatia e justiça instintiva (William Godwin). Para outro anarquista extremado (Max Stirner) o Estado é mau porque limita, reprime e submete o indivíduo, obrigando-o a sacrificar-se pela comunidade. Para outros anarquistas (Bakunin, que polemizou com Karl Marx), o Estado somente apareceu quando as relações de propriedade dividiram a sociedade em classes reciprocamente hostis, baseando-se na noção errônea de que a coação é necessária para que o homem tenha uma atitude socialmente correta e, com isso, impede as ações livres e espontâneas do homem.

A sociedade, portanto, assume a função de incubadora das condições para que todos os seus integrantes consigam realizar seus objetivos, materiais ou imateriais.

1.2.3 – Tipos de Sociedades

Há vários tipos de sociedades, tais como a religiosa, a política, a estatal, entre tantas outras, como a sociedade familiar, que se caracteriza por ser a espécie de sociedade mais antiga de que temos notícia, já que todo homem nasce em uma família, e dela somente vem a se retirar para, em regra, constituir um novo núcleo familiar.

De fato, é a família considerada a *célula mater* de uma sociedade, tida mesmo como uma subespécie de sociedade natural, já que não consiste em um ato de vontade o fato de nascermos em uma ou outra família.⁵⁵

Outros tipos de sociedades bastante comuns são as sociedades religiosas e as contingentes.

Por religiosas, entendemos aquelas sociedades onde o homem busca o seu desenvolvimento espiritual. Todavia, não obstante objetivarem um fim determinado, tais sociedades são vistas como sendo de natureza involuntária, já que seus integrantes dela participam por compulsão, em regra.⁵⁶

⁵⁵ No pensamento de Friedrich Engels, a sociedade moderna, calcada na propriedade privada, na produção, no comércio e no poder do Estado, surgiu com a derrocada da família “comunista” primitiva, que era a célula-mater de uma economia de subsistência, organizada em grupos de interesses comuns, vivendo em uma propriedade comum a todos e regida por leis derivadas do poder materno ou paterno, em que os laços de parentesco eram vitais para sua sobrevivência harmoniosa e segura e onde não havia produção de excedentes, tornando desnecessário o comércio e o decorrente acúmulo de riquezas. Foi com o declínio dessa estrutura familiar que a sociedade moderna foi se formando: com o surgimento de outras necessidades para além do grupo familiar, dando origem a uma agricultura praticada de modo mais intenso, a uma indústria, a um contato espontâneo ou forçado com outros povos por meio da expansão do território e da guerra, a um sistema de compra e venda, resta estruturada a **propriedade privada**, com todos os benefícios e males que dela decorrem. Nesse sentido a obra de Engels, *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*, Tradução Ciro Mioranza, Editora Escala.

⁵⁶ A formação da sociedade levando em consideração a questão religiosa é de suma importância, atualmente, basta ver as guerras e atos terroristas que foram edificadas tendo por base as diferenças religiosas. Países inteiros quase sucumbiram às lutas armadas. Mas também no plano da hermenêutica a existência da questão religiosa tem extrema importância. Como exemplo, temos a discussão atual sobre as pesquisas com células-tronco embrionárias, onde a Igreja católica insurgiu-se contra a autorização dada pela Lei de Biossegurança, que acabou refletindo na ADIN proposta junto ao STF para discutir a constitucionalidade da norma, em face do que estatui nossa carta magna.

Quanto às sociedades contingentes, caracterizam-se por não serem permanentes, podendo deixar de existir a qualquer momento, a exemplo das sociedades culturais e desportivas. Por essa razão, alguns doutrinadores preferem chamá-las de associações, em que pese o fato de terem nascido de um ato voluntário do homem.

Necessárias, também, algumas considerações sobre as sociedades políticas ou estatais.

São tidas por políticas, aquelas sociedades de fins gerais, que não se limitam a um objetivo determinado e tampouco se restringem a determinados setores da atividade humana. Ao invés disso, buscam as sociedades políticas integrar todas as atividades sociais que ocorrem em seu âmbito, com o objetivo de criar condições para que seus membros alcancem os seus fins particulares, ocupando-se da totalidade das ações humanas, coordenando-as em função de um fim comum.

Não obstante seja a sociedade política elemento imprescindível para o surgimento do Estado, o contrário não ocorre, pois ela não prescinde do Estado para seu surgimento, por ser dele independente.

Por sua vez, o poder político resulta da sociedade política e se caracteriza pelo fato de estar voltado à obtenção dos fins últimos de uma sociedade, o que acaba por fazer com que tenha uma ascendência e supremacia sobre os demais poderes.. O poder político é o ponto para onde convergem os demais poderes na medida em que pretendam influir nos destinos da sociedade. É o poder político que encerra em si as funções de editar normas gerais a que a sociedade deverá se submeter, bem como de aplicar estas normas através da administração e da jurisdição.

São importantes, nessa linha de análise, as pesquisas realizadas por Paulo Bonavides, segundo o qual foi com Hegel que o Estado tornou-se “a realidade da idéia ética, da vontade substancial, em que a consciência mesma do indivíduo se eleva à comunidade e, portanto, ao racional em si e para si”. Afirma o autor que

“Hegel, que o substitui {Kant}, rompe com a filosofia do compromisso e estabelece uma teoria de identidade, reduzindo toda a realidade ao espírito ou razão. Em que ponto da rotação dialética do sistema Hegeliano se encontra, porém, o Estado? Na filosofia do direito, que pertence à esfera do espírito objetivo. (...) Hegel, que foi dos primeiros pensadores em vincular estreitamente, em sua doutrina, as noções de sociedade e direito, assinala meridianamente, em seu conceito teleológico de Estado, a importância da

comunidade, ao mesmo passo que aniquila o indivíduo na afirmação categórica de que o Estado tem sobre este direitos absolutos, e de que o mais alto dever da individualidade humana consiste em ser membro da organização estatal. (...)Tem a teleologia estatal hegeliana fundo eminentemente histórico-cultural”.⁵⁷

Para Bonavides, o Estado vem definido por Hegel como “a realidade onde o indivíduo tem e frui a liberdade, sendo ele mesmo, porém, o conhecimento, a fé, a vontade do coletivo”.⁵⁸ Conclui o autor afirmando que Hegel vê o Estado como algo real, onde o interesse do todo, do uno, se concretiza nos fins particulares de seus membros., fazendo com que o homem só alcance existência racional na concretude do Estado.⁵⁹

1.2.4 – Ordem Social

Segundo Bastos, ordem social é o conjunto de regras que regem a sociedade⁶⁰, sendo que parte de seus elementos variam de sociedade para sociedade.

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado, São Paulo, 2001, 3ª. Edição, 3ª. Tiragem, Malheiros Editores, p.47-48.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 48.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 49. Ainda tratando sobre a questão do Estado, Direito e Sociedade, afirma Bonavides que “o Estado é real, segundo ele {Hegel}, quando o interesse do todo se realiza nos fins articulares. Estabelece o pensador por condição precípua dessa realidade a união do geral com o particular. Quando não existe essa União, perde o Estado a sua verdadeira realidade. Forcejando por determinar a essência do novo Estado, em oposição ao da antigüidade, supõe Hegel encontrá-la no consórcio do geral com o particular (conservando este, porém, a sua inteira autonomia) e com o bem-estar individual, de modo a ligar os interesses da família e da sociedade civil aos do Estado. (...)Acrescenta então o filósofo que somente no Estado tem o homem existência racional. E “tudo quanto o homem é, deve ao Estado; sua essência encontra-se ali. Todos os valores que possui, toda a sua realidade espiritual, conserva-a apenas graças ao Estado. Adiante assevera Hegel: “O Estado é a vida moral presente e real”. E acentua a noção do *substancial* como *todo ético*, sustentando que o fim do Estado é mantê-lo válido e presente na consciência e nas ações concretas do homem”. *Ibidem*, p.49

⁶⁰ Bastos, Celso Ribeiro. Teoria do Estado e Ciência Política. 6ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor. 2004. p. 38

A ordem social é regida pelo princípio da imputação, diferentemente da ordem natural, que vem regida pelo princípio da causa e efeito, ou princípio da causalidade, por meio do qual uma determinada condição sempre gera um determinado resultado.

Ao contrário, segundo o princípio da imputação, uma condição específica pode gerar ou não uma consequência específica, já que esta relação é passível de sofrer tanto a interferência de um fato humano como de um fato natural que modifique essa consequência. Diante disso, podemos constatar que a sociedade vem a ser regida por leis sujeitas ao princípio da imputação.

Tais normas têm natureza diversa, destacando-se entre elas as normas de comportamento, que impõem um determinado comportamento para os integrantes de certa sociedade. Todavia, não podemos afirmar que essas normas comportamentais afastam tanto a vontade como a liberdade do indivíduo⁶¹, já que há participação dos indivíduos, através de seus representantes, no processo de elaboração e de escolha dessas normas.

De igual sorte, para que a sociedade possa funcionar harmonicamente e atingir o bem comum, imprescindível a existência de normas sancionatórias, que têm como objetivo fazer com que as demais normas sejam cumpridas e que um indivíduo não interfira na liberdade do outro. Assim, a ordem se manifesta em dada sociedade por meio da implementação de normas que estabeleçam os direitos e deveres de cada indivíduo.

1.3 – Ideais Filosóficos sobre o Estado

Com a ascensão dos movimentos democráticos, a Era Moderna trouxe novas concepções sobre o Estado e sua função política. Muito antes dos ideais revolucionários franceses serem proclamados, o governo sempre fora superior ao povo, apontando-lhe quais os caminhos a serem seguidos pela “massa”.

⁶¹ “A vontade individual segundo o conceito hegeliano de liberdade só se realiza livremente quando se identifica com o Estado, síntese ética do particular e do geral, do privado e do social. O Estado é então, diz Hegel, não somente a vontade de cada um promovida ao plano universal, mas a vontade de todos. (...)É com base em Hegel que se fundará o chamado socialismo contemporâneo, onde “a principal finalidade estatal é o nivelamento das classes, mediante a remoção de todos os obstáculos artificiais, nivelando a que se procederá na medida em que for compatível com certas desigualdades naturais” (*ibidem*, p. 50 e nota 28)

O Estado Moderno começou a surgir de maneira progressiva a partir do século XIV, como uma forma de dominação política. Distinguiu-se do “feudalismo” porque, em primeiro lugar, instituiu-se a separação entre o que era público e o que era de natureza privada. Começaram a surgir os interesses do Estado e os interesses do povo. Posteriormente, ocorreu a separação entre o poder político e o poder econômico (posse dos meios de produção), os quais estavam fundidos no antigo sistema feudal. Outro elemento distintivo do Estado Moderno foi a separação das esferas do poder, antes concentradas nas mãos do monarca absolutista.

No século XVIII, com a evolução do movimento humanista em reação aos abusos do absolutismo, ocorreram as transformações sócio-econômicas que irão marcar definitivamente o pensamento político-filosófico ocidental, proporcionando condições para o surgimento do Estado Moderno. Diante da vastidão de conteúdo que pode conter o estudo desse momento histórico, é necessário limitar a análise da evolução histórica às bases filosóficas que lhe deram sustentação, posto que não é esse o objeto principal a ser, aqui, estudado.

Logicamente, o Estado Moderno não nasceu da noite para o dia, mas originou-se, sim, de um processo evolutivo gradual que foi buscar nos filósofos modernos a sua base de sustentação.

A metáfora do contrato social ganha força na era moderna, reforçada pelas teorias sustentadas por grandes pensadores e filósofos, como Hobbes, Locke e Rousseau. Analisaremos, a seguir, as bases da teoria contratualista sustentada pelos filósofos referidos, buscando demonstrar a racionalidade prevalente à época.

1.3.1 - Thomas Hobbes

O Estado, na visão de Thomas Hobbes, conforme encontramos na sua obra "O Leviatã", de 1650⁶², deveria ser administrado por uma única autoridade. Segundo

⁶² Hobbes, Thomas. Leviatã, Coleção Obra Prima de Cada Autor, São Paulo, 2004, Ed. Martin Claret

ele, esta autoridade deveria ser absoluta⁶³ para que houvesse um controle sobre os atos da sociedade. Hobbes vê a sociedade como em constante e permanente ameaça de mergulhar em guerra civil, numa “guerra de todos contra todos”, uma vez que o “homem é o lobo do homem”.

Por que o homem vive em sociedade? Segundo os tratados dos antigos moralistas, isso seria devido à existência de um “objetivo final” ao qual o ser humano, inevitavelmente, tenderia. Este fim seria o “bem supremo” capaz de saciar plenamente o desejo humano. Hobbes contradizia o pensamento então corrente, refutando que o homem persiga um objetivo final ou um bem supremo. Segundo citado autor, visto desde o “estado de natureza”, o homem é um ser dotado de paixões descontroladas que jamais se completam. Se não existe uma meta no desejo humano, nem um impulso na sua natureza que faz buscar a companhia do outro, o que, então, o leva a se associar? Segundo Hobbes, a origem das sociedades amplas e duradouras não foi a boa vontade de uns para com os outros, mas o medo recíproco.

Segundo Hobbes, a existência humana fora do Estado aconteceria em constante estado de luta. Essa guerra constante de todos contra todos encontraria sua razão de existir no chamado “estado de natureza” do homem. Para os antigos filósofos, os primeiros homens eram animalizados, verdadeiras feras.

A fim de se ver este estado de natureza transcendido, de forma a fazer com que o homem superasse sua bestialidade primitiva e assim alcançasse a sociedade civilizada, seria necessário que todos os homens, através de um contrato social, concordassem em transferir suas liberdades naturais para um só homem, no caso o Rei. Somente o monarca teria o poder de vida e de morte, poder de usar da violência se fosse preciso, na tentativa de refrear as paixões primitivas nascidas do estado de natureza do homem.

Eis a justificativa encontrada para o absolutismo, onde o soberano não está obrigado a dar satisfações de sua gestão, não estando também submetido a qualquer lei social. Ou seja, o soberano absoluto é a própria fonte legisladora. O súdito lhe deve total obediência e o monarca deve concentrar todos os poderes em suas mãos, poderes completos que lhe permitam impor sua vontade sobre todos com a finalidade

⁶³ Hobbes compara a figura do Estado, representado pelo monarca, com a do “Leviatã”, monstro bíblico citado no Livro de Jó, 40-41, muito poderoso, que não nutria qualquer espécie de medo e que possuía um coração de pedra.

do bem geral da comunidade. Hobbes justifica que não deve existir direito à vida, à liberdade e nem à propriedade, sendo estes direitos garantidos apenas pelo monarca. Para o filósofo inglês, aquele que se rebela contra a autoridade absoluta do soberano está tentando regredir ao reino animal, ao antigo estado de natureza, onde sempre reina a violência aberta.

O maior desejo do homem é assegurar sua sobrevivência e Thomas Hobbes atribuiu a este desejo o nome de instinto de conservação e neste estado natural a vida está em constante ameaça. Por causa deste instinto de conservação, os homens devem ser guiados pela razão para pactuarem entre si: "(...) a condição preliminar para obter a paz é o acordo de todos para sair do estado de natureza e para instituir uma situação tal que permita a cada um seguir os ditames da razão, com a segurança de que outros farão o mesmo."⁶⁴

O estado de natureza é, segundo Hobbes, intolerável, já que não assegura ao homem a obtenção da verdadeira realização pessoal. A razão é quem deve guiar o homem e esta deve ser exposta em uma série de regras, que têm por finalidade tornar possível a coexistência pacífica.⁶⁵

Para Hobbes, a função do Estado é a de garantir a paz civil, pois eis que se encontra acima dos homens, como beneficiário dos direitos dos cidadãos⁶⁶. Assim, o Direito nada mais é do que o fruto da vontade e dos interesses racionais de quem detém o Poder, em face das necessidades do Estado de manter a paz e a estabilidade social. Assim, Hobbes concebe o Direito como um elemento a ser manipulado pelo soberano com a finalidade de preservar a paz social.

Pelo pacto, cada indivíduo reconhece-se como sendo o autor legítimo de todos os atos do soberano, que passa a ser aquele que age em nome dos súditos. Só que, uma vez autorizado, o Estado é livre para decidir em nome dos interesses do autor. Dessa forma, não há noção de totalidade, de povo, de vontade geral.

Afirma Hobbes que o soberano, por não ter participado do pacto, não tem nenhum compromisso com o pacto. Mas, sendo uma pessoa artificial, não deverá

⁶⁴ BOBBIO, Norberto. Thomas Hobbes. Rio de Janeiro, Campus, 1991, p. 40.

⁶⁵ Não se encontra em Hobbes qualquer referência quanto à célula familiar, a família alargada, e muito menos aos corpos intermédios existentes entre o Estado e o indivíduo

⁶⁶ Hobbes, Thomas. Do Cidadão, Coleção Obra Prima de Cada Autor, São Paulo, 2004, Ed. Martin Claret

manifestar as mesmas falhas dos homens naturais, sendo que a sua função é fazer valer as leis da natureza, consistentes em garantir a paz e a segurança dos súditos.

Hobbes não pregava os direitos individuais, pois defendia a submissão total do indivíduo à autoridade estatal, para escapar do caos que imperava no estado de natureza. O bem supremo é a vida, e o Estado aparece como a única instituição capaz de preservá-la, uma vez que uma de suas finalidades é manter a segurança de seus integrantes. Do Estado, os indivíduos não esperam a felicidade, mas a paz, essa sim condição para obtenção da felicidade.

Desse raciocínio resulta que justiça e propriedade só podem existir na sociedade política, pois é o poder soberano – o próprio Estado - que atribui a cada homem o que ele considera compatível com a equidade e o bem comum.

Wolkmer, transcrevendo Miguel Reale, afirma que é no conteúdo teórico da obra de Hobbes que se devem procurar os primeiros elementos da doutrina que reduziu o direito ao Direito Positivo e, mais ainda, o direito como uma criação, única e exclusiva, do Estado. Nas suas palavras,

Pode-se afirmar que Hobbes não só é um dos fundadores do moderno Estado Absolutista, como, sobretudo, o principal teórico da formação do monismo jurídico ocidental, ou seja, um dos primeiros a identificar o Direito com o Direito do soberano e, igualmente, o Direito Estatal com o Direito Legislativo. Esse tema fica claramente exposto no *Leviatã*, no capítulo dedicado às leis civis, em cujo texto define que toda lei consiste na declaração ou manifestação da vontade de quem ordena. Toda lei é uma ordem que não pode ser contrária à razão. Hobbes, ao distinguir a lei civil, que é escrita, da lei natural, que não é escrita, proclama, entretanto, que `todas as leis escritas ou não, recebem toda sua força e autoridade da vontade do Estado'.⁶⁷

Inegável a importância da construção teórica de Hobbes para o Estado Contemporâneo, especialmente diante das regras do chamado Estado Liberal, que veio em oposição ao Estado Absolutista/totalitário idealizado por ele.

1.3.2 - John Locke

⁶⁷

Autor citado, *Pluralismo Jurídico*, São Paulo, 1997, Ed. Alfa-ômega, p.44

O ponto de partida de Locke⁶⁸ é o mesmo de Hobbes isto é, o "estado de natureza" seguido de um "contrato" entre os homens, que criou a sociedade e o governo civil. Mas, Locke chega a conclusões opostas às de Hobbes, pois sustenta que, mesmo no estado de natureza, o homem é dotado de razão. Dessa forma, cada indivíduo pode conservar sua liberdade pessoal e gozar do fruto de seu trabalho. Entretanto, nesse estado natural faltam leis estabelecidas e aprovadas por todos e um poder capaz de fazer cumprir essas leis. Os indivíduos, então, consentem em abrir mão de uma parte de seus direitos individuais, concedendo ao Estado a faculdade de julgar, punir e fazer a defesa externa.

Em sua teoria encontram-se as primeiras raízes do estado democrático, baseado na vontade de todos e na legitimidade, pois na teoria de Locke, a passagem do estado de natureza para o social era possível, porquanto, ao primeiro faltava a certeza e a regularidade da defesa e da punição, que existe no segundo, graças à autoridade do superior. Locke, porém, só admitia tal passagem se fosse em decorrência do consentimento dos homens e jamais em decorrência de uma conquista pela força, uma vez que, se todos os homens são igualmente livres, iguais e independentes, nenhum pode ser tirado desse estado e submetido ao poder político de outrem, sem o seu próprio consentimento.

Exatamente essa a base do contratualismo sustentado por Locke, segundo o qual o homem pode decidir, com outros homens, em agregar-se e unir-se em sociedade, tendo em vista a conservação, segurança mútua, tranqüilidade da vida, gozo sereno do que lhes cabe na propriedade e melhor proteção contra os insultos daqueles que desejariam prejudicá-los e fazer-lhes mal. Entretanto, estipulando este contrato social, os indivíduos não renunciam a todos os direitos, porquanto os direitos que constituem a natureza humana (vida, liberdade, bens), são inalienáveis; mas renunciam unicamente ao direito de defesa e de fazer justiça, para conseguir que os direitos inalienáveis sejam garantidos. Entretanto, Locke também afirma que se a autoridade pública, a quem foi confiada a tarefa de a todos proteger, abusar de seu poder, o povo tem o direito de romper o contrato e recuperar a sua soberania original. Assim Locke defendia o direito do povo em se sublevar contra o governo e justificava a derrubada e a substituição de um soberano legítimo por outro. A doutrina política de

⁶⁸ Locke, John. Segundo tratado Sobre o Governo, Coleção Obra Prima de Cada Autor, São Paulo, 2004, Ed. Martin Claret

Locke é a expressão teórica do constitucionalismo liberal inglês, em contraste com a doutrina do absolutismo naturalista de Hobbes.⁶⁹

Locke defendia, também, a separação dos poderes, ao afirmar que deveriam estar em mãos diferentes os poderes Legislativo e o Executivo, para que não ocorressem abusos. Não obstante entender que o poder Legislativo constituía poder superior ao Poder Executivo, Locke também sustentava que todos encontrariam seus limites aos direitos naturais dos cidadãos.

Ao sustentar também o direito do povo à sublevação, fez a justificativa da Revolução Gloriosa de 1688, que derrubou Jaime II e consolidou a vitória do Parlamento sobre o Rei.

De acordo com o cientista político Norberto Bobbio,

Locke passou para a História, - justamente como o teórico da monarquia constitucional -, um sistema político baseado, ao mesmo tempo, na dupla distinção entre as duas partes do poder, o parlamento e o rei, e entre as duas funções do Estado, a legislativa e a executiva, bem como na correspondência quase perfeita entre essas duas distinções - o poder legislativo emana do povo representado no parlamento; o poder executivo é delegado ao rei pelo parlamento.⁷⁰

Para Locke, a lei civil deriva da lei natural, racional, moral, em virtude da qual todos os homens - como seres racionais - são livres, iguais, têm direito à vida e à propriedade; e, entretanto na vida política, não podem renunciar a estes direitos, sem renunciar à própria dignidade, à natureza humana. Locke admite um originário estado de natureza antes do estado civilizado. Não, porém, no sentido brutal e egoísta de

⁶⁹Locke apresenta sua teoria acerca do Estado moderno e do governo civil na obra Segundo Tratado Sobre o Governo, datada de 1690. Para Eduardo Appio, "sua concepção acerca do governo civil deriva da premissa que reafirma o direito natural de igualdade entre os homens, a concentração de poderes no monarca absoluto seria, portanto, infundada. Locke é egresso da burguesia, motivo pelo qual empresta grande importância à liberdade individual, especialmente traduzida pelo direito natural de proteção do próprio patrimônio" Appio transcreve trechos da obra de Locke, que afirmam que "a liberdade do homem na sociedade não deve ficar sob qualquer outro poder legislativo senão o que se estabelece por consentimento na comunidade, nem sob domínio de qualquer vontade ou restrição de qualquer lei senão o que esse poder legislativo promulgar de acordo com o crédito que lhe concedem". Também retirado da obra de Locke a afirmação de que "nos governos, as leis regulam o direito de propriedade, e Constituições positivas determinam a posse da terra", o que evidencia a origem burguesa do autor inglês (Locke, John. Segundo tratado sobre o Governo. Tradução de E.Jacy Monteiro. São Paulo: Abril, 1978. Coleção Os Pensadores, apud Appio, Eduardo. Teoria Geral do Estado e da Constituição, Curitiba: 2005, Juruá, p. 38).

inimizade universal, como dizia Hobbes, mas em um sentido moral, em virtude do qual cada um sente o dever racional de respeitar, nos outros, a mesma personalidade que nele se encontra.

Em estudo sobre a teoria de Locke, afirma Eduardo Appio que:

Ao analisar a constituição da sociedade política ou civil, o autor {Locke} fundamenta o princípio da obrigatoriedade da observância das leis no fato de que o indivíduo, ao sair do “estado da natureza” por obra e força da razão humana, abdica de parcela de sua liberdade, em prol do ingresso em uma comunidade política onde sua liberdade de não ser molestado indevidamente seja respeitada; o Estado civil deveria ter por finalidade assegurar a liberdade individual.⁷¹

Como se vê, Locke acreditava que a origem do Estado estava na necessidade do homem evoluir do estado de natureza (estado de guerra) para um outro estado, um estado agora orientado pelo Direito, um estado civil onde a vítima de um ato de terceiros violador de seu direito pudesse buscar a reparação da injustiça junto ao poder estatal.

1.3.3 - Jean-Jacques Rousseau

Assim como Hobbes, Rousseau constrói uma hipótese de estado de natureza e estado civil, mas considera o “estado de guerra” hobbesiano presente na sociedade civil. O estado de natureza é apresentado como um momento de ampla felicidade humana, onde os seres humanos não tinham a necessidade de se relacionarem e não havia desigualdade.⁷² Este modo de vida, hipoteticamente construído para justificar

⁷⁰ Bobbio, Norberto. A Teoria das formas de Governo. Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1980, p.105).

⁷¹ Op.cit., *idem*, p. 39

⁷² O objeto primordial do Contrato Social está em assentar as bases sobre as quais legitimamente se possa efetuar a passagem da liberdade natural à liberdade convencional, como mais adiante se verá. A teoria sustentada por Hobbes tem importantes pontos de contato com a teoria de Rousseau manifestada na obra Do Contrato Social, podendo mesmo ser tido como seu direto inspirador no respeitante ao conceito de uma natureza humana primária e fundamental, considerada à margem das informações trazidas pela vida em sociedade. Não obstante, como Hobbes conclui afirmando que o poder se funda no medo e na força, Rousseau insiste em repudiar explicitamente sua concepção política. A concepção

sua proposta de República, teria sido destruído com a instituição da propriedade privada e das leis. É na sociedade das instituições civis que reside a crítica rousseaiana e o fundamento de sua teoria política. Entretanto, se com a razão o ser humano construiu uma civilização corrompida, é com a capacidade racional que a humanidade deverá encontrar suas soluções.

Sendo as convenções a fonte de toda forma de direito, é através do pacto social que as pessoas podem conquistar sua liberdade. A liberdade em Rousseau é positiva, enquanto emancipação humana na conquista de autonomia, portanto, oposta à liberdade negativa dos liberais, que se sustenta na “não-intervenção” do Estado, para estimular a livre iniciativa ou a liberdade individual.

Para Rousseau, a instituição pública, criada com o pacto social é a única garantia da liberdade humana. A liberdade individual só existe com a liberdade coletiva, ou seja, sem a existência de uma convenção, construída pelos indivíduos para estabelecer os seus direitos, estes não existiriam e uns poderiam se apoderar dos outros. Esta teoria política baseia-se na possibilidade dos seres humanos regerem coletivamente sua própria convivência que, de maneira geral, é entendida como superação de toda arbitrariedade, no momento em que o ser humano se submete a uma lei erguida por ele acima de si mesmo.

A fundamentação do Estado criado por Rousseau é a vontade geral, que surge do conflito entre as vontades particulares de todos os cidadãos. Como existe uma tendência humana em defender os interesses privados acima da vontade coletiva, a assembleia, enquanto um processo de decisão, é o espaço da destruição das vontades particulares em proveito do interesse comum. Isto é diferente da vontade de todos, que seria apenas a soma dos interesses particulares dos cidadãos. Há, às vezes, diferença entre a vontade de todos e a vontade geral: esta só atende ao interesse comum, enquanto a outra olha o interesse privado, e não é senão uma soma das vontades particulares. Porém, tirando estas mesmas vontades, que se destroem entre si, resta como soma dessas diferenças a vontade geral.

A vontade geral é, portanto, a soma das diferenças das vontades particulares e não o conjunto das próprias vontades privadas. Percebe-se que a existência de

política de Rousseau, como todo pensamento liberal, é tramada contra o absolutismo, mas ultrapassa o elitismo de Locke e propõe uma visão mais democrática do poder. Encontramos tais fundamentos teóricos às páginas 56 e 135/137 da sua obra “Do contrato social” (Coleção Os Pensadores).

interesses particulares conflituosos entre si é a essência da vontade geral no corpo político, o que confere à política uma condição de arte construtora do interesse comum.

Conhecer o homem natural exige um esforço quase sobre-humano, pois existimos na sociedade civil e, por isso, não podemos mais ter contato com ele. Como, então, ter acesso a ele? O caminho que Rousseau indica é: se quisermos conhecer o homem tal como é por natureza, devemos despojá-lo de todas as qualidades relacionadas com a vida em sociedade. Procedendo dessa maneira, o que podemos dizer acerca da natureza do homem?

Em princípio, diz Rousseau, somente podemos dizer que é um animal como outros animais. É ocioso por natureza e só se agita para satisfazer suas necessidades naturais. Possui apenas duas paixões fundamentais: a) o desejo de buscar seu próprio bem-estar e a conservação de si mesmo; b) a repugnância em ver perecer ou sofrer outros seres da sua espécie. Consideradas as coisas desta maneira, pode-se dizer que todos os homens são independentes e iguais por natureza. Do estado natural do homem não se pode derivar qualquer direito de um homem para governar os demais.

Para Rousseau, existem duas características que distinguem o homem dos outros animais: a liberdade da vontade e a perfectibilidade. O homem tem consciência de seu poder e é o único capaz de melhorar gradativamente e de transmitir esta melhora a toda a espécie. Com base nestas duas características fundamentais, pode-se dizer que o homem natural se distingue por não ter praticamente nenhuma natureza, sendo pura potencialidade. Não há fins, mas tão somente possibilidades.

O homem natural é, pois, um animal ocioso que se compraz na sensação de sua própria existência; que se preocupa com sua conservação e se compadece dos sofrimentos de seus semelhantes; é livre e perfectível. Quando Rousseau descreve o estado natural do homem como um estado de bondade pura, não pretende apresentar nenhuma tese histórica. Rousseau tem plena consciência disso, pois observa tratar-se de um estado que não mais existe, que talvez nunca tenha existido, que provavelmente não existirá jamais e do qual deve-se, contudo, ter noções corretas para bem julgar de nosso estado presente. Não quer afirmar, portanto, que a existência dos povos naturais decorreria em plena harmonia de vida. Muito pelo contrário, Rousseau pretende deduzir da idéia da bondade original um apelo ao homem para que ele a realize em sua existência concreta, presente. E isso não apenas na vida individual, mas também, e principalmente, na vida em sociedade.

Não é possível, ensina Rousseau, conservar em sociedade a mesma condição do estado natural. A desnaturação gesta um novo homem, que passa a *viver com* os outros e, nessa nova condição, sofrerá mudanças, virtualmente possíveis em seu estado natural. Serão benéficas se favorecerem a conservação da integridade de sua natureza. Na base dessas mudanças está a necessidade primária de criação de um artifício, o espírito social, assentado sobre uma condição existencial básica. Que condição é essa? Que idéia a traduz? Para Rousseau, a resposta está na condição do homem ao mesmo tempo “integrado” (súdito) e “integrante” (cidadão), sendo que a idéia que a traduz é a de *ser parte* de uma sociedade mediante o contrato social.

Assim como seus antecessores Hobbes e Locke, Rousseau procurou resolver a questão da legitimidade do poder fundado no contrato social. O fez de uma forma inovadora na medida em que distinguiu os conceitos de soberano e governo. Rousseau criou a hipótese dos homens em estado de natureza, vivendo sadios, bons e felizes enquanto cuidam da própria sobrevivência, até o momento em que é criada a propriedade e uns passam a trabalhar para outros, gerando escravidão e miséria. Para Rousseau a sociedade é uma prisão, pois antes de existir o Estado formado, existia esse estado de natureza em que o homem vive em perfeita harmonia (todos iguais). Segundo ele quando os homens se aglomeram para viver em sociedade, formam o Estado.

Através do Estado surgem as desigualdades, que fazem a diferença entre ricos e pobres, poderosos e fracos, o senhor e o escravo e a predominância do mais forte. Assim o homem que surge da desigualdade é corrompido pelo poder e esmagado pela violência.

Se quisermos saber no que consiste, precisamente, o maior de todos os bens, qual deva ser a finalidade de todos os sistemas de legislação, verificar-se-á que se resume nestes dois objetivos principais: a liberdade e a igualdade. A liberdade, porque qualquer dependência particular corresponde a outro tanto de força tomada ao corpo do Estado, e a igualdade, porque a liberdade não pode subsistir sem ela.⁷³

⁷³ Rousseau, Jean-Jacques. Do Contrato Social. Coleção Nova Cultural, Os Pensadores II, São Paulo, 2005, p. 127

Rousseau preconiza, portanto, a democracia direta ou participativa, mantida por meio de assembleias freqüentes de todos os cidadãos. O soberano, sendo o povo incorporado, dita a vontade geral, cuja expressão é a lei.

Os aspectos avançados do pensamento de Rousseau estão no fato de denunciar a violência daqueles que abusam do poder conferido pela propriedade, bem como por ter desenvolvido uma concepção mais democrática de poder, baseada na soberania popular e na vontade geral, que seriam interesses comuns de uma nação.

Rousseau pensava na igualdade através da política, ao invés da economia integrada. Como já falado, pensava na vontade geral, soberania popular, governo da maioria e na democracia direta ou com representação.

O corpo político tem os mesmos móveis. Distinguem-se nele a força e a vontade, esta sob o nome de poder legislativo e aquela, de poder executivo.

Vimos que o poder legislativo pertence ao povo e não pode pertencer senão a ele. Fácil é ver, pelo contrário, baseando-se nos princípios acima estabelecidos, que o poder executivo não pode pertencer a generalidade como legisladora ou soberana, porque esse poder só consiste em atos particulares que não são absolutamente de alçada da Lei, nem consequentemente da do soberano, cujos atos só podem ser leis.

Que será, pois, o Governo? É um corpo intermediário estabelecido entre os súditos e o soberano para sua mútua correspondência, encarregado da execução das leis e da manutenção da liberdade, tanto civil como política. Chamô, pois, de Governo ou administração suprema o exercício legítimo do poder executivo, e de príncipe ou magistrado o homem ou o corpo encarregado dessa administração.⁷⁴

Rousseau segue, em sua obra, tratando das diferentes atribuições do Poder Executivo e do Poder Legislativo como atributos da verdadeira democracia. Afirma o filósofo que:

Aquele que faz a lei sabe, melhor do que ninguém, como deve ser ela posta em execução e interpretada. Parece, pois, que não se poderia ter uma constituição melhor do que aquela em que o poder executivo estivesse jungido ao legislativo. No entanto, justamente isso torna o Governo insuficiente em certos aspectos, porque as coisas que devem ser distinguidas não o são, porque o príncipe e o soberano, não sendo senão a mesma pessoa, formam por assim dizer um Governo sem Governo. Não será bom que aquele que faz as leis execute, nem que o corpo do povo desvie sua atenção dos desígnios

⁷⁴

Rousseau, *ibidem*, p. 135/137)

gerais para emprestá-la aos objetivos particulares. Interpretar e executar são as duas faces da aplicação da lei, função precípua do executivo.⁷⁵

A Revolução Francesa e grande parte dos revolucionários da época traziam em seus ideais o pensamento político de Rousseau. O Contrato Social - o modo de funcionamento da engrenagem política e as condições de sua legitimidade - transformou-se num manual prático de política, que informou, sem sombra de dúvida, o Estado Moderno e Contemporâneo.

1.3.4 - Nicolau Maquiavel

Não obstante Maquiavel não ser visto como um dos filósofos que deram sustentação à teoria contratualista, sua teoria política lançada na sua principal obra, O Príncipe, tem papel de extrema relevância na configuração do Estado Moderno e Contemporâneo, pois traz regras de comportamento que passam a influenciar os grandes estadistas a partir de então, vez que sustenta a necessidade de um monarca que governe com punho de ferro e que defenda seu povo, sem escrúpulos e sem medir esforços. Além disso, o filósofo expressa nitidamente o seu desejo de ver a Itália poderosa e unificada, uma vez que, com as invasões bárbaras, o antigo império desmoronou e se esfacelou em pequenos feudos. Segundo Maquiavel, um príncipe não deve hesitar, mesmo que diante da crueldade ou da trapaça, se o que estiver em jogo for a integridade nacional e o bem do seu povo.

A obra-prima de Maquiavel pode ser considerada um guia de conselhos para governantes. O tema central do livro é o de que para permanecer no poder, o líder deve estar disposto a desrespeitar qualquer consideração moral e recorrer inteiramente à força e ao poder. Reconhece o filósofo que um país deve ser

⁷⁵

Idem, ibidem, p. 149.

militarmente forte e afirma a “(...) necessidade de um príncipe estabelecer alicerces sólidos; sem isso, sua ruína é certa. E os principais fundamentos dos Estados, sejam eles novos, velhos ou mistos, são boas as leis e boas as armas”⁷⁶ (grifo nosso). Completa seu pensamento reconhecendo que um exército pode confiar somente nos cidadãos de seu país, posto que um exército que dependia de mercenários estrangeiros era fraco e vulnerável.⁷⁷

Em suas considerações filosóficas, Maquiavel afirma que um líder vitorioso deve buscar o apoio de seu povo⁷⁸ e, para a surpresa de muitos, o autor explicou que ao assumir o poder, o príncipe deve cometer todas as crueldades de uma só vez, para não ter que voltar a elas todos os dias e que os benefícios devem ser oferecidos gradualmente, para que possam ser melhor apreciados por aqueles que os recebem.⁷⁹ Acrescenta que “os homens, ao receber benefícios daquele de quem só aguardavam o mal, obrigam-se mais para com o benfeitor, fazem-se seu amigo mais depressa do que se o príncipe tivesse ascendido ao trono por favor seu.”⁸⁰ Ensinou, também, que para obter sucesso, um líder deve estar cercado por ministros leais, competentes e confiáveis.

Um dos temas mais importantes da obra de Maquiavel é o debate sobre a dúvida de que é preferível que um líder seja amado ou temido pelos seus súditos. Maquiavel responde que é importante ser amado e temido, porém, é melhor ser temido que amado, não obstante o príncipe dever se preocupar em nunca ser odiado. Ele explica que o amor é um sentimento volúvel e inconstante, já que as pessoas são naturalmente egoístas e podem freqüentemente mudar sua lealdade. Porém, o medo de ser punido é um sentimento que não pode ser modificado ou ignorado tão facilmente. Afirma o filósofo que “um príncipe sábio, amando os homens como desejam eles serem amados, e sendo temidos pelos homens como deseja ele ser temido, deve ter como base aquilo que é seu, não dos outros. Enfim, deve somente procurar evitar ser odiado, como ficou dito.”⁸¹

⁷⁶ *Idem*, Coleção Obra Prima de Cada Autor, São Paulo, 2004, Ed. Martin Claret, p. 85

⁷⁷ *Idem* p. 89

⁷⁸ *Idem*, p.53

⁷⁹ *Idem*, p. 70

⁸⁰ *Idem*, p. 75

⁸¹ Autor e obra citados, p. 108 e 129.

Maquiavel também afirma que, se necessário, um governante deve mentir e trapacear. O autor declara que é melhor para um líder caluniar do que agir de acordo com suas promessas, se estas forem resultar em conseqüências adversas para sua administração e seus interesses. Da mesma forma que Maquiavel acreditava que os líderes deveriam ser falsos quando preciso, ele os aconselhava a ficarem atentos em relação às promessas de outros: eles também podem estar mentindo caso seja de interesse deles.

O filósofo moderno foi muito criticado pelas idéias que defendeu em “O Príncipe”. Contudo, é importante ressaltar que ele preferia uma república à ditadura. Tinha uma preocupação com a fraqueza militar e política da Itália, e desejava ver um governante forte que unificasse o país e expulsasse os invasores estrangeiros que estavam devastando a Itália. Por um lado, Maquiavel era defensor de táticas severas e cínicas, por outro, ele era um patriota idealista.

Poucos filósofos políticos foram tão condenados quanto Maquiavel. Seu nome virou sinônimo, inclusive na língua portuguesa, de duplicidade e manipulação: “maquiavélico”. As idéias de Nicolau Maquiavel podem não ter sido morais, mas foram certamente influentes. O próprio Maquiavel declarou que elas não eram originais: seus conselhos já haviam sido adotados na prática por diversos governantes bem-sucedidos.

“O Príncipe” tornou-se notório após ter sido lido por diversos vilões da história. Benito Mussolini, o líder fascista italiano durante a Segunda Guerra Mundial, um homem que trouxe muita destruição para seu país, elogiou publicamente o livro. Dizem que Napoleão Bonaparte dormia com um exemplar do livro sob seu travesseiro. No entanto, deve-se lembrar que Maquiavel apenas apresentou, e não criou, a realidade amoral da política.

Maquiavel acreditava na capacidade humana de determinar seu próprio destino. Para ele, os fins justificavam os meios: um governante deveria fazer qualquer coisa para atingir seus objetivos. Ao escrever “O Príncipe”, Maquiavel desejava guiar os governantes, alertando-os sobre as armadilhas da selva política. Seu livro é um manual de auto-preservação para líderes mundiais.

Maquiavel foi o primeiro a discutir a política e os fenômenos sociais nos seus próprios termos sem recurso à ética.

Ao final dos seus estudos, Maquiavel conclui sua teoria afirmando que

é melhor ser impetuoso do que prudente, porque a fortuna é mulher e, para ter-lhe o domínio, mister se faz bater nela e contrariá-la. E costuma-se reconhecer que a mulher se deixa subjugar mais por estes do que por aqueles que agem de maneira indiferente. A fortuna, como mulher, é sempre amiga dos jovens, pois são menos circunspectos, mais impetuosos e com maior audácia a dominam.⁸²

Para Maquiavel, a política era uma única coisa: *conquistar e manter o poder ou a autoridade*. Todo o resto - a religião, a moral, etc. - que era associado à política nada tinha a ver com este aspecto fundamental - tirando os casos em que a moral e a religião ajudassem à conquista e à manutenção do poder.

1.4 – Definição, Justificação e finalidade do Estado

Para Tarso Cabral Violin,

Estado é uma nação politicamente e juridicamente organizada, uma pessoa jurídica de direito público interno, com soberania, em determinado território, composta pelo povo e regida pelo governo, com o seu poder político. E a Administração Pública é o aparelho do qual o Estado se utiliza para a consecução dos objetivos do governo.⁸³

Segundo ensinamento de Bastos, o termo Estado deriva do latim “status”, que significa: estado, posição e ordem. Em seu sentido ontológico Estado⁸⁴ significa um

⁸² *Idem*, p. 146

⁸³ VIOLIN, UMA ANÁLISE CRÍTICA DO IDEÁRIO DO "TERCEIRO SETOR" NO CONTEXTO NEOLIBERAL E AS ARCERIAS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SOCIEDADE CIVIL ORGANIZADA NO BRASIL Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção de grau de Mestre, pelo Curso de Pós- Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho, site, <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/2920/1/DISSERTA%3F%3FO+UFPR+TARSO+BANCA+pdf.pdf/em> 28.04.2006.

⁸⁴ Em caráter oficial, o Estado é denominado no idioma inglês “ Britain”. A expressão Grã-Bretanha foi adotada após o ano de 1706. O Reino Unido da Grã-Bretanha se compõe de quatro povos: ingleses, gauleses, escoceses e irlandeses do Norte. O Eire ou República da Irlanda adquiriu independência do Reino Unido da Grã-Bretanha, no ano de 1922. O Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte localiza-se em duas grandes Ilhas, no Mar do Norte. A Ilha Maior compreende a Inglaterra, Capital, Londres; a Escócia, Capital Edimburgo; Gales, Capital Cardiff. Na Ilha Menor acha-se a Irlanda do Norte, cuja Capital é Belfast. In FINNER, Samuel Edward. Governo Comparado. Trad.Sérgio Duarte. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1981 533 p..

organismo próprio dotado de funções próprias, ou seja, o modo de ser da sociedade politicamente organizada, uma das formas de manifestação do poder”⁸⁵.

Bastos segue explicando que várias são as teorias que tentam explicar a origem do Estado, mas invariavelmente todas são passíveis de críticas, tanto quanto em relação às suas premissas quanto às suas conclusões. Isso porque todas as teorias são baseadas em meras hipóteses, que não podem ser comprovadas pela história através da reconstituição dos meios de vida que se desenvolviam já nas primeiras associações humanas. A embasar tal afirmação, devemos ter em mente que o homem surgiu na face da terra há cerca de cem mil anos, enquanto que os mais antigos elementos históricos que dispomos remontam apenas a seis mil anos.

Oportuno nesse ponto, portanto, considerar a afirmação de Bastos, no sentido de que três aspectos devem ser analisados considerados quando se estuda a origem do Estado, sendo eles:

a) o aspecto sociológico que diz respeito à verificação dos elementos constitutivos das primitivas sociedades políticas criadas pelo homem; b) o aspecto histórico que encara o Estado como um fato social em permanente evolução, é dizer, como um produto social decorrente da própria evolução da sociedade; c) o aspecto doutrinário que analisa o Estado do ponto de vista filosófico⁸⁶.

Para Bastos, a justificação do Estado está na segurança social e jurídica que ele transmite. ⁸⁷ Com isso, não se está a afirmar que o Estado restringe-se a uma simples organização judicial ou mesmo que o seu papel é o de mero elaborador de uma legislação.

Ao contrário, está-se a dizer, nas palavras de Bemfica⁸⁸, citado por Bastos (2004, p. 60), que “o Estado se justifica na medida em que determinadas fases da divisão do trabalho e do intercâmbio social têm necessidade do Estado para a execução do direito como base de uma civilização.”

⁸⁵ *ibidem*. p. 51

⁸⁶ *ibidem*, p.55

⁸⁷ Bastos, Celso Ribeiro. Teoria do Estado e Ciência Política. 6ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor. 2004. p. 60

⁸⁸ BEMFICA, Francisco Vani. Curso de Teoria do Estado – Direito Constitucional I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 92

Em suma, segundo Bastos, “o Estado pode ser justificado em virtude da segurança jurídica que estabelece em razão de sua organização e da execução dos fins a que se propõe”.⁸⁹

Origem em causas econômicas ou patrimoniais. Foi a teoria de Marx e Engels a de maior repercussão entre aquelas que sustentam a origem do Estado por motivos econômicos. Esse pensamento de ambos encontra-se muito claro na obra ‘A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado’, em capítulo em que trata da *gens* grega, sendo que depois de se referir à deterioração da convivência harmônica, tendo como causas a acumulação e a diferenciação das riquezas, e outros males conseqüentes, chegam à seguinte conclusão:

faltava apenas uma coisa: uma instituição que não só assegurasse as novas riquezas individuais contra as tradições comunistas da constituição gentílica; que não só consagrasse a propriedade privada, antes tão pouco estimada, e fizesse dessa consagração santificadora o objetivo mais elevado da comunidade humana, mas também imprimisse o selo geral do reconhecimento da sociedade às novas formas de aquisição da propriedade, que se desenvolviam umas sobre as outras – a acumulação, portanto, cada vez mais acelerada das riquezas: uma instituição que, em uma palavra, não só perpetuasse a nascente divisão da sociedade em classes, mas também o direito de a classe possuidora explorar a não-possuidora e o domínio da primeira sobre a segunda. E essa instituição nasceu. Inventou-se o *Estado*.⁹⁰

Por seu turno, em conformidade com o que já vimos até aqui, é possível afirmar que a teoria do jusnaturalismo, surgida no final da Idade Média e início da Idade Moderna, objetivava desvincular os valores humanos da religião. Defendia a idéia de que o Estado encontra fundamento nas próprias exigências da natureza humana, e que há um direito natural que precede ao direito positivo. Para os jusnaturalistas os homens viviam em um estado de natureza que precedia o estado social, sendo que o Estado teria a sua origem na própria sociedade e na ordem regular das coisas, que com o seu desenvolvimento natural legitimou o poder como decorrência desse desenvolvimento. No direito natural os princípios que imperavam eram os de que ninguém deve prejudicar ninguém e que deve se dar a cada um o que

⁸⁹ Bastos, Celso Ribeiro. Teoria do Estado e Ciência Política. 6ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor. 2004. p. 60

⁹⁰ Dallari, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 54-56

é seu. Todavia essas regras por si só, não bastavam para manter a convivência pacífica dos membros da sociedade, sendo necessário a implementação de normas criadas pelo próprio homem para que a ordem e a segurança pudessem imperar dentro da sociedade.

Assim, o Estado nasce a partir do momento em que a sociedade se dá conta de que é possível se auto-administrar e que deve existir uma instituição capaz de realizar o bem comum e de proteger os direitos individuais de cada um de seus integrantes. Desse modo, o Estado é uma entidade de origem natural, uma realidade natural necessária, que consiste na busca da sociedade humana para encontrar a sua formação jurídica perfeita, o Estado perfeito.

Já a teoria do contratualismo, da mesma forma que os jusnaturalistas, leva seus defensores a entenderem que o homem partiu de um “estado de natureza” para um “estado social”. O contratualismo prevê que o Estado teve origem através da celebração de um pacto entre os homens, onde estes cedem parte de seus direitos individuais em prol do interesse coletivo. O pacto social justifica todo o seu poder no mútuo consentimento de todos os seus integrantes. O pacto social foi convencionado com base na razão e na inteligência humana, tendo como principal finalidade criar uma entidade personalizada forte e capaz de proteger os direitos individuais de cada um, além de realizar o bem comum.

Cabe observar que as doutrinas dos defensores do contratualismo, para as quais o Estado nasce de um contrato social, já foram tratadas anteriormente quando produzimos o estudo sobre o nascimento da sociedade, devendo o leitor, caso queira, retomar a leitura dos itens anteriores..

Com o estudo destas teorias, é possível afirmar que a existência do Estado justifica-se, fundamenta-se, na segurança jurídica e social que ele estabelece e oferece em razão de sua organização e na execução dos fins a que se propõe.

Diversas são as classificações acerca da finalidade do estado⁹¹, sendo que interessa, para os limites deste estudo, aquela que classifica os fins do Estado em fins objetivos e fins subjetivos⁹².

⁹¹ Segundo Dallari (Dallari, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 104/106), do ponto de vista do relacionamento do Estado com os indivíduos, e considerando ainda os limites das funções do Estado, há outras teorias que preconizam certos comportamentos do Estado em função dos objetivos a atingir, como sendo de fins **expansivos, limitados e relativos**. a) Fins **expansivos**: aqui se enquadram todas as doutrinas que acabam por dar grande amplitude aos fins do Estado, dando pelo seu crescimento desmesurado, ao ponto de anular o indivíduo,

a) *Fins objetivos*: A questão acerca dos fins objetivos do Estado prende-se à indagação acerca do papel do Estado no desenvolvimento da humanidade, subdividindo-se em duas vertentes: *fins objetivos universais* e *fins particulares objetivos*.

a.1) *Fins objetivos universais*: para esta teoria, todos os Estados criados pelas sociedades o foram, precipuamente, objetivando alcançar os fins comuns estipulados pelos seus membros. Essa doutrina ganhou grande impulso com o cristianismo, que, apesar de buscar os fins do Estado na teologia (ligando a figura do chefe do Estado às suas concepções religiosas), teve o mérito de conceber os fenômenos da História como o desenvolvimento de uma atividade que se propõe alcançar um objetivo, e não como uma mera ordem resultante da sucessão espontânea de fatos humanos.

A possibilidade de identificação das finalidades do Estado com o fim comum da sociedade que o instituiu foi negada com grande veemência pelas correntes

sendo exemplo a teoria Utilitária: quando indicam como bem supremo o máximo de desenvolvimento material, mesmo que para isso se obtenha o sacrifício da liberdade e de outros valores fundamentais da pessoa humana. A *idéia do Estado do bem-estar* é uma das expressões dessa linha de pensamento, sustentando a posição de que uma situação material bem favorável dará aos homens plena satisfação, desaparecendo as necessidades. Alguns adeptos dessa corrente chegam a confundir o Estado com o *bem comum*, dando a esta expressão o sentido de bem-estar material, diferentemente do *bem comum* conceituado pelo Papa João XXIII (*conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana*). Éticas: Estas teorias também levam ao totalitarismo, porque dão ao Estado a condição de fonte moral, não tolerando qualquer comportamento que não esteja de acordo com a moral oficial. O moralismo excessivo implica na supremacia da vontade dos governantes sobre a vontade do povo, na medida em que são eles, os governantes, que impõem as regras morais. B) Pela teoria dos fins limitados, reduz-se ao mínimo as atividades do Estado, não admitindo que ele tome iniciativas, sobretudo de ordem econômica. Para alguns adeptos dessa teoria, o Estado teria unicamente uma função de preservação da segurança, daí decorrendo a expressão Estado-polícia, para indicar que o Estado só deve agir para proteger a segurança dos indivíduos, em casos de ameaça externa e interna. Outra importante corrente dá ao Estado a função de proteger a liberdade individual, não admitindo que qualquer indivíduo sofra a mínima restrição em favor de outro indivíduo, da coletividade ou do Estado. É a linha do Estado-Liberal, inspirado em John Locke. Também há outra corrente teórica, dentro da teoria dos fins limitados, derivada das teorias contratualistas (já vistas nos tópicos anteriores), que preconiza que o Estado deve se limitar à mera aplicação do direito, isto porque, em virtude dos indivíduos, ao convencionarem a formação do Estado e, ao mesmo tempo, a criação de um governo, abrem mãos de certos direitos, mantendo, entretanto, a possibilidade de exercerem os poderes soberanos, de tal sorte que todas as leis continuam a ser emanção da vontade do povo. É o Estado de Direito. C) Para a teoria dos fins relativos, leva-se em consideração a necessidade de uma atitude nova dos indivíduos, no seu relacionamento recíproco, bem como na relação entre o Estado e os indivíduos. Essa teoria conta com o apoio de Jellinek, Groppali e Clóvis Beviláqua, e a idéia central dessa teoria é a solidariedade, razão pela qual lhe foi dada o nome de *teoria solidarista*. O primeiro posto a ressaltar nessa teoria é a de que fonte produtora da cultura geral de um povo reside nos indivíduos de uma sociedade e não no Estado, muito embora esse também produza efeitos sociais. As ações humanas são a expressão de uma solidariedade que existe no íntimo dos indivíduos, e só quando essa solidariedade se externa é que cai no círculo de atividades essenciais do Estado. Assim, pois o peculiar e próprio do Estado são as manifestações sistemáticas da vida solidária dos homens. Segundo as formas mais avançadas dessa teoria, não basta assegurar a todos a igualdade jurídica, no sentido da igualdade perante a lei, ou o gozo idêntico dos direitos civis e políticos, bem como da igual participação no ônus públicos. É indispensável, garantir a igualdade de todos os indivíduos dentro de uma sociedade.

evolucionistas, por volta do século XIX. Entre essas correntes evolucionistas, podemos citar a organicista, que gerou os primeiros Estados totalitários modernos.

A corrente organicista acreditava que o Estado era um fim em si mesmo. Na concepção dos organicistas, o Estado é o organismo responsável por toda a vida humana, sendo ele, o Estado, conseqüentemente, a fonte de todo o Direito. Assim, o indivíduo não tem personalidade por si mesmo, mas sim porque o Estado lhe concede, de onde se conclui que o indivíduo não tem direito contra o Estado, havendo uma nítida prevalência desse sobre aquele.

É o Estado o todo poderoso, instituição única capaz de manter a ordem e a paz entre os indivíduos, devendo, portanto, ser preservado a todo custo.

Pelo organicismo, o homem jamais nasceu em liberdade, já que desde seu berço, estaria o Estado e a sociedade a ampará-lo, protegê-lo e governá-lo, motivo ainda pelo qual deveria ser o Estado preservado a todo custo, já que seria a única instituição capaz de manter a ordem e a paz entre os indivíduos.

Foi a teoria organicista que, no passado, deu fundamento aos Estados Totalitários⁹³ Nazista e Fascista, respectivamente na Alemanha e Itália, nas décadas de 30 e 40 do século XX.

Cabe aqui ressaltar que tanto o fascismo como o nazismo surgiram como movimentos de dupla reação: contra a desintegração sócio-econômica do liberalismo decadente e contra a infiltração do comunismo internacionalista, sendo certo que, no caso do nazismo, outras duas finalidades integravam o Partido Nacional Socialista: desvencilhar a Alemanha das cláusulas asfixiantes do Tratado de Versalhes e impor a supremacia da raça ariana.

A fim de exemplificarmos melhor a fundamentação que a corrente organicista dá ao Estado Totalitário, podemos lembrar a célebre frase fascista: *Tudo dentro do Estado, nada fora do Estado, nada contra o Estado*. A esse extremismo monista Pio XI deu a denominação de *estatolatria* – endeusamento do Estado⁹⁴.

⁹³ A pensadora política Hannah Arendt tem extensa produção literária sobre o totalitarismo e os seus efeitos nefastos na história da humanidade, recomendando-se, para melhor entendimento da matéria, a leitura da sua obra "As origens do totalitarismo", trad. de Roberto Raposo, Int. de Celso Lafer, 2ª. ed., Rio de Janeiro, Documentário, 1979.

⁹⁴ MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado. 26ª ed., atual. Pelo Prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 142. A título de nota, cumpre assinalar que o Brasil, em 1937, assim como a Itália Fascista e a Alemanha Nazista, também teve o seu Estado Novo. Originou-se o Estado Novo de um

a.2) *Fins particulares objetivos*: para essa doutrina, cada Estado tinha um fim próprio, em razão de sua origem, nascimento, desenvolvimento, e elementos caracterizadores (povo, território e poder). Dessa forma, o fim estatal da antiga Roma seria a conquista, enquanto que o da Inglaterra seria a política da liberdade. Segundo Jellinek, essas teorias que aceitam *missões históricas do Estado*, acabam por confundir interesses dos Estados com seus fins, ou até mesmo de seus governos⁹⁵.

b) *Fins subjetivos do Estado*: seriam o produto da inter-relação entre o Estado e os interesses individuais da sua população. O Estado seria então uma instituição que concentra o poder em suas mãos e é formado pela união de diversos interesses individuais. Assim, o Estado teria em cada momento fins particulares para si e para seus membros, uma vez que o interesse estatal nada mais é do que a soma de interesses individuais. De fato, sendo a vida do Estado uma série ininterrupta de ações humanas, e estando estas sempre determinadas para um fim, os fins do Estado só poderiam, mesmo, ser a síntese dos fins individuais⁹⁶.

Hodiernamente, contudo, em grande parte dos países do mundo, é aceita a idéia geral de que a finalidade primeira do Estado é a realização do bem comum.

Nesse sentido são também as palavras de Dallari:

verifica-se que o Estado, como sociedade política, tem um fim geral, constituindo-se em meio para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus respectivos fins particulares. Assim, pois, pode-se concluir que o fim do Estado é o bem comum, entendido este como o conceituou o Papa João XXIII⁹⁷, ou seja o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana⁹⁸.

golpe de Estado dado pelo próprio Presidente da República, à época, Getúlio Vargas. Uma vez elaborada e outorgada a CF/1937 não funcionou o sistema representativo no Brasil, não havendo, portanto, partidos políticos, cabendo a função legislativa ao exercício exclusivo do Chefe de Governo. Os Estados perderam sua autonomia, sendo governados por interventores federais nomeados pelo ditador, e os municípios, por sua vez, passaram a ser administrados por prefeitos nomeados pelos interventores. A imprensa escrita e falada foi submetida a rigorosa censura, e foi criado o Tribunal de Segurança Nacional, a quem caberia o julgamento dos crimes políticos, tidos esses como abuso da liberdade de manifestação de pensamento e atos que atentavam contra a ordem política e econômica.

⁹⁵ Bastos, Celso Ribeiro. *Teoria do Estado e Ciência Política*. 6ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor. 2004. p. 63

⁹⁶ *idem*, p. 63

⁹⁷ Papa João XXIII, *Pacem in Terris* (Encíclica), I, 58.

⁹⁸ Dallari, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 107

E continua a ensinar-nos Dallari, para que não tenhamos qualquer dúvida quanto à diferença entre a finalidade atribuída à sociedade humana em geral e àquela do Estado:

Mas se essa mesma finalidade foi atribuída à sociedade humana no seu todo, não há diferença entre ela e o Estado ? Na verdade, existe uma diferença fundamental, que qualifica a finalidade do Estado: este busca o bem comum de um certo povo, situado em determinado território. Assim, pois, o desenvolvimento integral da personalidade dos integrantes desse povo é que deve ser o seu objetivo, o que determina uma concepção particular de bem comum para cada Estado, em função das peculiaridades de cada povo.⁹⁹

Se temos autores que entendem que a finalidade é elemento essencial do Estado, temos autores, a exemplo de Kelsen e Mortati, que se opõem que a Teoria Geral do Estado se ocupe da finalidade do Estado. Isso porque Kelsen restringe o estudo do Estado ao campo técnico-jurídico e não a uma questão política, enquanto que Mortati considera que a finalidade do Estado é demasiado genérica¹⁰⁰ para incluí-la entre seus elementos.

Filiamo-nos à corrente que entende que a finalidade do Estado é elemento integrativo da sua própria existência, pois é a partir dela que se define que tipo de Estado estamos tratando e é também a partir dela que poderemos fixar as obrigações que este mesmo Estado era com a sociedade que o instituiu e o mantém. Cumpre ressaltar, porém, que um mesmo Estado pode ter várias finalidades, mas haverá sempre uma preponderante e será a partir dela que se dará sua classificação, até mesmo por ser uma instituição multifacetária, destacando-se entre elas, e somente a título de exemplo, a defesa interna e externa, o desenvolvimento social, a melhoria da educação, da cultura, o atendimento à saúde e o bem comum.

E ainda que afirmemos que o Estado se presta igualmente à realização de interesses individuais, pela nossa Carta Política, ele terá sempre uma finalidade permanente, que é a concretização do bem comum, que, como já visto acima,

⁹⁹ *idem.* P. 107

¹⁰⁰ Op. cit., p. 102

representa o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana, sendo que o seu preâmbulo aponta claramente a proteção aos direitos sociais e individuais, à liberdade, à segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

Assim, temos que o Estado, por ser o meio utilizado pelo homem para atingir seus interesses e desenvolver-se, não poderá jamais sobrepor-se aos valores da pessoa humana, pelos quais deverá, inclusive, atuar sempre na sua preservação. E estes valores deverão, diga-se mais uma vez e sempre, deverão ser aqueles apontados pela Constituição Federal e qualificados pela dignidade humana.

1.5 - Estado Constitucional

Apesar do século XIII, já sob o jugo cristão, registrar a experiência política de uma Inglaterra que exige de João sem Terra alguns direitos no campo político e social, é efetivamente nos séculos XVI a XVIII que vão se registrar os mais significativos exemplos de lutas populares por todo o mundo (América do Norte, França, Países Nórdicos e Inglaterra¹⁰¹) objetivando o surgimento de regras jurídicas que viabilizem a preservação de conquistas políticas, produção de bens e capitais, bem como que regulem os termos de mobilidade social e política dos indivíduos no centro de um novo mercado econômico que se formava, principalmente das novas classes sociais emergentes: a burguesia comerciante e os artesãos, estabelecidas nas cidades em franco crescimento.

Já antecipando os evidentes sinais da Idade Moderna, em plena vigência das especulações econômicas advindas da revolução comercial em andamento e revolução industrial em início, das convulsões sociais e políticas que sacudiam a Europa e as Américas, os violentos processos revolucionários atingindo os

¹⁰¹ A par do nascimento de um conjunto de leis regulatórias do Estado e do poder, inseridas em uma Constituição, iniciava-se, no século XVII, na Inglaterra, “a primeira revolução burguesa e liberal da história. Esta revolução serviu para demonstrar que os proprietários burgueses, com assento no Parlamento, eram o Poder efetivo do país e não a nobreza, que resistia à inclusão política da burguesia, iniciada ainda durante o reinado de Henrique VIII”. (PAULO MÁRCIO CRUZ, 2002, p. 95). Prossegue o autor afirmando que “A *Bill of Rights* é proclamada na Inglaterra no mesmo ano em que é publicada a obra **Dois tratados sobre o governo**, de John Locke. O mesmo ideário burguês orientou a ambos. É o Parlamento e não o Rei, quem aprova os impostos, os juizes são inamovíveis, e a liberdade de consciência se baseia na liberdade de opinião (...). O Estado passou a ser entendido como um instrumento a serviço dos cidadãos e não o contrário, como acontecia constantemente durante o absolutismo.” (Autor e obra citados, os. 95/96).

movimentos artísticos e filosóficos envolvendo o direito natural e canônico, surgem no cenário Europeu dos séculos XVII e XVIII, contribuições teóricas definitivas à elaboração da idéia de Estado e Constituição, como aquelas defendidas pelos pensadores modernos, que sustentavam a formação do Estado baseados na teoria do contrato social.

Segundo Wolkmer, é necessário destacar que houve todo um processo de racionalização da gestão do poder “na passagem da estrutura pluralista, policêntrica e complexa dos senhorios de origem feudal para uma instância territorial concentrada, unitária e exclusiva decorrente “das condições históricas materiais e da secularização que desloca o controle sócio-político da Igreja para a autoridade laica soberana.”¹⁰²

essa transposição evidencia, para a nova cultura política, que o Estado corporifica o `projeto racional´ da humanidade em torno do próprio destino terreno: o contrato social, que assinala simbolicamente a passagem do Estado de natureza ao Estado Civil, não é mais que a tomada de consciência por parte do homem dos condicionamentos naturais a que está sujeita sua vida em sociedade e das capacidades de que dispõe para controlar, organizar, gerir e utilizar esses condicionamentos para sua sobrevivência ...”¹⁰³

Para isso, a polis necessitava de uma lei maior que definisse com clareza as relações de poder entre o soberano e os súditos, ou, simplesmente, entre o povo e o novo ente, então denominado Estado. Os movimentos da Revolução Inglesa de 1688, Americana de 1776 e a Francesa de 1789, sem dúvida alguma trouxeram os ingredientes necessários ao estabelecimento desta nova modalidade legislativa: uma carta de normas básicas, gerais e abstratas, por todos aceita, fruto do livre arbítrio do povo envolvido na sua elaboração. Esta carta: a constituição.

Como visto acima, a era moderna tem início por volta dos séculos XVII e meados do século XVIII, inserida dentro de um ambiente de pessimismo teórico

¹⁰² Op. Cit., p. 35

¹⁰³ Wolkmer, 1997, p. 35

chamado de ceticismo¹⁰⁴, onde a filosofia moderna busca vencê-lo, restaurando antigo ideal filosófico da possibilidade do conhecimento racional verdadeiro e universal.¹⁰⁵

Para tanto, a filosofia moderna propõe mudanças teóricas radicais, entre elas que a filosofia, ao invés de começar sua análise conhecendo a natureza (como na filosofia antiga) e Deus (como na filosofia patrística e na escolástica), já inicie seu trabalho pela reflexão, isto é, que o ponto de partida passe a ser “o sujeito do conhecimento como consciência de si reflexiva, isto é, como consciência que conhece sua capacidade de conhecer.(...) Para vencer o ceticismo, a filosofia precisa responder à pergunta: como o intelecto pode conhecer o que é diferente dele? (...)”¹⁰⁶ Outra mudança teórica proposta pela filosofia moderna está em considerar que as coisas exteriores somente são conhecidas pelo sujeito do conhecimento quando ele as representa intelectualmente:

(...) Isso significa, por um lado, que tudo o que pode ser conhecido deve poder ser representado por um conceito ou uma idéia clara e distinta, demonstrável e necessária, formulada pelo intelecto; e, por outro lado, que a natureza, a sociedade e a política podem ser inteiramente conhecidas pelo sujeito do conhecimento, porque são racionais em si mesmas e propensas a serem representadas pelas idéias do sujeito do conhecimento.”¹⁰⁷

A terceira mudança teórica proposta pela filosofia moderna é ver a realidade como intrinsecamente racional e que pode ser plenamente captada pelas idéias e conceitos.

Segundo Marilena Chauí, a

“realidade é racional porque é um sistema ordenado de causalidades físico-matemáticas perfeitas e plenamente conhecíveis pela razão humana. Essa idéia deu origem à ciência clássica na qual prevalece o ponto de vista da mecânica, isto é, nas relações de causa e efeito entre as coisas, a causa é

¹⁰⁴ “atitude filosófica que duvida da capacidade da razão humana para conhecer a realidade exterior e o homem” (CHAUÍ, *ibidem*, p. 48)

¹⁰⁵ CHAUÍ, *idem*

¹⁰⁶ CHAUÍ, *idem*, p. 49

¹⁰⁷ CHAUÍ, *idem*, p. 49

sempre o movimento e este segue leis universais que podem ser explicadas e representadas matematicamente. (...)”.

Afirma a autora, ainda, que o homem, através da razão,

pode conhecer a origem, as causas e os efeitos das paixões e emoções e, por meio da vontade orientada pela razão, é capaz de governá-las e dominá-las, de sorte que a vida ética pode ser plenamente racional. A mesma convicção orienta o racionalismo político, isto é, a idéia de que a razão é capaz de definir para cada sociedade qual o melhor regime político e como mantê-lo racionalmente.”¹⁰⁸

Foi dentro dessa efervescência filosófica, cultural e social encontrada até meados do século XVIII que grandes pensadores da era moderna, como Descartes, Hobbes, Locke, Montesquieu, Francis Bacon, Galileu, entre outros, influenciaram enormemente o pensamento da época, ganhando força e espaço nas culturas de suas épocas.

Surge, a partir de meados do século XVIII e começo do século XIX o movimento conhecido como iluminismo¹⁰⁹, trazendo os filósofos Rousseau, Hume, Voltaire, Diderot e Kant, como alguns de seus maiores expoentes.

Junto com os ideais filosóficos da racionalidade moderna e dos ideais iluministas, no âmbito da realidade surgem movimentos populares para a quebra da soberania dos senhores feudais e da Igreja. Os movimentos de libertação da opressão

¹⁰⁸ CHAUI, *ibidem*. Nas palavras de Alaor Caffé Alves, “a questão ética, entretanto, também não refoge à dimensão objetiva da realidade concreta. Também está muito definida em função dessa mesma realidade. Não é possível pensar a ética sem a estrutura social, sem a estrutura objetiva que nós enfrentamos no correr da vida. Se parto de uma concepção conflitiva da sociedade, considero que a ética deve também incorporar criticamente as contradições e os fatores de conflito que existem na sociedade.” (*op.cit.*, p. 82/83).

¹⁰⁹ Também chamado de Filosofia da Ilustração. “Esse período também crê nos poderes da razão, chamada de **As Luzes** (por isso o nome **iluminismo**). O iluminismo afirma que: pela razão, o homem pode conquistar a liberdade e a felicidade social e política (a filosofia da ilustração foi decisiva para as idéias da Revolução Francesa de 1789); a razão é capaz de aperfeiçoamento e progresso, e o homem é um ser perfectível. A perfectibilidade consiste em liberar-se dos preconceitos religiosos, sociais e morais, em libertar-se da superstição e do medo graças ao avanço das ciências, das artes e da moral; o aperfeiçoamento da razão se realiza pelo progresso das civilizações, que vão das mais atrasadas (também chamadas de primitivas ou selvagens) às mais adiantadas e perfeitas (as da Europa Ocidental); e que há diferença entre natureza e civilização, isto é, a natureza é o reino das relações necessárias de causa e efeito ou das leis naturais universais e imutável, enquanto a civilização é o reino da liberdade e da finalidade.” (CHAUI, *idem*, p. 50)

se tornaram irreversíveis diante da rápida propagação de seus ideais, vindo a gerar a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia - ex-colônia inglesa – em 12 de janeiro de 1776, documento que veio a preceder a independência americana, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, reconhecida pela Assembléia Constituinte Francesa em 27 de agosto de 1789.

A Declaração de Virgínia é vista como precursora no tocante a oferecer dimensão "constitucional" aos direitos individuais, inspirada nos escritos de pensadores como Thomas Jefferson e John Adams.

A Revolução Francesa é tida como outro marco histórico consagrado na evolução do humanismo e dos próprios direitos do homem, pois a urbe foi impulsionada pelos ideais da igualdade, liberdade e fraternidade, buscando romper com a forma absolutista vestida pela organização social da época, que até então reinava e criar, em seu lugar, uma nova forma de organização administrativa meta-individual: um Estado como uma idéia, que respeitasse exatamente aqueles direitos que formavam a trilogia ideária sustentada na revolução em comento.

O momento histórico dos movimentos populares do final do século XVIII retratou a necessidade de afirmação do indivíduo livre por meio de uma "universalidade" do pensamento racional. Nesse sentido, foi chamada de revolução não somente pela ruptura com o antigo regime, mas também pela consolidação da construção racional dos direitos básicos e universais dos homens.

Assim, a Declaração de Direitos da Virgínia, que previa um elenco de direitos que os indivíduos poderiam exigir em face do Estado, inspirou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que acabou por ser reproduzida na Constituição Francesa de 1791 e em outras constituições européias posteriores. Dessa forma e por impulso do princípio constitucional nasce a doutrina que vislumbra o indivíduo como detentor de certa posição como pessoa perante o Estado.

Com a revolução francesa, o "direito Positivo deixa de ser a enunciação do poder pessoal do rei e converte-se na expressão de universalidade da decisão de um povo organizado".¹¹⁰ Há uma despersonalização do poder, que passa a ser poder da nação, antes mesmo de ser poder do Estado.

Evoluindo o Estado, evoluíram também as constituições, como bem afirma Eduardo Appio na análise que faz da evolução dos modelos de Estado, na medida em

que a Constituição delimita a expressão formal do poder do Estado, regula o conjunto da vida social e também fixa as normas pelas quais se devem pautar, por um lado, as relações entre grupos sociais, e por outro, no interior do próprio Estado, as relações entre governantes e os cidadãos, e as relações dos governantes entre si.¹¹¹

Isso leva a que o Estado e a sociedade pautem suas existências pelos ditames daquilo que vem autorizado e vedado pela Constituição e pela legislação infraconstitucional (princípio da legalidade, informador do Estado de Direito) previamente codificadas. Tal se dá porque Estado e cidadão submetem-se, no Estado de Direito, aos efeitos das normas jurídicas legitimamente postas pelos poderes constituídos.

O Estado moderno foi fruto da Era Moderna. Sua criação ocorreu junto com a do ideal de civilização: um avanço em relação ao barbarismo. Foi uma resposta aos conflitos de diversas aristocracias, durante o século XV, e às guerras religiosas ainda mais lesivas do século XVI, ou um resultado de todos eles. (...) Aos poucos, o componente democrático – nesse caso, a burguesia – voltou-se contra o poder da realeza e aristocracia. (...). Entrementes, como Tocqueville foi o primeiro a assinalar, o poder e a autoridade do Estado soberano e centralizado continuaram a se fortalecer, independentemente de sua soberania ser representada por um monarca ou por um governo burguês. E, graças à democracia em crescimento, a autoridade do Estado aumentou ainda mais no século XX.¹¹²

¹¹⁰ LAFER, *ibidem*, p. 69

¹¹¹ Para o autor, “no Estado Nacional (século XV até XVII), ao qual os indivíduos estão ligados como conseqüência de uma sociedade cada vez mais complexa, na qual o poder é exercido por um grupo de dirigentes em nome de todos e o poder político se encontra, não raro, nas mãos do monarca. O Estado de Direito surge como evolução do Estado Absoluto, a partir da constatação de que os limites da intervenção estatal e da liberdade do cidadão devem se encontrar previamente demarcados, com o que se assegura o patrimônio e a liberdade dos indivíduos em face da vontade do governante. Muito embora possa ser diretamente relacionado com o modelo de Estado liberal, o Estado de Direito é compatível com os Estados despóticos, já que, nesta concepção, os fins e o conteúdo da ação do Estado se mostrem irrelevantes. No estado Liberal de direito, porém, por influência da corrente contratualista e do apogeu da revolução francesa, a lei e a justiça passam a ser identificados como sinônimos, passando o Estado a sofrer uma limitação decorrente da soberania popular concretizada pela democracia representativa, mas tal circunstância não opera a verdadeira justiça social. No Estado Constitucional, a lei será submetida, pela primeira vez, a uma relação de adequação - e, portanto, de subordinação, a um estrato mais alto de direito estabelecido pela Constituição. Estado, poder e Constituição são, efetivamente, as diversas facetas de um mesmo fenômeno. No Estado Social, com primeiros passos por volta da Primeira Guerra Mundial, a normatividade cede espaço à programaticidade, sendo que os valores morais são resgatados através de uma filosofia humanista de assistência social e inversão de recursos estatais como instrumento de promoção da economia. Há um papel maior do Estado, que atua positivamente na condução das questões sociais da população da nação”. (APPIO, Eduardo. *Teoria Geral do Estado e da Constituição*. Curitiba, 2005, Juruá *Ibidem*, p. 17-26).

¹¹² LUKACS, John, *ibidem*, p. 22

Esse novo Estado, agora tendo por base um consentimento social retratado na constituição¹¹³, está comprometido com a liberdade absoluta e estabelece as bases da igualdade formal e do Estado neutro, onde sua intervenção na vida do particular é restrita ao interesse público, conforme os limites estabelecidos na Constituição que o regula. A Constituição cria o Estado, conferindo-lhe poderes de um soberano, mas impondo-lhe restrições quanto ao uso desses poderes sobre aquilo que deve resguardar, proteger, assegurar, respeitar.

1.5.1 - Fases do Estado Constitucional

A história demonstra que o Estado Constitucional, para chegar ao modelo que se tem hoje, passou por três grandes fases evolutivas: O Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Neoliberal.¹¹⁴

1.5.1.1 – Estado Liberal

¹¹³ Segundo Celso Lafer, “O princípio da soberania popular tem sua origem na teoria contratualista. (...) Com efeito, desta maneira, o contrato social deixou de estar relegado à origem hipotética do Estado e passou a ser parte integrante de sua história através do poder constituinte originário. O titular deste poder, na lição de Sièyes, é a nação, que elabora a Constituição - o pacto que dá início à ordem jurídica e que constitui o título em que se baseiam os poderes constituídos.”(*ibidem*, p. 123)

¹¹⁴ Observe-se que a definição da fase de cada estado dependerá da realidade concreta de cada nação, já que cada sociedade passou ou ainda passará por elas de maneira, épocas históricas e intensidades diferentes, levando a que uma mesma nação tenha vivido as fases separadamente ou até mesmo concomitantemente, segundo o grau de desenvolvimento econômico (hoje tecnológico) ou realidade cultural de cada país. Também não é demais observar que temos nações, na contemporaneidade, que ainda não ingressaram, sequer, no Estado Liberal e menos ainda, no Estado Social.

O Estado Liberal decorre dos componentes filosóficos do Liberalismo¹¹⁵, sendo reconhecido como sendo o primeiro tipo de Estado Constitucional, surgindo concomitantemente com os ideais iluministas liberais centrados no indivíduo, pregando, em linhas gerais, a não-interferência do Estado nos campos da ação social, cultural, religiosa e econômica dos indivíduos, evidenciando sua omissão frente aos problemas sociais e econômicos vivenciados pelo povo¹¹⁶. Esse modelo de Estado, ditado pela regra básica de não-intervenção nas relações econômicas, tinha por base uma Constituição também liberal, na qual vinham garantidos os direitos que regulavam condutas individuais e protegiam os interesses individuais inclusive contra o Estado, que eram variáveis de sociedade para sociedade.

O sustentáculo do Estado liberal, caracterizado pela dominação da proposta econômica liberal, foi exatamente a propriedade privada, especialmente dos meios de produção, sendo que o sujeito de direitos sócio-históricos daquele período eram aqueles que participavam ativamente da ordem econômica produtiva. Tal configuração levava ao reconhecimento dos direitos políticos (direito de participar no Poder do Estado, votando e sendo votado) “apenas dos proprietários que tenham acima de renda anual, muitas vezes constitucionalmente prevista. Assim, o cidadão será apenas o proprietário”¹¹⁷.

O “capitalismo”, após décadas de exploração de territórios desconhecidos em busca de riquezas, por meio do domínio da navegação e de guerras que contaram com a participação da força da civilização ocidental dominante da época¹¹⁸, passa a

¹¹⁵ “Alguns dos componentes filosóficos do Liberalismo, isto também é facilmente constatável, decisivamente deram forma à história moderna e contemporânea, tanto no Ocidente como no mundo. Daí que alguns estudiosos da política liberal, como Laski, afirmem que o liberalismo é a doutrina ou ideologia política que constitui uma ‘mentalidade’ que chegou a ser a principal política da civilização ocidental. Esta afirmação passou a ser feita com maior ênfase depois dos acontecimentos que tiveram lugar em 1989, com o colapso da União Soviética, ainda segundo a linha de exposição de Joan Antón.” (PAULO MÁRCIO CRUZ, Paulo Márcio. Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo: Curitiba, 2002, Juruá, 3ª. Edição, p.90). Prossegue o autor afirmando que “O liberalismo se consolidou como uma filosofia de progresso – econômico, social e técnico – ao propor, essencialmente, uma liberação **total** das potencialidades dos indivíduos, com suas premissas básicas assentadas na liberdade, como anota Jean Tochar, e na individualidade, com uma visão positiva e otimista do homem, que era visto como um ser individualmente autônomo, materialista e dotado de razão. Uma razão que lhe permitiria lograr sua meta principal, ou seja, a de ser feliz na medida em que pudesse desenvolver suas capacidades individuais sem obstáculos que o intimidassem” (*idem*, p. 92)

¹¹⁶ “Segundo este liberalismo, o Governo seria, de certa forma, necessário, mas não natural. Só a liberdade seria a condição natural do homem. Portanto, a única fonte possível de legitimidade da autoridade política é o convencimento dos cidadãos da utilidade para a sociedade desta autoridade pública” (PAULO MÁRCIO CRUZ, Paulo Márcio, op. Cit, p. 92/93).

¹¹⁷ MAGALHÃES, José Luiz Quadros. Tipos de Estado (Globalização e Exclusão), artigo publicado no site www.cjf.gov.br/revista/numero6/artigo4, com acesso em 06/02/2006.

¹¹⁸ A hegemonia ocidental, na época, se dava por um pequeno grupo de países da Europa, sendo eles a Grã-Bretanha, França, Alemanha, Itália, Holanda e Bélgica.

ser a nova racionalidade do fim do século XIX, obedecendo aos anseios da nova etapa de desenvolvimento econômico.¹¹⁹

Em outra fase do estado liberal, há uma mudança de entendimento do conceito de cidadania a partir do resgate da idéia da igualdade jurídica como alicerce dos direitos fundamentais em substituição ao conceito de propriedade privada. Tal evolução terá um peso diferente em cada país, decorrente da sua evolução sócio-histórica. A condição econômica deixa de ser o critério para o acesso ao voto, não obstante a diferenciação em razão do sexo (ex: Brasil) e da etnia (ex: África do Sul) só deixar de ser assim considerado para acesso ao voto da segunda metade do século XX para frente.

O estado liberal prevalece como forma de organização da sociedade burguesa até o início da Primeira Grande Guerra Mundial. Embora no final do século XIX e início do século XX as Constituições liberais mantivessem ainda a característica de ser essencialmente um texto político, sem a previsão de intervenção no domínio econômico e nas questões sociais, a legislação infraconstitucional incorpora essas mudanças, demonstrando a necessidade de urgente modificação de postura por parte do Estado.¹²⁰

A grave crise sócio-econômica que levou à Primeira Grande Guerra (1914 - 1918) mostra-se como marco divisor de águas entre o Estado abstencionista (conseqüência do estado liberal) e o novo Estado social assistencialista. A Constituição social que mesmo mantendo o núcleo liberal de direitos individuais e

¹¹⁹ O liberalismo, traduzido no capitalismo, dá início a “uma nova visão global do mundo, constituída pelos valores, crenças e interesses de uma classe social burguesa na sua luta histórica contra a dominação do feudalismo aristocrático-fundiário entre os séculos XVII e XVIII, no continente europeu. Assim, o liberalismo torna-se a expressão de uma ética individualista voltada basicamente para a noção de liberdade **total** que está presente em todos os aspectos da realidade, desde o filosófico até o social, o econômico, o político, o religioso, etc. (...)” (WOLKMER, 1997, p. 33). Vê-se, pois, que com o capitalismo há, também, uma evolução cultural, levando a uma conquista de outros domínios da terra pelas idéias e aspirações transformadas de sua minoria “desenvolvida”, tanto pela força e pelas instituições, como pelo exemplo de transformação social.

¹²⁰ A mudança do estado liberal, como concebido em sua origem, para o Estado Social, iniciou-se com a organização dos trabalhadores em sindicatos, associações e organizações nacionais e internacionais, como forma de lutar pelos direitos sociais. **Tais lutas fizeram** com que a elite econômica e cultural da época percebesse a necessidade de gradativamente incorporar reivindicações dos trabalhadores e propostas dos socialistas, como forma de atenuar as distorções sociais e econômicas e acalmar a tensão social, sob pena de que a maioria social subvertesse a ordem então vigente. Dessa forma, o Estado liberal passa a admitir mudanças de postura perante as questões socioeconômicas e a garantir determinados direitos sociais, como a limitação da jornada de trabalho, salários mínimos compatíveis com a jornada de trabalho, a regulamentação do trabalho do menor, o seguro social para os infortúnios como desemprego, idade e a previdência social. O Estado alemão, recém-unificado, é um dos pioneiros na legislação social, enquanto a Áustria elabora sua legislação previdenciária e, nos Estados Unidos, em 1890, temos a Lei Sherman, modelo de legislação anti-truste, visando combater a concentração econômica que provoca a eliminação da concorrência e da livre iniciativa.

políticos, amplia o catálogo de direitos fundamentais, com o acréscimo de dois novos grupos de direitos: os direitos sociais relativos ao trabalho, saúde, educação, previdência e os direitos econômicos, que marcam a postura intervencionista do Estado, foi a Constituição do México, de 1917, que passa a regular a economia e, em alguns casos, a exercer atividades econômicas.¹²¹ A constituição mexicana vem seguida da Constituição alemã de Weimar.

Ao final da Primeira Guerra Mundial, as Constituições de Weimar e a Mexicana instituíram o Estado de Direito Social, também denominado Estado Social Democrático como forma de mediar as pretensões da burguesia e do proletariado, de modo que o Estado intervém na relação de produção garantindo direitos tais como: aposentadoria, férias, duração da jornada de trabalho etc. Nasce aí os primeiros direitos sociais. O Estado de transição (estado social-liberal) daquele momento histórico assume a intervenção na sociedade para melhor assegurar as formas de existência social, intervenções estas de caráter econômico e social como forma de realizar o princípio da igualdade não meramente formal, mas também substancial. Como afirma MAGALHÃES,

podemos dizer que o Estado social-liberal significou uma necessária mudança do Estado liberal clássico, para de alguma forma preservar a idéia de uma economia capitalista livre, na qual, à custa do não-intervencionismo estatal, se preservasse a concorrência e a livre iniciativa. Em outras palavras, o liberalismo muda e o capitalismo liberal passa a ter uma preocupação social para preservar uma importante parcela do núcleo do pensamento liberal.

Não há uma justificativa aplicável a todos os Estados que passaram por esse processo, mas, em geral, a mudança de comportamento do Estado perante as questões sociais e econômicas terá, em menor ou maior grau, como motivação a pressão dos trabalhadores, dos movimentos sociais e das internacionais socialistas; a pressão dos liberais pela necessidade de se preservar a concorrência comprometida pela concentração econômica; a grave crise social e a ameaça socialista. Veio, de certa forma, o intervencionismo estatal, evitar a continuidade do processo de concentração, mas, ao mesmo tempo, preservar o modelo de repartição econômica de riquezas e, portanto, privilégios econômicos construídos durante o século XIX.¹²²

Prossegue José Luiz Quadros Magalhães afirmando que

¹²¹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Idem*.

¹²² MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Ibidem*.

com o Estado socialista batendo às portas de boa parte dos Estados europeus e com a incapacidade do modelo social-liberal de responder de maneira urgente à crise social e econômica, o mundo assiste ao nascimento e crescimento dos movimentos nacionalistas na Europa, Ásia e América.

Não se pode dizer que o fascismo e o nazismo surgem como uma forma de se evitar o crescimento do socialismo na Europa, mas sem dúvida a sua ascensão definitiva terá um fundamental empurrão do grande capital nacional na Itália, Alemanha e em outros países, evitando, com isso, que a revolução socialista se expandisse e comprometesse interesses desse capital.¹²³

A citação acima do artigo de Magalhães resume, de maneira precisa, a passagem do estado liberal para o estado social, com os primeiros contornos do estado socialista e a reação aos mesmos, através dos estados nacionalistas fascistas e nazistas.¹²⁴ O surgimento dos Estados Nacionalistas, porém, trouxe graves consequências à humanidade, pois a partir deles, o homem iniciou um novo ciclo de guerras e de tentativa de subjugar povos e nações considerados inferiores.

A existência de ditaduras “totalitaristas” no século XX obscureceu essa questão {o constitucionalismo e o fortalecimento do Estado} . Seus adversários temeram, justificadamente, o poder ilimitado e amiúde brutal do Estado totalitário. No entanto, Hitler e Mussolini não depararam com a oposição da grande maioria de seus súditos: em suma, foram representantes da soberania popular. O próprio Hitler disse que o conceito de Estado estava ultrapassado: ele era líder de um povo, de um Volk, o que, em suas palavras, tinha primazia sobre o Estado.¹²⁵

1.5.1.2 – O Estado Social

¹²³ *idem*

¹²⁴ Segundo Magalhães, os fascismos europeus e o nazismo têm em comum o discurso social, a prática de uma economia dirigida voltada para a indústria bélica e a violência e são movimentos *antidemocráticos*, *anti-socialistas*, antiliberais, anticomunistas, anti-operariados, ultranacionalistas e, especialmente no caso alemão, anti-semita. Com força para barrar a expansão da revolução socialista, o fascismo e o nazismo serão a alternativa para o grande capital nacional, que financiará a sua ascensão ao poder em vários Estados europeus e, de maneira mais profunda, na Alemanha e Itália. O Estado social fascista, produto de interesses do grande capital nacional e da crise social econômica que se abateu sobre alguns países europeus, será responsável pelo maior conflito militar da história da humanidade, e após a Segunda Guerra Mundial, com a derrota militar da Alemanha, Itália e Japão, no mundo surgem duas novas potências, sendo construído a partir de então um mundo bipolar e a Guerra Fria até 1989. Importante notar que dentre tantas derrotas, principalmente a da humanidade, os vencedores são aqueles que têm suas reivindicações atendidas. Basta para isso lembrarmos que dentre as sete grandes economias do mundo encontram-se Alemanha, Itália e Japão. O povo e os exércitos destes países foram derrotados, mas o grande capital que financiou a alucinação fascista foi vitorioso mais uma vez.

¹²⁵ LUKACS, *idem*, p. 22

O período que vem após a Primeira Grande Guerra Mundial traz mudanças no conceito de Estado, firmando, definitivamente, as bases do Estado Social, concebido desde os meados do Século XIX. O Estado Social passa a representar um novo paradigma, sem, no entanto, romper com o capitalismo liberal. Em alguns Estados, surge o Estado Socialista, como uma derivação mais acentuada do Estado social, onde suas Constituições consagram uma economia garantindo a propriedade coletiva e estatal e abolindo a propriedade privada dos meios de produção, surgindo, assim, a sociedade comunista.¹²⁶

O Estado Social vem sendo gestado desde as revoltas e tentativas de revolução européias dos anos 1848 e ganhou um empuxo ainda maior com a Comuna de Paris, em 1871. Depois, já no século XX, afirmou-se com a Revolução Mexicana, de 1910, e com a Revolução Russa, de 1917. Portanto, o chamado New Deal (plano econômico de restauração da economia americana, abalada com a grave crise de 29) é apenas um marco econômico posterior do Estado Social. Isto é, de meados do século XIX até os anos de 1930, o Estado Social esteve consolidando suas bases históricas e matrizes ideológicas.

O Estado Social, portanto, tem uma fase de adaptação/gestação que dura por volta de 80 anos (com três contrações entre as décadas de 1910-1920), até que o processo culmina com seu nascimento: o New Deal (1933-1938) do Presidente Franklin D. Roosevelt teve uma legislação proposta por políticos progressistas e administradores a serviço do presidente. A inspiração veio de economistas da escola de Keynes, e pregava-se a intervenção do Estado na economia a fim de diminuir os conflitos sociais. Já o Welfare State nasceu de imediato, em caráter de urgência, com o fim da Segunda Guerra, no período entre 1945-1947 (Plano Marshall). Pode-se dizer que o Welfare State é um produto econômico americano, o resultado de uma criação de laboratório acadêmico, enquanto o Estado Social é um exemplo claro das modificações sociais, históricas e jurídicas.¹²⁷

Os anos violentos que ocorreram do fim da Primeira Grande Guerra Mundial até o fim da Segunda Grande Guerra Mundial, com o surgimento e domínio dos Estados Nacionalistas e totalitários nazistas e fascistas interromperam o fortalecimento do Estado Social, que renasce na década de 50 do século XX com a retomada do

¹²⁶ Segundo MAGALHÃES, “há uma clara ênfase aos direitos econômicos e sociais e uma proposital limitação dos direitos individuais, pois o exercício desses direitos no Estado socialista está condicionado à evolução do Estado e da sociedade socialista que devem ser capazes de educar e preparar o cidadão a viver no futuro em uma sociedade completamente livre, onde não haja Estado, poder ou hierarquia: a sociedade comunista. Por essa característica do Estado socialista, não podemos classificá-lo simplesmente como uma espécie de Estado social. Sua evolução se destaca da linha evolutiva que traçamos, pois rompe com a economia capitalista e o modelo liberal de economia.”

¹²⁷ MARTINEZ, Vinício C. Artigo Estado do Bem Estar Social ou Estado Social? Texto inédito.

Estado Constitucional com muito mais força, sendo que os Estados da Europa Ocidental experimentam a implementação eficaz do Estado de bem-estar social, o que - embora os Estados de economia periférica tenham adotado Constituições sociais - não ocorre de maneira completa na América Latina, Ásia e África.

O Estado do Bem-estar-social vem marcado pelo assistencialismo e clientelismo. O Estado deixa a postura abstencionista de não ter nenhuma preocupação social e econômica e passa a intervir no domínio econômico, regulando e em alguns casos exercendo atividade econômica, passando a assistir à clientela permanente do Estado, ou seja, os cidadãos periféricos excluídos do sistema social e econômico, reconhecidos como necessários à existência e manutenção do sistema capitalista. Nesse ressurgimento do Estado do Bem-estar-social, os sindicatos mostraram sua força e sua possibilidade de pressão sobre os interesses do capital. Mas as políticas de emprego, além de políticas de preços (controle da inflação), mantêm os sindicatos sob controle do Estado e, conseqüentemente, do capital e do mercado¹²⁸.

As Constituições sociais elevam os direitos sociais e econômicos no nível de norma fundamental, havendo uma ampliação do leque de direitos fundamentais, somando-se estes ao núcleo liberal de direitos individuais e políticos. Entretanto, a leitura oferecida a estes direitos faz-se ainda numa perspectiva liberal. Os direitos individuais ainda são vistos como direitos contra o Estado e a liberdade fundamental existe se o Estado não intervém no livre espaço de escolha individual.

Os direitos individuais e políticos são direitos de implementação imediata e os direitos sociais e econômicos aparecem como normas programáticas, de implementação gradual e quando necessário. Os grupos de direitos fundamentais são vistos de forma estanque. Isso faz com que a democracia, por exemplo, seja vista apenas como simples exercício do direito de votar e de ser votado do cidadão.¹²⁹

Nesse período do pós-segunda guerra, a Europa encontra-se parcialmente destruída e, para os interesses da economia capitalista liberal, ameaçada pela

¹²⁸Afirma MARTINEZ que “o Estado Social é um Estado quase-socialista, pois afirma direitos e políticas socializantes (a maioria das conquistas da classe trabalhadora), a exemplo dos próprios direitos sociais e trabalhistas. Ocorre que o Estado Social não foi capaz de romper os limites e as barreiras do capitalismo, uma vez que se desenvolveu em países de economia capitalista. De qualquer forma, no entanto, tratava-se de um processo de intensas lutas operárias e sindicais anarquistas e socialistas que se iniciou nos anos 1848-1850, em países como França, Alemanha e Inglaterra e formou a base ideológica do Estado Social”, *idem*, artigo Estado do Bem Estar Social ou Estado Social? Texto inédito .

¹²⁹MAGALHÃES, *op.cit.*, *idem*.

expansão da influência socialista incorporada pela URSS e pela Alemanha Comunista. Os Estados Unidos da América, nova grande potência capitalista global, conservarão, nos países sob sua influência, os seus interesses, mantidos por métodos diferentes, entre eles a chamada “guerra-fria” e o controle financeiro através do controle do FMI e do Banco Mundial. Fomenta e apóia, nos países de Terceiro Mundo com economias periféricas e pouco desenvolvidas, governos autoritários ou ditaduras militares, capazes de manter o ideal comunista distante, fazendo com que o Estado social funcione de forma imperfeita ou incompleta, como o que efetivamente aconteceu no Brasil. Já na Europa Ocidental, os EUA fornecem apoio econômico e político para que reerga sua economia e construa de forma efetiva o modelo de Estado de bem-estar social.

A implementação efetiva dos direitos sociais e econômicos em boa parte da Europa Ocidental traz consigo o germe da nova fase democrática do Estado social e a superação da visão liberal dos grupos de direitos fundamentais. O oferecimento, nesse primeiro momento, de direitos sociais - como saúde pública e educação pública - propiciará à população os mecanismos para se formar, informar e se organizar, exigindo agora a sua inclusão no sistema econômico e social, pressionando o Estado a efetivar políticas econômicas que venham gerar empregos e salários justos. Essa combinação de fatores transformará o Estado social, de uma perspectiva clientelista, de manutenção da exclusão social, em um Estado social incluyente, pressionado pela população cada vez mais organizada e informada.¹³⁰

Nas palavras de Paulo Márcio Cruz, por Estado de bem-estar pode ser entendido uma determinada concepção de realização estatal, “baseada na intervenção social e econômica que levam a efeito alguns Estados liberal-democráticos contemporâneos”. Segundo o autor citado, “uma análise da evolução do Estado Moderno mostra diversas experiências de intervenção social, econômica e – mais recentemente – cultural do Estado”.¹³¹ Para o autor, “Estado de bem-estar é o sistema

¹³⁰ Afirma o autor, ainda, que “O cidadão não é mais o que vota, mas sim o que vota, informa-se, educa-se, come, mora, veste, trabalha e tem dignidade. Esse Estado social europeu, incluyente, necessita de crescimento econômico que lhe garanta também crescente arrecadação tributária para que possa arcar com serviços públicos de qualidade e políticas econômicas incluyentes. Isso diminui a demanda social básica, pois faz decrescer a exclusão, podendo o Estado cada vez mais sofisticar a assistência à população e ainda poupar para promover a recuperação econômica nos períodos de crises cíclicas e passageiras do capitalismo.” (*idem*)

¹³¹ Autor citado, *idem*, p. 164. Afirma PAULO MÁRCIO CRUZ que “os esforços para garantir a igualdade de oportunidades – que, frise-se, é o objetivo principal do Estado de Bem-estar – e uma certa distribuição de renda derivada de algumas ações do próprio Estado, completaram esta nova dimensão da Democracia que este modelo ideológico de Estado representa.” Afirma o autor, ainda, que “em algumas matérias, o Estado do bem-estar – ou os poderes públicos – passou a prestar serviços diretamente à

político-econômico que, mantendo um âmbito privado capitalista, encarrega o Estado de tarefas relativas à obtenção de condições sociais mínimas.”¹³²

Para Tarso Cabral Violin¹³³, “o aumento cada vez mais expressivo de uma classe proletária consciente de que “não é livre quem não detém auto-suficiência material”, provocou a necessidade de uma reestruturação estatal, com uma atuação mais positiva do Estado, para proporcionar condições mínimas como educação, saúde, cultura e moradia, surgindo os “direitos fundamentais sociais”. O princípio primeiro era o da igualdade e, conforme explica Cármen Lúcia Antunes Rocha, enquanto que os direitos individuais determinam que o Estado não aja naquele espaço de liberdade constitucionalmente assegurada ao indivíduo, os direitos sociais determinam que o Estado aja naquele espaço de igualdade constitucionalmente garantida a todos. Assim, como antítese ao Estado liberal, surgiu o Estado do bem-estar social, obrigado constitucionalmente a intervir na ordem econômica e social; prestador de serviços públicos para todos, e não apenas para os que tinham recursos materiais. (...) Época chamada por Boaventura de Souza Santos de “capitalismo organizado”, com medidas radicais resultantes de um pacto social entre capital e trabalho, sob a égide do Estado.

Extraindo conclusões do estudo desenvolvido por Carmen Lúcia Antunes Rocha, afirma Violin que não bastava o Estado ser social e de Direito, mas teria que ser também democrático, amparado pela chamada democracia social, onde “não apenas a vida, mas a dignidade da vida, seriam importantes, surgindo direitos fundamentais relativos ao princípio da fraternidade, como os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, ao patrimônio da humanidade e à informação cultural.”¹³⁴ (grifei)

população, como nas já aludidas áreas da saúde, educação, habitação e principalmente, a seguridade – ou previdência – social, como aposentadorias, auxílio-velhice, salário-desemprego, afastamentos remunerados para tratamento de saúde, pensões, etc. Estas foram as ações através das quais o Estado do bem-estar materializou-se e, a bem da verdade, resolveu boa parte dos problemas sociais **nos países** onde foi implantado de forma decidida. A doutrina costuma dizer que o estado do bem-estar se caracteriza por ser fortemente ativo com as classes passivas, e passivo com as classes ativas, numa alusão a pobres e ricos, nessa ordem”. *Idem*, p. 165 e 166.

¹³² PAULO MÁRCIO CRUZ, *idem*, p. 167. Não é demais observar que com o estado do bem-estar houve o desaparecimento de muitos dos dogmas liberais, entre eles o da não-intervenção estatal nas relações produtivas. Segundo PAULO MÁRCIO CRUZ, no estado de Bem-estar, a figura estatal, antes considerado um mal necessário, passa a “ser um elemento fundamental a todos os setores sociais, inclusive para aqueles que se opunham à sua intervenção. Como escreve Dallari, *os adeptos do Estado do Bem-estar sustentam que só ele é verdadeiramente democrático, possibilitando a plena realização da liberdade e da igualdade*”. *Idem*, p. 167

¹³³ VIOLIN., *ibidem*, p.

¹³⁴ VIOLIN, *ibidem*, p.

Nesse sentido, pois, apropriando-nos das palavras de Vinício Carrillo Martinez, podemos afirmar em conclusão deste tópico que a Constituição de um Estado, trazendo regras do Estado Social

(...) caracteriza um contrato político legítimo, com amplo respaldo popular: como se fora o ícone do próprio Império do Direito e não só o badalado Império da Lei de origem liberal.

O Estado Social foi propício ao desenvolvimento do processo de redirecionamento das funções do Estado e de reapropriação do Direito pelas camadas sociais populares, bem como estimulou a transformação progressiva do Direito-coerção em Direito/Liberdade ou autonomia. Na verdade, é o primeiro exemplo efetivo da transposição do Estado e do Direito opressor, em prol dos trabalhadores e dos demais oprimidos¹³⁵.

O autor observa, ainda, que o Estado de Direito, apesar de possuir objetivo bem diverso daquele do Estado de bem-estar social, até porque “a teleologia política ou finalidade de ambos é contraditória ou avessa”¹³⁶, guarda algumas semelhanças, sendo elas:

1. Os dois modelos podem ser considerados como conservadores, uma vez que o objetivo era preservar as reservas econômicas do capitalismo, especialmente o europeu.

2. São produtos universitários, acadêmicos e abstratos e, portanto, não tinham por objetivo desenvolver uma prática social, política e econômica transformadora da sociedade e nem do Direito – por exemplo, não deveriam reformular seriamente o alcance do direito à propriedade e nem diminuir substancialmente a distância entre proprietários e não-proprietários.¹³⁷

1.5.1.3 – O Estado Neoliberal

No fim da década de setenta e início da de oitenta, do século passado, ao mesmo tempo em que as áreas do conhecimento humano começaram a receber pinceladas de pensadores acerca da frustração do ideal da modernidade e da impropriedade do racionalismo então reinante, deu-se início aos movimentos de uma

¹³⁵ Na verdade, esta é uma iniciativa que advém do período pós-Revolução Francesa, sob a denominação de **Estado Legal**, e que já era de iniciativa popular.

¹³⁶ MARTINEZ, Vinício c.. Artigo inédito: Estado de Bem estar Social ou Estado social?

¹³⁷ MARTINEZ, *idem*

nova era: a pós-moderna, marcada pela quebra paradigmática e busca de um novo modo de pensar a vida, o Estado Moderno se apresentava com evidente esgotamento da sua capacidade de investir em novas estruturas produtivas e sociais, passando, no máximo, a manter aquelas já existentes.

Não obstante o sentido social que embasava o Estado do Bem-estar, com sua adoção houve um aumento progressivo e acumulativo dos gastos públicos e uma complexidade maior das estruturas administrativas, levando a uma crise do Estado no final da década de oitenta, dando surgimento, pois, a um novo conceito de Estado, conhecido por Estado Neoliberal.¹³⁸

Nesse sentido, afirma Luiz Roberto Barroso que a pós-modernidade iniciada nas duas últimas décadas do século XX, “encontra o Estado sob crítica cerrada, densamente identificado com a idéia de ineficiência, desperdício de recursos, morosidade, burocracia e corrupção. Mesmo junto a setores que o vislumbravam outrora como protagonista do processo econômico, político e social, o Estado perdeu o charme redentor passando-se a encarar com ceticismo o seu potencial como instrumento do progresso e da transformação”.¹³⁹

Os Estados Unidos, diante dessa nova realidade vivida naquele momento histórico, passa a adotar uma forma diferente de governar e de interagir a sociedade/economia/Estado, com um modelo de atuação neoliberal, resgatando as bases do liberalismo econômico original, adaptando-as para a realidade pós-moderna. Além de adotar tal modelo para sua própria economia, os Estados Unidos ainda provocaram que outros países também o adotassem, em vista das interferências do Fundo Monetário Internacional junto aos países do Terceiro Mundo e periféricos, que dependiam da ingestão de capital externo em sua economia.

¹³⁸ PAULO MÁRCIO CRUZ aponta dois grandes fatos para o declínio do Estado do bem-estar. O primeiro teria sido a decisão dos Estados Unidos de não conferir lastro em ouro aos dólares que circulavam pelo mundo. “os problemas econômicos causados por esta decisão se prolongaram desde meados da década de setenta até o início da de oitenta. Diante desta nova realidade econômica, os países ocidentais começaram a ter sérias dificuldades para continuar implementando suas políticas econômicas baseadas no modelo Keynesiano”. O segundo fato marcante, apontado por PAULO MÁRCIO CRUZ, foi o crescimento descontrolado do gasto público, onde a carga tributária imposta às empresas e pessoas físicas não conseguiam vencer. “Este fato, vale lembrar, continua sendo um dos grandes problemas de países como o Brasil, que se debatem entre assumir uma Democracia Social tardia ou controlar o déficit público, a carga tributária e a não-intervenção do Estado em setores fundamentais, principalmente o social”. *Idem*, p. 195

¹³⁹ LUIZ ROBERTO BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Ordem Econômica e Agências Reguladoras*, in Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, nº 1, Salvador, fev/março 2005, com acesso através do site www.direitodoestado.com.br, p. 2

Já em relação aos estados Europeus, os motivos que os levaram a adotar este novo modelo que levava ao afastamento do Estado da prestação dos serviços públicos à população – especialmente a carente - estavam ligados à questão do gasto público excessivo e na globalização, que dava naquele momento seus primeiros passos, levando a uma nova concepção de soberania nacional, que posteriormente veio a ser concretizada com a Comunidade Comum Européia.

Nesse sentido, Alaor Caffè Alves reconhece que “as forças do capital são muito mais fortes que os bons desejos dos indivíduos ou dos grupos, ainda wque pertencentes è elite governante”.¹⁴⁰

Os críticos do estado do bem-estar assinalavam que ele, ao invés de contribuir para o crescimento econômico (novamente o mercado dominando a racionalidade humana), estaria estagnando a economia por não submeter os serviços públicos ao estímulo da competitividade. Assim, a “nova orientação seria no sentido de que os governos não deveriam manter as políticas voltadas para o pleno emprego, já que isso criaria efeitos indesejáveis, como o aumento da inflação e a diminuição da produtividade”.¹⁴¹

Com a crise econômica vivenciada pelos países desenvolvidos, veio também uma correlata diminuição da arrecadação tributária. Para essa diminuição da arrecadação o Estado do Bem-estar estava preparado, pois vinha trabalhando com a idéia de superávit e déficit orçamentário: sabia que devia poupar nos momentos de crescimento e investir para recuperar a economia nos momentos de crise. Todavia, a crise econômica mundial da década de 80 do século XX, além da diminuição da arrecadação, ainda trouxe uma diminuição da capacidade do Estado de responder à crescente demanda social¹⁴², pois além da população ser bem maior, a globalização trouxe um sensível aumento das necessidades humanas (como educação, cultura, alimentação, informatização, saúde, etc) estando este fragilizado no momento em que passa a ser mais requisitado, pois a mesma crise econômica dos países desenvolvidos trouxeram uma correlata perda da capacidade econômica de suas populações.

¹⁴⁰ *Op.cit.* p. 85

¹⁴¹ PAULO MÁRCIO CRUZ, *ibidem*, p. 196

¹⁴² Não é demais observar que a população da terra, em cinco anos, quase que duplicou. Em meados de 1950, a população mundial era de cerca de dois milhões de habitantes, enquanto que no final do século XX a população tinha crescido para cerca de 5,5 bilhões de habitantes.

Esse é o momento que se dá a penetração da proposta neoliberal já presente como uma crítica ao Estado social desde o pós-guerra. Os neoliberais apresentam uma solução para a crise que o Estado social naquele momento não soube superar. Para superá-la, porém, necessário que fossem criadas as condições para acumulação e expansão do capital, com o posterior surgimento de riquezas e empregos. E para que o capital se expandisse era necessário que o Estado emperrado criasse algumas situações, entre elas a diminuição do Estado com a privatização de alguns serviços, permitindo que o setor privado pudesse atuar naqueles setores onde o Estado era concorrente ou único ator; diminuição do Estado, inclusive nas suas prestações sociais fundamentais, com objetivo de diminuir ou eliminar os tributos do capital, deixando que a classe assalariada arcasse com o que subsistia dos serviços públicos; enfraquecimento dos sindicatos para que não houvesse pressão eficiente sobre o valor do trabalho, ameaçando os lucros crescentes; políticas econômicas de geração do desemprego, com a substituição gradual do trabalho humano pela automação; diminuição do poder aquisitivo dos salários ou perda efetiva do seu valor real com uma inflação controlada, que permite a sua diminuição sem afetar o setor produtivo; diminuição dos direitos sociais, especialmente os direitos constitucionais do trabalhador, provocando um retorno a características da terceira fase evolutiva do Estado.¹⁴³

Para Luiz Roberto Barroso, o discurso do Estado deste novo tempo é o

da desregulamentação, da privatização e das organizações não governamentais. No plano da cidadania, desenvolvem-se os direitos ditos *difusos*, caracterizados pela pluralidade indeterminada de seus titulares e pela indivisibilidade de seu objeto.¹⁴⁴

Nas economias periféricas, como as dos países latino-americanos e africanos, onde o Estado social ainda não havia completado seu ciclo e o Estado do bem-estar ainda engatinhava, o neoliberalismo penetra com espantosa velocidade e profundidade. Isso traz uma nova e importante consequência: o capital internacional começa a se deslocar de seus países de origem à procura de Estados que lhe ofereçam melhores condições para expansão dos seus lucros. “Ao contrário do Estado social fascista, onde o grande capital se tornou nacional para defender seus interesses, agora o grande capital é apátrida, sem compromisso com o Estado

¹⁴³ MAGALHÃES, *idem*.

¹⁴⁴ LUIZ ROBERTO BARROSO, *ibidem*, p. 2

nacional, que se enfraquece cada vez mais diante da impossibilidade de controlar a economia e o poder econômico privado”.¹⁴⁵

Paulo Márcio Cruz aponta, como sustentáculos do modelo de Estado Neoliberal, os argumentos que apontam a crise da governabilidade e a sobrecarga do Estado na realização dos seus objetivos, passando, o Estado de Bem-estar e a Democracia Social, para esse novo modo de pensar, vistos como incompatíveis com a ética e a liberdade política e econômica.¹⁴⁶ Para ele, “no nível econômico, o neoliberalismo professa que o mercado livre, que se tem hoje em dia, coordena adequadamente as ações individuais de caráter econômico para se conseguir um acervo de riquezas maior do que se poderia ter com outros métodos de organizar a economia, principalmente frente àquelas perpetradas pelo Estado do Bem-estar, como a planificação, intervenção e economia mista.”¹⁴⁷

¹⁴⁵ MAGALHÃES, *idem*. Afirma LUIZ ROBERTO BARROSO que “não se deve encobrir, artificialmente, a circunstância de que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser nem liberal nem moderno. De fato, no período liberal, jamais nos livramos da onipresença do Estado. A sociedade brasileira sempre gravitou em torno do oficialismo. As bênçãos do poder estatal sempre foram – ressalvadas as exceções que confirmam a regra – a razão do êxito ou do fracasso de qualquer projeto político, social ou empresarial que se pretendesse implantar. Este foi um traço marcante do caráter nacional, com raízes na colônia, e que atravessou o Império, exacerbou-se na República velha e ainda foi além”. *Idem*. O problema parece ter fundamento na cultura nacional, iniciada na colonização, onde não se tinha poderes locais instituídos e os oficiais do reino Português encarnavam o máximo de poder local. Quando a Europa e conseqüentemente Portugal iniciava um novo tempo de desenvolvimento, com os primeiros passos do liberalismo, o Brasil iniciava sua pública como nação tempo por poder máximo pequenos oficiais vinculados àquele país.

¹⁴⁶ A crise de governabilidade tem sua base crítica no “corolário de que o Estado não pode assimilar uma demanda por serviços públicos e gratuitos ilimitada por parte da sociedade;”, enquanto que a sobrecarga do Estado decorre do sistema de disputa entre os grupos de pressão e as agremiações políticas, obrigando o governo a “assumir vários compromissos, mesmo que contraditórios, para se manter no poder. Assim, os governos não possuem autoridade suficiente para impor o que se poderia denominar de um adequado ajuste econômico. As tentativas feitas pelos governos para ter maioria nos parlamentos implicaram ampliar ao extremo o exercício da negociação, deturpando a concepção de democracia.” Segundo PAULO MÁRCIO CRUZ, citando Lucas Verdú e Murillo de la Cueva, a falta de capacidade do Estado de Bem-estar para atender a suas funções tradicionais pode ser encontrada nos seguintes problemas: “a) o *Estado como protetor*, não funciona como deveria, já que não consegue evitar a falta de segurança pública, o terrorismo e o surgimento de movimentos anarquistas neoliberais; b) o *Estado como promotor de serviços* sociais funciona mal, lenta e dispendiosamente, sem contar que há muitos setores desatendidos, como os camponeses e os anciãos. Os serviços são, em geral, de baixa qualidade; c) o *Estado como administrador* industrial tem demonstrado sua incompetência. Suas empresas sempre dão prejuízo, **sufocam** a pequena e média empresas e sacrificam o setor primário da **economia**; d) o *Estado como controlador econômico* mostra uma política econômica marcada por incertezas e oscilações, com inflação e recessão, monetarista e não-monetarista, sendo incapaz de evitar a recessão. Os autores ainda acrescentam que, por ironia, os governos ditos socialistas adotam políticas sociais e econômicas de índole neocapitalistas; e) o *Estado como magistrado* está desprestigiado, oferecendo uma justiça lenta e, algumas vezes, corrupta. Não raramente, incorre em inconstitucionalidades evidentes e é refém do cooperativismo, tanto público quanto privado.” PAULO MÁRCIO CRUZ transcreve a conclusão dos dois autores, Lucas Verdú e Murillo de la Cueva, que assinalam que “assistimos a uma grave e longa crise do estado social que afeta todas as suas estruturas: políticas, socioeconômicas e jurídicas. Estamos vivendo uma aguda e crítica etapa de transição da civilização ocidental de modo que o Estado, **fruto** dessa civilização, sofre intensamente essa crise”. *Idem*, p. 198/201.

¹⁴⁷ PAULO MÁRCIO CRUZ, *ibidem*, p. 233

Prossegue Paulo Márcio Cruz afirmando que

Os neoliberais acreditam que as falhas que pode haver nos mecanismos de mercado sempre são menores do que aquelas que podem ocorrer em outros sistemas, como a planificação estatal na extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e em seus países satélites, o controle dos mercados pelo Estado e a intervenção do Estado como agente econômico.

(...) Para eles {neoliberais}, os empresários sabem, e os consumidores sabem melhor ainda do que qualquer órgão estatal, o que lhes é conveniente ou não, o que preferem, ou não, e o que querem fazer com seu dinheiro e riqueza.

Assim, o neoliberalismo entende que a racionalidade dos agentes individuais, famílias e empresas, que buscam a máxima vantagem nas transações econômicas que fazem, assegura o uso mais eficiente e econômico dos escassos recursos disponíveis atualmente no mercado e na economia.¹⁴⁸

Em síntese, os fundamentos teóricos para o chamado Estado Neoliberal são encontrados nas críticas feitas ao Estado do Bem-estar, entre elas que o antigo modelo de Estado provoca o desestímulo à economia de mercado, leva a um alto custo do Estado, à incapacidade do Estado de solucionar os problemas sociais, entre eles a pobreza, à obstrução da liberdade, à oposição à iniciativa privada e a total falta de capacidade do Estado de Bem estar de atender às funções tradicionais estatais.¹⁴⁹ Assim, pela política neoliberal, o Estado deve intervir o mínimo possível na vida da sociedade, realizando apenas os serviços públicos que garantam o mínimo necessário à sua população.

Porém, como se vê pela situação atual da humanidade, o neoliberalismo também não conseguiu propiciar a evolução da sociedade pós-moderna, posto que ainda presentes a marginalização de grande parte da população, bolsões de pobreza, limitação da liberdade e o sub-desenvolvimento dos países periféricos. Aliás, estes problemas são encontrados também naqueles países que adotaram o neoliberalismo. “Pode-se perceber, aliás, os efeitos perversos das políticas neoliberais no terreno social nos dois países que mais significativamente estiveram engajados na revolução neoliberal – Estados Unidos e Grã-Bretanha – e os custos econômicos que isto significou para uma parte considerável da população”¹⁵⁰

¹⁴⁸ PAULO MÁRCIO CRUZ, *op.cit.*, p. 233

¹⁴⁹ Ver, nesse sentido, a análise feita por PAULO MÁRCIO CRUZ às pp. 199/200, *ibidem*.

¹⁵⁰ PAULO MÁRCIO CRUZ, *idem*, p. 231

Diante do que o mundo vem assistindo, a manutenção do Estado Neoliberal, na sua conformação atual, configura um golpe fatal para o Estado Social ou Estado do Bem-estar social, posto que eles ainda não construíram uma alternativa econômica capaz de manter a segurança social com crescimento econômico e geração de emprego. Se isso não ocorrer na próxima década, a soma da crise do Estado social e democrático de Direito e a inviabilidade de uma solução socialista, poderá nos levar àquilo que os novos economistas anunciam como o “neofascismo”.¹⁵¹, através do qual teremos uma retomada do governo totalitário, porém sob o enfoque da globalização.

1.6 - Crise do Estado no Brasil

Com um desenvolvimento retardado, nos países periféricos, em meados da segunda metade do século XX novas constituições passaram a ser adotadas, numa tentativa de ver nascer, efetivamente, o Estado Social tão anunciado como a salvação da humanidade excluída, elaboradas por um poder constituinte, poder inicial (antes dele não há outro poder), soberano (decide quando e como dar a Constituição à Nação) e incondicionado (não é subordinado a outra regra), que acaba por originar um novo modelo de Estado Constitucional, honrando as teorias concebidas a partir da revolução francesa, entre elas a de Emmanuel Sieyès e a teoria do poder constituinte.¹⁵²

No Brasil, na década de 50 do século passado, viveu-se um momento de tentativa de encontrar um ideal nacional acerca do Estado e seu papel, que trouxe reflexos no agigantamento do Estado econômico brasileiro iniciado na década de 60 e que prosseguiu ao longo de toda a década de 70, com o início da era chamada “Brás”, em vista da criação de mais de 300 empresas estatais, entre elas a Eletrobrás,

¹⁵¹ JULIARD, Jacques aborda a queda do comunismo e a crise do capitalismo e o surgimento do “neofascismo”. Autor citado. “O Fascismo está voltando? : a queda do comunismo e a crise do capitalismo. “Tradução por Guilherme João de Freitas. Petrópolis:Vozes, 1997. 138 p.

¹⁵² PAULO MÁRCIO CRUZ, *idem*, p.27-86 Afirma o autor que Sieyès entende que o Povo (Terceiro Estado) suportava os trabalhos particulares e a maioria das funções públicas, com exceção das lucrativas e honoríficas destinadas ao alto clero e a nobreza, considerados os outros dois estados, os quais não possuíam mérito algum. Sieyès também afirmou que o povo pretendia ter representantes que soubessem interpretar suas vontades e defender seus interesses, assinalando que, para tanto, os votos não poderiam ser por classes (ordem), mas, sim, por cabeça. A legitimidade dos escolhidos para governar passou a ser, na Democracia Representativa, a principal marca do exercício do Poder político, sendo legítimo o Poder Constituinte “*na medida que seu exercício está vinculado à Democracia*” .

Nuclebrás, Siderbrás, Petrobrás, etc¹⁵³. A ditadura militar iniciada com o Golpe de Estado no ano de 1964 teve importante papel na construção desse novo Estado brasileiro, que adotava postura de agente quase que majoritário do capitalismo nacional, porque só ele, praticamente, detinha o Capital. Com isso, continuava a cultura nacional pelo oficialismo, agora totalmente inserido nas práticas econômicas.

Junto com o nacionalismo e o ufanismo que vigorou durante o regime militar, houve uma quase que total repressão cultural e artística, especialmente no campo filosófico. A repressão tinha por objetivo maior cortar na raiz eventuais críticas ou revoltas ao militarismo instalado no país, inclusive com a utilização de seqüestros, assassinatos, mutilações, todos sob a capa protetiva da segurança nacional. Várias gerações da população nasceram, cresceram e se formaram sob o jugo desta ditadura, levando à uma insípida evolução cultural. Mas a situação de excepcionalidade política não suportou duas décadas, já que no início dos anos 80 iniciou-se no país movimentos de retomada da liberdade política e com sua concretização, também da liberdade cultural, filosófica, econômica.

Nesse período convulsionado que encontrou no início dos anos 80 seu clímax, inicia-se o movimento político conhecido como “diretas já”, culminando, em 1986, com a constituição de uma assembléia constituinte, numa tentativa de renovação da ordem jurídica, anteriormente injusta, fruto da ditadura militar.

o processo constituinte brasileiro de 1988 conjugou o método revolucionário e o da Assembléia Nacional Constituinte para o exercício do Poder Constituinte. Foi revolucionário no que diz respeito ao frustrado movimento das Diretas Já, de 1984 (...) Foi um movimento revolucionário pacífico, mas muito intenso.¹⁵⁴

O Poder Constituinte instituído no Brasil, em 1987, consistente em uma Assembléia Nacional Constituinte, destinada a elaborar a carta constitucional do Estado Brasileiro (que mais tarde veio a ser promulgada como a Constituição Federal de 1988) sofreu contestações quanto à sua legitimidade em decorrência do fato de seus membros serem congressuais (vindos do Congresso Nacional) e por ter contado

¹⁵³ LUIZ ROBERTO BARROSO, *ibidem*, p. 3 e nota 6 na p. 19. Segundo o apontado por Luiz Roberto Barroso, recenseamento oficial arrolava, em setembro de 1981, só vinculadas ao Governo Federal, a existência de 530 pessoas jurídicas públicas, de teor econômico, inclusive autarquias, fundações, empresas públicas e entidades paraestatais.

¹⁵⁴ Autor citado, *Idem, ibidem*, p. 85/86

com 1/3 de senadores sem autorização do povo para exercer o Poder Constituinte Originário.

Não obstante os vícios e as contestações jurídicas acerca da legitimidade dos membros da Assembléia Constituinte responsável pela elaboração e promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988, a nova carta política nacional recebeu legitimidade direta do povo, que a aceitou amplamente e trouxe importantes modificações na estrutura estatal e também o reconhecimento dos direitos fundamentais exercitáveis e exigíveis no solo nacional¹⁵⁵, inclusive estabelecendo limitações à gana legislativa, aos poderes da República, ao poder de tributar, entre outras.

O exercício do poder pelo cidadão¹⁵⁶ será muito mais legítimo quanto mais e constantemente for exercido por ele e pela Sociedade, de forma democrática, direta ou representativamente, sendo que o resultado da Assembléia Nacional Constituinte de 1987 constituiu um marco para a democracia brasileira, como se verá na análise dos direitos fundamentais e garantias constitucionais no Capítulo III, senão pela sua forma de confecção, pelo menos pelo seu conteúdo.

Após a Constituição de 1988 e, sobretudo ao longo da década de 90, o tamanho e o papel do Estado passaram para o centro do debate institucional. E a verdade é que o intervencionismo estatal não resistiu à onda mundial de esvaziamento do modelo no qual o Poder Público e as entidades por ele controladas atuavam como protagonistas do processo econômico.¹⁵⁷

Assim, mesmo com a nossa Constituição Cidadã de 1988, uma crise multifacetária e profunda foi se avolumando sobre o Estado Brasileiro em vista das nítidas demonstrações de fracasso de seu projeto social, de fracasso no plano da

¹⁵⁵ Menciona-se “direitos fundamentais exercitáveis no solo nacional”, assim considerados aqueles direitos humanos que o Constituinte Nacional elegeu para proteger expressamente na Carta Magna, acrescidos daqueles outros direitos humanos incorporados ao nosso ordenamento por força do artigo 5^o, parágrafo 2^o, da CF/88, e que podem ser buscados perante o Judiciário Nacional.

¹⁵⁶ É necessário ver a figura do cidadão em uma nova conformidade, não mais limitada ao conteúdo restrito de eleitor - que vota e pode ser votado – ou daquele “que vota, que se informa, que se educa, que come, que mora, que veste, que trabalha, que tem dignidade” proposta por José Luiz Quadros Magalhães (Desenvolvimento dos Direitos humanos e o direito ao desenvolvimento enquanto direito humano, artigo publicado na obra coletiva O Direito do Desenvolvimento. Série direitos Especiais. Rio de Janeiro, Editora lúmen júris, 2000, p.137 et.seq.), mas sim como sendo a pessoa humana que vota e que tem o direito a se informar, a se educar, a comer, a morar, a vestir-se, a trabalhar, sempre com dignidade.

governabilidade, do péssimo relacionamento que vinha mantendo com a sociedade brasileira e mundial decorrente da globalização, da sua relação insuficiente com o mercado, a necessidade de superação da dicotomia público-privado e até mesmo da incompetência no plano da gestão administrativa, levando à necessidade de que o modelo Estatal brasileiro viesse a ser repensado.

O modelo dos últimos vinte e cinco anos se exauriu. O Estado brasileiro chegou ao fim do Século XX grande, ineficiente, com bolsões endêmicos de corrupção e sem conseguir vencer a luta contra a pobreza. Um Estado de direita, do atraso social, da concentração de renda. Um Estado que tomava dinheiro emprestado no exterior para emprestar internamente, a juros baixos, para a burguesia industrial e financeira brasileira. Esse Estado, portanto, que a classe dominante brasileira agora abandona e do qual quer se livrar, foi aquele que a serviu durante toda a sua existência.¹⁵⁸

Problemas de tais ordens levaram a uma mutação do Estado Brasileiro, que sem ter concretizado o Estado Social ou do bem-estar¹⁵⁹, acabou cedendo ao neoliberalismo¹⁶⁰, apesar de seus dirigentes negarem tal subordinação.

Violin, fundando-se nas lições de Boaventura de Souza Santos, afirma que a crise do Estado brasileiro, não obstante a Constituição de 1988, decorreu da crise mundial do reformismo iniciada na década de 80 do século passado, que não atingiu todos os Estados Contemporâneos, mas apenas um certo tipo de Estado. Segundo o

¹⁵⁷ LUIZ ROBERTO BARROSO, *ibidem*, p. 3

¹⁵⁸ LUIZ ROBERTO BARROSO, *op.cit.*, p. 3

¹⁵⁹ Boaventura de Souza Santos afirma que os Estados periféricos e sem-periféricos assumem a idéia da crise do Estado-Providência sem que sequer tenham usufruído verdadeiramente de suas benesses. (in SANTOS, Boaventura de Souza. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000).

¹⁶⁰ Para VIOLIN, "O discurso neoliberal alardeia que o político espúrio, a corrupção, o Estado corporativo e clientelista seriam características advindas do Estado do bem-estar social, mas Lúcia Vale Figueiredo dá a entender que seriam sobras do próprio Estado liberal, perguntando se o afastamento do Estado é mesmo um bom negócio para o povo, e se a terceirização, se é mais barata, é política, social e economicamente melhor. Exemplifica a ausência do Estado da economia e da sociedade nos países chamados "tigres asiáticos", com sua política de resultados e não de necessidades, que obtiveram ganhos na economia internacional, e questiona se o povo vai bem ou se é feliz. Enfim, a autora não nega o processo de globalização, pois a união de todos os povos é inevitável, mas a mera globalização econômica (lucro obtido por poucos donos do dinheiro) não globaliza os direitos fundamentais, e compara a globalização norte-americana capitalista com sede de lucro e com a fome do homem, ao do Império Romano, Império Britânico e Hitler. Também críticos do neoliberalismo, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, Paulo BONAVIDES, Valmir PONTES FILHO, Sílvio Luís Ferreira da ROCHA, Carlos Nelson COUTINHO, Marco Aurélio NOGUEIRA e tantos outros autores entendem que no Brasil o neoliberalismo surgiu com toda a força nos governos de Fernando COLLOR DE MELLO e Fernando Henrique CARDOSO, com a redução sensível da participação do Estado na atividade econômica e na prestação dos serviços públicos." VIOLIN acrescenta que Valmir PONTES FILHO ensina que "o Governo de Fernando Henrique CARDOSO sucumbiu aos padrões do FMI e seus imediatos beneficiários, os "estupradores" internacionais de nações, com uma política "neo-nazi-liberal-entreguista", citando como exemplo a extinção de órgão e entidades públicas com a substituição por organizações sociais. PONTES FILHO, Valmir. O Estado brasileiro, sua atuação e seu dever constitucional. In: Revista Trimestral de Direito Público nº 31. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 70)", VIOLIN, *Op.cit. idem*, p.

autor, o neoliberalismo fez surgir um novo Estado forte, sintonizado com o capitalismo global, capaz de submeter as soberanias periféricas à lógica mercantil. Segundo o autor,

A crise do reformismo decorreu da crise da pós-revolução, com a queda do muro de Berlim, quando o reformismo deixou de fazer sentido. Para o autor {Boaventura}, "enquanto não surgir no horizonte um outro momento revolucionário, não será inaugurado um novo paradigma reformista". Para ele {Boaventura} "é o movimento de mudança social próprio de um período histórico que é demasiado prematuro para ser pós-revolucionário e demasiado tardio para ser pré-revolucionário. É esse o nosso período histórico".

Prossegue o autor afirmando que

(...) o fim do reformismo determinou o início do movimento para a reforma do Estado, cuja primeira fase é a do Estado irresponsável, mínimo, com o ideário de que "o Estado é inerentemente ineficaz, parasitário e predador, por isso a única reforma possível e legítima consiste em reduzir o Estado ao mínimo necessário ao funcionamento do mercado". Neste momento "distingue-se então entre as funções que são exclusivas do Estado das que o Estado foi tomando por usurpação ou concorrência de outras instâncias não estatais de regulação social, com a implicação de que o Estado deve ser confinado às suas funções exclusivas". Foi um "movimento global desta vez impulsionado pelas instituições financeiras multilaterais e pela ação concertada dos Estados centrais com recurso a dispositivos normativos e institucionais muito poderosos pela sua abstração e unidimensionalidade, tais como dívida externa, ajustamento estrutural, controle do défice público e inflação, privatização, desregulamentação, reconhecimento do colapso eminente do Estado-Providência e sobretudo da segurança social, e a conseqüente redução drástica do consumo colectivo da protecção social, etc.". Mas a emergência das máfias, "a corrupção política generalizada e o colapso de alguns estados do chamado Terceiro Mundo vieram mostrar os dilemas do consenso do Estado fraco" e "como toda a desregulamentação envolve regulamentação, o Estado, paradoxalmente, tem de intervir para deixar de intervir" e "começou a ser claro que o capitalismo global não pode dispensar a existência de Estados fortes ainda que a força estatal tenha de ser de um tipo muito diferente daquele que vigorou no período do reformismo e se traduziu no Estado-Providência e no Estado desenvolvimentista". A segunda fase do Estado reformável, para Boaventura, se assenta em dois pilares fundamentais, a reforma do sistema jurídico e o papel do chamado "terceiro setor".¹⁶¹

¹⁶¹ VIOLIN, *op.cit.*, p. . O autor, nesse passo, critica as conclusões de BOAVENTURA no tocante ao terceiro setor, afirmando que "Concordamos com quase toda a análise realizada por Boaventura de Souza SANTOS. Apenas entendemos que, conforme adiante será melhor explorado, esta chamada segunda fase da reforma do Estado, com a utilização do "terceiro setor" como prestador de serviços sociais, também pode ser caracterizada como defensora do Estado mínimo, irresponsável e, portanto, neoliberal. Tudo dependerá de como será organizada a sociedade civil, os movimentos sociais, etc."

Os contornos do novo Estado Brasileiro, impregnado pelos contornos da crise do reformismo¹⁶² e pela noção de estado neoliberal, se fizeram sentir já em meados da década de 90, do século passado, com a sua saída da atividade econômica privada e concessão dos serviços públicos¹⁶³, limitando-se, somente à prestação daqueles considerados como sensíveis, ou seja, que garantam o “mínimo necessário para uma vida digna” do cidadão brasileiro, como a educação fundamental, a saúde pública, a previdência social irrisória, os benefícios de natureza meramente assistencial, segurança pública, atividades fiscais, jurisdicionas e administrativas *strictu sensu*, entre outras.

O Estado Brasileiro foi desafiado, assim, a buscar um novo modelo de integração social de forma a adaptar-se à nova realidade, em vista da globalização, da abertura do mercado, das pressões do FMI e inclusive do surgimento daquilo que posteriormente veio a ser conhecido como o terceiro setor¹⁶⁴, como vem acontecendo paulatinamente com a parceria do Estado com as Organizações Não Governamentais, em atividades atinentes à saúde, educação, assistência social, etc..

Com isso, o processo de mutação do Estado brasileiro, além das privatizações e concessões ocorridas em passado próximo, onde ele deixou de ser um agente executor dos serviços públicos e passou a atuar como agente regulador das atividades consideradas de interesse geral (como o são os serviços de telefonia, eletricidade, comunicações, petróleo, etc), passou também a apoiar a abertura de

¹⁶² Para LUIZ ROBERTO BARROSO, as reformas realizadas no Estado Brasileiro envolveram três transformações estruturais que se complementam, mas não se confundem. Para ele, “a primeira transformação substantiva da ordem econômica brasileira foi a *extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro* (EC n. 6/95, que suprimiu o art. 171 da CF e alterou o 176, alterando o conceito de empresa brasileira de capital nacional e eventuais isenções, privilégios e benefícios especiais concedidos a ela. A EC 7/95 e a EC 36, também trouxeram importantes mudanças nessa seara). “A segunda linha de reformas que modificaram a feição da ordem econômica Brasileira foi a chamada *FLEXIBILIZAÇÃO DOS MONOPÓLIOS ESTATAIS* (EC’s ns. 5, 8, 0, de 1995). A terceira transformação econômica de relevo – a chamada privatização – operou-se sem alteração do texto constitucional, com a edição da Lei n. 8.031/90, que instituiu o Programa Nacional de Privatização, depois substituída pela Lei n. 9.491/97”. (*ibidem*, pp. 3-5)

¹⁶³ “Daí a privatização haver trazido drástica transformação no papel do Estado: em lugar de protagonista na execução dos serviços, suas funções passam a ser as de planejamento, regulação e fiscalização. É nesse contexto histórico que surtem, como personagens fundamentais, as agências reguladoras”, entre elas ANATEL, ANEEL, ANP, ANA, ANS, ANVISA, entre outras. LUIZ ROBERTO BARROSO, *ibidem*, pp. 7-8.

¹⁶⁴ Terceiro setor aqui entendido como sendo aquele que não pertence ao primeiro setor, o Estado e nem ao segundo setor, o mercado. Entende-se haver, no terceiro setor, uma relação trilateral Estado-sociedade-comunidade. Para PAULO MÁRCIO CRUZ, o terceiro setor teria uma correspondência com a terceira via, conceituando-a como “um novo movimento de renovação política colocado como alternativa ao socialismo e ao neoliberalismo, em substituição à democracia social criada na Europa. A terceira via prega que é preciso ter o concurso de três instituições em uma sociedade decente: o Governo, liderança ativa; os mercados, porque são efetivos do ponto de vista econômico e a sociedade civil organizada, sem nenhum deles dominar os outros” (*ibidem*, p. 227).

novas modalidades de envolvimento do Poder Público com a iniciativa privada, gerando, inclusive, uma maior fomentação do terceiro setor¹⁶⁵, podendo ser mencionadas, entre outras, o contrato de gestão com organizações sociais (Lei n. 9637/98), contrato de gestão com agências executivas (Lei n. 9649/98), termo de parceria com organizações sociais de interesse público (Lei n. 9.790/99), termo de cooperação para a inovação tecnológica (Lei n. 10.973/04, parcerias público-privadas (Lei n. 11.079/04) e os contratos de Programa, Rateio e consórcios públicos (Lei n. 11.107/05).

Não obstante esta abertura para a relação público-privada, o Estado Brasileiro é obrigado a conviver com a crise que envolve as tipologias estatais, fomentando as discussões ao redor dos conceitos de Estado Liberal, de Estado Mínimo, de Estado Socialista, de Estado Social, de Estado de bem-estar e de Estado Democrático de Direito. A nação desilude-se quanto aos projetos idealizados para cada um desses modelos de Estado, não escondendo seu descontentamento em vista da mal-sucedida atuação estatal. O Estado, nessa visão pessimista, passa a ser o criador e mantenedor das desigualdades sociais.

Somado a este quadro está a corrupção, esvaziando a esperança do povo na solução dos problemas nacionais, levando a uma crise política marcada pela quebra da credibilidade dos mandatários, com forte reação à representação política, acentuando a discussão sobre a legitimidade desses representantes. Este quadro faz com que as teorias contemporâneas coloquem em xeque

(...) as bases filosóficas da tradicional Teoria do Estado (...) na medida em que buscam fundamento em teorias sociais mais sofisticadas que procuram refletir acerca da hiperdiferenciação das sociedades complexas atuais. Para as teorias da sociedade civil e da democracia como as avançadas por Jürgen Habermas, há que se reconstruir, por um lado, tanto um conceito de sociedade civil que não se reduza ao mercado, quanto, por

¹⁶⁵ Sobre aspectos atinentes ao Terceiro Setor, recomendamos a leitura das obras: PAULO MÁRCIO CRUZ, Paulo Márcio. Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo. 3ª. Ed., Curitiba, Juruá; ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Terceiro setor. São Paulo: Malheiros, 2003 PEREIRA, Valéria Feres Borges Rolin. Dissertação: Contrato de Gestão nas Esferas Pública e Privada – O Terceiro Setor; Jacarezinho/PR, 2003; Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas, Fundinop/UNESPAR; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Parcerias na Administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas, 4ª. Ed., São Paulo, Atlas; SOUZA, Leandro Marins de. Tributação do Terceiro Setor no Brasil. São Paulo: Dialética, 2004; MÂNICA, Fernando Borges. Terceiro Setor e Imunidade Tributária. Belo Horizonte: Fórum, 2005; SZAZI, Eduardo. Terceiro Setor: regulação no Brasil, 2ª ed. São Paulo: Petrópolis, 2001; ALVES, Francisco de Assis. Fundações, organizações sociais, agências executivas, organizações da sociedade civil de interesse público e demais modalidades de prestação de serviços públicos. São Paulo: LTr, 2000, entre outros.

outro lado, um conceito de esfera pública que não se reduza ao Estado, em que processos societários sejam encarados de modo mais amplo¹⁶⁶

Nesse quadro de crise estatal¹⁶⁷ surgem as estruturas econômicas vinculadas à globalização, provocando, segundo Friedrich Muller “a desregulamentação em escala mundial, designada de forma semanticamente inofensiva com o termo ‘globalização’. Segundo o autor, “trata-se de uma globalização sob a lei do capital; em outras palavras, a mundialização é uma monetarização” que elimina, “por exemplo, tarifas alfandegárias destinadas a proteger produtores e mercados locais e regionais. Assim, produtores de países pequenos submetem-se a uma concorrência internacional que, muitas vezes, não conseguem enfrentar. Fica minada a possibilidade de os governos nacionais protegerem sua economia e monitorarem com autonomia seus sistemas financeiros”¹⁶⁸

Esta nova visão econômica das relações comerciais, sinalizando profundas alterações nas relações internacionais e na ordem interna dos países, configura “uma nova forma de colonialismo acirrado”, sendo que “as crises de importantes economias asiáticas, da economia mexicana e, depois, da sul-africana – e agora, da Argentina – mostram quão frágeis e vulneráveis se tornam economias nacionais individuais. Indiretamente, também se enfraquece todo o conjunto de economias, em decorrência da monetarização global, que leva à adequação forçada dos países individuais a uma monocultura econômica ocidental, motivada, exclusivamente, pela maximização do lucro”.¹⁶⁹

Há, assim, uma reorganização espacial das atividades econômicas e refletem a indefinição decorrente da desterritorialização de economias como resultado da lógica

¹⁶⁶Oliveira, Marcelo Andrade Cattoni. Teoria discursiva da Constituição. O Sino do Samuel, Belo Horizonte, UFMG, maio 1997, p. 4.

¹⁶⁷ VIOLIN afirma que “Segundo os neoliberais, a crise do Estado sugere um “Estado mínimo”, contrário ao “Estado intervencionista” ineficiente, o que seria um retorno, um retrocesso ao liberalismo, o neoliberalismo, na verdade um “hiperliberalismo”, com o individualismo em alta e o desumanismo à solta, colocando em questão o constitucionalismo social e ideais de igualdade, fraternidade, solidariedade e busca da justiça social. Com esta crise do Estado social, a qual Boaventura de Souza SANTOS informa que vislumbra na década de 60 e se mantém até os dias de hoje, que é o período do “capitalismo desorganizado”, ocorre o desmantelamento das antigas formas organizativas, sem a visibilidade das novas formas que irão substituir as antigas. O capitalismo está mais forte do que nunca, e vários são os exemplos disso, como a neutralização dos movimentos socialistas, do ativismo operário e das relações sociais não mercantilizadas. Na verdade, os problemas do Estado-providência “não são jurídico-técnicos: são problemas políticos”. *Idem*, p.

¹⁶⁸ MÜLLER, Friedrich. “Democracia e Exclusão Social em face da Globalização”, artigo obtido junto ao Site <http://www.presidencia.gov.br/ccivil.03/revista/Rev.72/artigos>, obtido em 30/01/2006, p. 4.

¹⁶⁹ MÜLLER, *ibidem*, *idem*, p.4.

dos grandes oligopólios mundiais centrados na força do capital e na revolução tecnológica, cujos efeitos repercutem, principalmente, nas diretrizes de integração de economias estatais, de flexibilização de mercados e de relações de trabalho. Afirma Müller que “esse sistema de capitalismo “avançado” revela ser absolutamente destrutivo: a fome e a miséria aumentam e a extensão do consumo de recursos e da destruição do meio ambiente produz, cada vez mais, o colapso do planeta”.

Não é demais transcrever as palavras de Müller, que ao se referir ao filósofo Luhmann e sua análise sobre a exclusão social em países periféricos e industrializados, traz conclusão que, além de pessimista, retrata a realidade excludente de bilhões de pessoas no mundo todo:

Nas palavras de Niklas Luhmann, com referência à Índia, à África e ao Brasil, mas também a partes dos Estados Unidos, exclusão crescente significa a “produção” de milhares de corpos humanos que são expulsos de todas as redes de comunicação socialmente necessárias: “Ao passo que na esfera da inclusão as pessoas contam enquanto pessoas, na esfera da exclusão parece que somente os seus corpos têm importância”. A miséria cresce, também, nos países ricos, em forma de êxodos maciços em escala mundial, terrorismo e reimportação, pela via dos ciclos ecológicos, de lixo tóxico, “exportado”, bem como por meio de catástrofes climáticas generalizadas; pela formação de guetos de miséria nas áreas de alta densidade demográfica dos países industrializados; e pelo crescimento da criminalidade organizada que, praticamente, não pode ser combatida apenas com sanções penais. O capital que age legalmente “se confunde” com o capital que age criminosamente.¹⁷⁰

O aparelho estatal, ao seu turno, mostra-se defasado em face da velocidade das mudanças, ligando o avanço tecnológico e a globalização de forma a desestruturar a vida em sociedade, dificultando que o Estado brasileiro, burocrata por natureza, consiga acompanhar estas novas exigências.

O anacronismo do aparelhamento em termos de organicidade, gestão e racionalidade técnica distancia progressivamente o Estado do padrão das respostas demandadas e esperadas no cenário das sociedades pós-industriais, hipercomplexas, para atendimento de interesses metaindividuais relativos a esferas cada vez mais

¹⁷⁰ MÜLLER, *idem.*, p.5. Mais adiante, no Capítulo III desta dissertação, analisaremos mais a fundo a questão da exclusão social e da democracia, especialmente quando formos sustentar um conceito de justiça aplicável ao Brasil.

abrangentes. A crise, assim, revela-se, sobretudo, na forma de administração, comprometida pelas sensíveis disfunções da burocracia.

Na evolução das idéias até agora apontadas, observa-se um ciclo vicioso que provoca, mantém e aprofunda desigualdades sociais. A sociedade, sob perspectiva essencialmente dinâmica, revela descompasso permanente entre seu aparato estatal burocrático e ultrapassado e a realidade social, cada vez mais complexa e em constante mutação. Essa sociedade coloca-se, por sua vez, de mãos amarradas frente à tendência de crescente necessidade da população para captação da força econômica e política da burocracia estatal, pelas suas necessidades sociais, cada vez mais aumentadas e expandidas em face da realidade pós-moderna decorrentes da globalização e do avanço tecnológico¹⁷¹ e também frente ao esgotamento social pela descrença nos resultados a serem produzidos por esta mesma atividade estatal.

De outra parte, nesse ciclo vicioso, a sociedade pode ser surpreendida com a privatização do espaço público¹⁷² ou de ver reforçado o monopólio do Estado sobre tal campo, muitas vezes com atitudes totalitárias¹⁷³. Acrescente-se, aqui, que as sociedades, em sua evolução, sempre vivenciaram este paradoxo, oscilando entre o liberalismo, que domina todas as frentes produtivas de riquezas, em um extremo e no outro o totalitarismo, que na marcha do Estado totalitário sobre o homem ignora o princípio maior da humanidade, que é a vida digna.

É dentro deste paradoxo que o Estado do futuro está sendo insculpido, e nesse ponto é que os pensadores, filósofos, sociólogos, antropólogos, juristas, historiadores e outros estudiosos das ciências sociais devem prestar seu auxílio na formulação de suas bases, para evitar que qualquer uma das duas posições prevaleça e tenhamos que viver situações violadoras da dignidade humana já vividas pela humanidade.

¹⁷¹ Até o início da década de noventa do século XX não se falava em inclusão digital, ampliação do parque de telefonia móvel e fixa, concessão de medicamentos de alto custo em face de patentes laboratoriais, moradia com saneamento básico, água potável, esgoto com tratamento, energia elétrica ininterrupta, etc.

¹⁷² Ou até mesmo **privatizando** as atividades essenciais tradicionais do Estado

¹⁷³

1.7 – O Estado do Futuro

É inegável que a crise da sociedade contemporânea evidencia a verdadeira mudança de paradigma que a coloca como espaço de produção do interesse público e do bem comum, aflorando em seu seio interesses das mais variadas gamas, privados e públicos.

Diante da crise advinda da incapacidade do neoliberalismo de corresponder às necessidades de trabalho e de bem-estar social da população mundial, da ameaça de desaparecimento do socialismo real, assim como há muito tempo atrás desapareceu o liberalismo clássico para nunca mais retornar, e diante do fato de que o Estado Social ou de Bem-estar encontra-se em crise profunda auto-destrutiva em face do mundo globalizado, só resta buscar, aqui, qual o futuro do Estado Brasileiro ou qual o Estado do futuro que a sociedade brasileira quer e precisa ou pelo qual anseia nosso povo. E nesse passo, interessante tratar de algumas sugestões fornecidas pelos estudiosos da matéria. .

Para Bonavides, o futuro do Estado brasileiro deve ser encontrado na democracia participativa¹⁷⁴, construída de acordo com a realidade da própria sociedade encontrada em seus espaços de cidadania: na cidade, no campo, nas associações, sindicatos, universidades, etc, onde será buscado e com certeza encontrado um novo papel para o Estado e para a Constituição. Afirma o autor que tal se dará através da formulação do Estado democrático-participativo “que, na essência, para os países da periferia é a versão mais acabada e insubstituível do Estado social, este que a globalização e o neoliberalismo tanto detestam e combatem”¹⁷⁵. Sustenta o

¹⁷⁴Bonavides define democracia participativa como sendo a “democracia de emancipação dos povos da periferia” (*ibidem*, p. 7)

¹⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia participativa. 2ª. Ed. São Paulo, 2003, Malheiros, p.19. Afirma o autor, em páginas anteriores, que “o Direito Constitucional morreu para os neoliberais, ressurrecto nós o vemos, todavia, entre quantos se empenham em fazê-lo uma ferramenta de sustentação da identidade nacional e dos poderes de soberania. E, do mesmo passo, entre aqueles que se declaram leais a um sistema de normas superiores e fundamentais, um sistema cujo Direito vai ao campo de batalha e não retrocede nem na doutrina nem nos conceitos. É esta a missão, a causa, a tarefa que se lhe impede atribuir. Se os punhais do neoliberalismo assassinares a doutrina de uma tão redentora forma de justiça distributiva, que é o Estado social, a Nação reagirá para fazer o milagre de sua ressurreição. O mesmo se diga com respeito à Constituição e à soberania. Democracia participativa e Estado social constituem, por conseguinte, axiomas que hão de permanecer invioláveis e invulneráveis, se os povos continentais da América Latina estiverem no decidido propósito de batalhar por um futuro que reside tão-somente na democracia, na liberdade, no desenvolvimento. Dizer que a democracia é direito da quarta geração, qual o fiz em Foz de Iguaçu, na Conferência final da XIV Conferência Nacional de Advogados, em 1992, não basta. Faz-se mister ir além. Urge, assim, tornar explícitos os meios técnicos de realização e sustentação desse direito principal nos países da periferia, onde as três gerações ou dimensões de direitos fundamentais não lograram ainda concretizar-se na região da normatividade. É

autor, também, que a escolha por esta nova forma de Estado baseia-se no argumento teórico central de que o Estado Democrático Participativo organizará

uma resistência constitucional dos países da periferia arvorando a bandeira da soberania, da igualdade e da justiça social” e através dessa resistência “o povo organizado e soberano é o próprio Estado, é a democracia no poder, é a legitimidade na lei, a cidadania no governo, a Constituição aberta no espaço das instituições concretizando os princípios superiores da ordem normativa e da obediência fundada no contrato social e no legítimo exercício da autoridade.”¹⁷⁶

Afirma BONAVIDES, ainda, que:

Ao Estado liberal sucedeu o Estado social; ao Estado social há de suceder, porém, o Estado democrático-participativo que recolhe das duas formas antecedentes de ordenamento o lastro positivo da liberdade e da igualdade. E o faz numa escala de aperfeiçoamento qualitativo da democracia jamais dantes alcançada em termos de concretização. O Estado democrático-participativo libertará povos da periferia, transformando-se em trincheira de sobrevivência, desafio e oposição às infiltrações letais da diátese globalizadora que mina o organismo das sociedades do Terceiro Mundo.

Outra coisa não significa senão o Estado da democracia participativa, figura institucional fadada a libertar, se aplicada e concretizada com bom êxito, os povos periféricos. Em verdade é a única alternativa que se lhes apresenta, premidos pela ideologia neoliberal e globalizadora da recolonização que os priva e destitui dos instrumentos de afirmação, sobrevivência e continuidade presentes nos conceitos de soberania, povo, nação, território e constituição.¹⁷⁷

Para Magalhães, o futuro do Estado brasileiro deve ser o do Estado Democrático,

essa, indubitavelmente, a grande tragédia jurídica dos povos do Terceiro mundo. Têm a teoria mas não têm a práxis. E a práxis para vingar diante da ofensiva letal dos neoliberais precisa de reforma ou renovação de modelos teóricos.” *Idem*, p. 9.

¹⁷⁶BONAVIDES, 2003, *idem*, pp.19/20

¹⁷⁷ BONAVIDES, 2003, *idem*, p. 20. Segue o autor explicando sua opção pelo Estado Democrático Participativo, afirmando que “Assim como há quatro gerações de direitos fundamentais, há, do mesmo passo, em igual sentido, cinco classes de Estado, que surgiram ou estão surgindo desde a queda das monarquias de direito divino. Compreendem em linha de sucessão histórica e de coexistência, não raro controversa e hostil, o Estado liberal, o Estado socialista, o Estado social, e, de último, na contemporaneidade da globalização, dois outros modelos desse Estado, a saber, o Estado neoliberal e o Estado neo-social – um reacionário, outro progressista ; um já bastante formulado, outro apenas esboçado; um positivo, outro teorizado; um no Primeiro Mundo , outro na periferia. A quinta modalidade que prognosticamos e defendemos, ou seja, o Estado neo-social da periferia, ainda se acha em gestação nas reflexões dos cientistas políticos e constitucionais. Em nossa nomenclatura política ele se chama Estado democrático-participativo.

onde a Constituição nacional garanta os processos democráticos de constante mudança da sociedade, com respeito aos direitos humanos universais não-culturais, deixando que cada município estabeleça na sua Constituição, de forma livre e democrática, o seu próprio modelo de sociedade, de economia, de repartição de riquezas e de convívio social, desde que respeitados os processos democráticos da Constituição nacional e os princípios universais de direitos humanos.¹⁷⁸

Para Paulo Márcio Cruz, o futuro do nosso Estado está na perfeita interação entre os espaços público e privado, através da Terceira Via, que não foge do desejo de manter o Estado de Bem-estar – e de justiça social -, pois “não faltam idéias sobre um futuro de paz e justiça, mas é preciso operacionalizar estes desejos e transformá-los em coisas palpáveis”.¹⁷⁹

Para Paulo Márcio Cruz, a Terceira Via aparece como opção para o Estado do futuro operacionalizar estes ideais, posto que ela¹⁸⁰

(...) prega a compreensão efetiva das ações de intervenção econômica e de luta contra o desemprego, Segundo seu ideólogo, trata-se de buscar estratégias de compreensão para as conexões que envolvem os

¹⁷⁸ MAGALHÃES, *ibidem*, p.

¹⁷⁹ PAULO MÁRCIO CRUZ, *ibidem, idem*, p. 245

¹⁸⁰ Para PAULO MÁRCIO CRUZ, a “terceira via é uma etiqueta que está sendo trabalhada teoricamente com a pretensão de se transformar numa opção ideológica para a centro-esquerda – ou para a nova esquerda. Concebida por Anthony Giddens, e adotada, primeiramente por Tony Blair na Inglaterra, a Terceira Via propõe uma democracia social – e, por via de consequência, um novo Estado de Bem Estar – modernizada, compromissada com a Justiça Social e com as metas da esquerda democrática, sendo, “ao mesmo tempo flexível, inovadora e com visão de futuro para alcançar estes objetivos”, nas palavras de Blair.” (autor citado, pp. 240 e 241). Das bases teóricas da Terceira Via apresentadas por PAULO MÁRCIO CRUZ, podemos extrair que esse novo modelo a) “se baseia nos valores que orientaram a política progressista durante mais de um século: democracia, liberdade, justiça, compromisso mútuo e internacionalismo”; b) o seu objetivo político está pautado “no sentido de ajudar os cidadãos a abrirem seu caminho através das mais importantes revoluções de nosso tempo: a globalização”; c) adoção de uma atitude positiva em relação á globalização, “entendida como um fenômeno muito mais amplo que um simples mercado global”; d) ara Giddens, a Terceira Via “não tem nada a ver com o neoliberalismo”, sendo possível reconhecer que os mercados muito podem fazer em prol da sociedade, desde que haja uma renovação das instituições, fazer novas “distribuições de renda dentro das fronteiras da democracia social; e) para a Terceira Via a máxima que deve nortear sua aplicação é a de que “não há direitos sem responsabilidades, levando ao reconhecimento de que o Governo tem “todo um aglomerado de responsabilidades para com seus cidadãos, incluindo a proteção dos vulneráveis; f) outro preceito da Terceira Via está na afirmação de que “não há autoridade sem democracia”. Em resumo, os valores que informam a Terceira Via são: a igualdade, proteção aos vulneráveis, liberdade como autonomia, direitos com responsabilidade; autoridade com democracia, pluralismo cosmopolita e o conservadorismo filosófico. PAULO MÁRCIO CRUZ< *ibidem, idem*, pp.240/244.

problemas contemporâneos e suas soluções. A velha dicotomia entre o público e o privado está também no centro da discussão da Terceira Via. Ao invés de separar a Sociedade Civil da Sociedade Política, o que está proposto é exatamente uma conjugação de esforços destes dois âmbitos para reforçar o cambaleante Estado de Bem-estar.

Prossegue o autor, afirmando que

A dinamização da economia, o fortalecimento da Sociedade Civil, a democratização das ações do governo e a internacionalização da política são os quatro objetivos colocados como resposta aos paradoxos deste fim/começo de milênio. Todos eles correspondem a uma mesma idéia: dividir as responsabilidades.¹⁸¹

Nesta linha de raciocínio, afirma Valéria Feres Borges Rolim Pereira que a Terceira Via tem uma estrutura de pensamento e de prática política que busca trazer os conceitos da social-democracia para um novo tempo, um mundo em contínua transformação, transcendendo as ultrapassadas noções da social-democracia e também do neoliberalismo".¹⁸² Prossegue a autora, afirmando que na Terceira Via,

(...) o governo age em parceria com instituições da sociedade civil para fomentar a renovação e o desenvolvimento da comunidade. Essa nova economia, de caráter misto, decorre da modernização das instituições do Welfare existentes e propõe uma nova sinergia entre os setores público e privado, utilizando o dinamismo dos mercados, mas tendo em mente o interesse público. Envolve o equilíbrio entre regulação e desregulação nos âmbitos transnacionais, nacional e local e um equilíbrio entre o econômico e o não econômico na vida da sociedade".¹⁸³

A Terceira Via, segundo os doutrinadores que a apóiam, mantém um estreito vínculo com as atividades desenvolvidas pelo Terceiro Setor, onde o Primeiro Setor (Estado) e o segundo setor (o mercado) desenvolveriam parcerias para alcançar a Justiça Social buscada por determinada sociedade.

¹⁸¹PAULO MÁRCIO CRUZ< *idem*, pp.247/248. Não é demais transcrever o fechamento do pensamento do autor, que afirma que "um Estado **progressista** só deveria intervir naqueles setores e lugares da economia nos quais a iniciativa privada não chegasse por razões de mercado ou nos quais esta fracassasse na distribuição dos bens básicos". (...) Aduz o autor, ainda, em conclusão à questão da Terceira Via, que ela procura "contribuir para a transformação da mudança em progresso, impedindo que essa transformação seja abandonada à "inevitabilidade histórica". *Idem*, p. 249.

¹⁸² PEREIRA, Valéria Feres Borges Rolim. O Contrato de gestão nas esferas pública e Privada – O terceiro Setor, Jacarezinho, 2003, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas, UNESPAR/Fundinop, p. 15.

As notas apresentadas neste breve estudo, é importante ressaltar, são apenas introdutórias sobre o Estado brasileiro do futuro, posto que este ainda se encontra em gestação, mas são importantes para deixar claro, desde já, que independentemente da forma que o Estado do futuro venha a ter, ele “deve ser arrancado, finalmente, da sua privacidade, estruturalmente ainda feudal, deve tornar-se público, no sentido moderno do termo, deve, para dizê-lo em termos jurídicos, ser tratado como ente de Direito Público. E essa qualidade fundamental de uma República com uma efetiva divisão dos poderes e um efetivo controle dos poderes deve ser fiscalizada por uma práxis independente dos Tribunais, cuidadosamente e em estrita fidelidade à Constituição”.¹⁸⁴

Por não ser demais essa observação, é importante que no Estado do Futuro, ainda segundo Müller, “contra a globalização do capital oligopolista, há que se *globalizar a democracia* – em formas estruturadas democraticamente em si mesmas, enquanto auto-organização móvel, com um “povo” global a ser criado, paulatinamente, por meio da resistência, enquanto ator e veículo da comunicação na esfera pública mundial, da crítica e da formulação de opções melhores, com vistas a uma sociedade mundial futura, na qual a economia exista novamente em função das pessoas e onde a estas seja possível decidir democraticamente seus destinos na condição de membros iguais de uma sociedade não excludente”¹⁸⁵

O Estado do Futuro, pois, deverá ter a forma que a Sociedade definir, necessária para a realização dos seus objetivos, previstos antecipadamente na Constituição, concretizando, assim, a Justiça da dignidade concreta que esta mesma sociedade eleger como fim último a ser alcançado. Tal afirmativa será melhor estudada no Capítulo seguinte, sob o enfoque “a justiça que queremos”.

Por derradeiro, importante observar que o Estado do Futuro irá substituir os modelos estatais contemporâneos, devendo, porém, aproveitar as lições do passado, especialmente no tocante à importância do papel que ele terá na realização dos objetivos concretos da sociedade do futuro.

E uma das lições que não deve ser esquecida é a apresentada pelo economista americano Jeffrey Sachs, antigo defensor do neoliberalismo e que hoje se

¹⁸³ PEREIRA, *ibidem*, *idem*, p. 16.

¹⁸⁴ MÜLLER, *op.cit.*, *idem*, p. 10

¹⁸⁵ MÜLLER, *ibidem*, p. 10

apresenta como um dos mais veementes defensores da volta do Estado como mola propulsora do desenvolvimento social.

Trabalhando atualmente em conjunto com a ONU, em projeto internacional que tem por objetivo erradicar a pobreza do mundo (Projeto Milênio), Sachs reconhece que

a erradicação da pobreza extrema exige investimentos em saúde, educação e infra-estrutura. A iniciativa privada não irá colocar dinheiro nas áreas mais pobres do planeta, simplesmente porque não há mercado nesses lugares. Há hoje mais de 1 bilhão de pessoas na luta pela sobrevivência. Com ações bem programadas do Estado, podemos acabar com esse problema até 2025. (...) A pobreza só vai ser erradicada com investimentos. Esse dinheiro tem que vir dos países ricos”¹⁸⁶

O economista americano afirma, ainda, que o Brasil está no rumo certo com seus programas de combate à pobreza, tendo avançado bastante nos últimos anos, sobretudo na área da educação, mas entende que é preciso fazer muito mais, pois

(...) um país que deseja passar de um nível de renda médio para um patamar mais alto deve investir pesadamente em sofisticação tecnológica. E isso só é possível quando há uma boa base educacional. A Coreia descobriu esse caminho nos anos 70. Por isso, é hoje um país muito mais rico que o Brasil.¹⁸⁷

SACHS, ao afirmar a necessidade de investimento do Estado na sofisticação tecnológica, ingressa em assunto de grande importância para a realidade social mundial decorrente da exclusão tecnológica.¹⁸⁸ Da mesma forma que as grandes

¹⁸⁶ SACHS, Jeffrey, Matéria retirada da entrevista com o economista sob o título “Tragam o estado de volta”, publicada na Revista Exame de 22/03/2006; <http://portalexame.abril.uol.com.br>

¹⁸⁷ SACHS, *idem*

¹⁸⁸ Interessante estudo sobre esta matéria pode ser encontrado na dissertação de Mestrado apresentada por Marcelo Miguel Conrado (Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas da FUNDINOPI/UNESPAR, Campus de Jacarezinha. Também encontramos pesquisas nesse sentido no artigo A LEI DE BIOSSEGURANÇA E OS AVANÇOS DA BIOTECNOLOGIA COMO INSTRUMENTO DE INCLUSÃO SOCIAL, CONRADO, Marcelo Miguel e DOMINGUES, Manoela de Souza Revista, Argumenta, Volume IV, 2004, Publicação do Curso de Mestrado da FUNDINOPI/UNESPAR/Jacarezinho, do qual se pode extrair o trecho que segue: “(...) o direito e a engenharia genética, cada qual a seu modo, são duas importantes áreas do conhecimento que envidam esforços para a concretização de uma nova ordem social. Sob a lente do respeito à dignidade da pessoa humana e à promessa humanitária de inclusão

economias do passado expandiram seus horizontes e conquistaram colônias por meio do domínio do mercado de armamento e de transporte (naval e ferroviário), hoje, as grandes economias, buscam manter sua hegemonia por meio do domínio do mercado tecnológico. Os novos agentes sócio-históricos predominantes, como preconizado por Wolkmer ¹⁸⁹, passam a ser os detentores de patentes tecno-biológicas e aqueles que participam destes novos mercados e das novas relações que surgem a partir deles.

Para evitar que os Estados do futuro sujeitem, não apenas seu mercado, mas também e principalmente sua soberania e seu povo a uma nova situação de submissão pela dominação tecnológica e econômica do capital internacional, permanecendo na periferia da zona de poder econômico e político mundial, deverão acordar para a nova realidade e perceber que somente com a sua inclusão no desenvolvimento tecnológico mundial, com adequação da educação que presta à população e investimentos no setor, poderão sobreviver à nova forma de dominação político-econômica em andamento.

Mas este desenvolvimento tecnológico e científico incentivado pelo Estado deve ser galgado de forma cautelosa, como alertado por Alaôr Caffé Alves¹⁹⁰, pois

o capital absorve a ciência e a tecnologia, como base de sua própria competitividade, mas por outro lado ele vai expulsando exatamente o elemento central e fundamental de sua própria vida, qual seja, a força de trabalho. Por não distribuir renda suficiente, porque substitui trabalho por tecnologia altamente sofisticada, ele vai ter um mercado consumidor cada vez mais frágil, mais estreito, o qual não vai absorver a extensa e ampla produção causada por suas atividades. Vejam que paradoxo, que contradição!¹⁹¹

social as questões que transitam no biodireito tornam-se, então, campo fértil para o estudo focado na interdisciplinaridade do saber. (...) E para que a vida, o direito e a engenharia genética não se transformem em meios para legitimar unicamente os interesses econômicos, representados pela cobrança de royalties sobre o patenteamento genético, é preciso repensar a função política da ciência jurídica, fazendo com que esta encontre o caminho da justiça conjugado com o comprometimento de inclusão social. E o momento para tal reflexão é o agora. Quando se trata de patrimônio biológico, o Brasil destaca-se como um país de primeiro mundo. Diante disso, nos é oportunizado o aproveitamento desta incomparável riqueza biológica, para assumirmos um papel de destaque perante outras nações e utilizarmos a genética como fonte de riqueza para reverter o quadro de exclusão social. Efetivar a justiça não é atributo exclusivo do direito, mas também da ciência, ao promover a inclusão social quando propicia ao cidadão as condições dignas de saúde e alimentação.”

¹⁸⁹ Wolkmer, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico*, São Paulo, 1997, Ed. Alfa-ômega, p. 29

¹⁹⁰ ALVES, Alaôr Caffé. As raízes sociais da filosofia do direito. *In O que é a Filosofia do Direito?*: Barueri, Manole, 2004, p. 95

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 95/96. Prossegue Alaôr Caffé Alves afirmando que “o sistema capitalista, que satisfaz materialmente cerca de 3 bilhões de seres humanos, não consegue força suficiente para ultrapassar esse nível. Dos 6 bilhões que já habitam este planeta, metade praticamente está em grandes dificuldades relacionadas com as condições da existência. O sistema parece não estar dando conta das necessidades humanas. E isso sem levar em conta a estrutura de consumo,

Importante, pois, o investimento em tecnologia, mas não podemos perder de vista as agruras sociais que podem decorrer da sua indiscriminada utilização pelo Capital e seu eterno aliado, o Mercado, entre elas a negação da força de trabalho da pessoa humana e a coisificação da pessoa humana, o que contraria a nossa Carta Magna, ao erigir a dignidade da pessoa humana como supra princípio que deve direcionar todos os atos do Estado brasileiro.

CAPÍTULO II – DIREITO E JUSTIÇA

“A lógica do racional deve ceder lugar à
lógica do razoável, que é a lógica do sentimento, do
afeto, da busca de valores”
(Alaor Caffé Alves)¹⁹²

No capítulo antecedente, vimos as diversas problemáticas envolvendo a sociedade e o Estado. A dicotomia Sociedade/Estado, à evidência, não se esgota naquelas poucas considerações, mas servem elas de ponto de partida para o efetivo

pois como as coisas vão indo, com o claro predomínio do valor de troca em detrimento do valor do uso social, racionalmente caracterizado, o planeta não vai agüentar as demandas de uma economia essencialmente irracional. Há a necessidade de se estudar e conjeturar como isso será solucionado.” (*idem*, grifo nosso)

¹⁹² ALVES, Alaor Caffé. As raízes sociais da Filosofia do Direito. In O Que é a Filosofia do Direito?. Bsrueri, et al. Barueri: Manoel, 2004, p. 87

objeto deste estudo, que é o direito fundamental à inclusão social e a ação civil pública como forma de efetivá-lo. Tais considerações, também, servem de preâmbulo para outra problematização, advinda do paralelo entre Direito e Justiça, objeto deste capítulo II.

Não é possível, ao operador do direito pós-moderno, fugir da grande questão de hoje, que é a integração do direito com a realização da justiça, posto que esta última deixou de ser um problema moral ou religioso e passou a ser inserida dentro do questionamento do Direito em concreto.¹⁹³

Não há dúvida que o fundamento do Direito e da Justiça é o bem de todos, através da execução de medidas efetivas pelo Estado, que levarão a sociedade à felicidade social.¹⁹⁴ Exatamente a definição deste “bem de todos” como realização da justiça em concreto é que procuramos definir, com este estudo, posto que sua definição é de extrema necessidade para os capítulos que virão a seguir.

2.1 – Direito

¹⁹³ O pensador Roberto ROMANO, tecendo contundentes críticas à forma de organização do Estado e de seus juizes, na realização da *justiça para todos*, afirma que “a razão aplicada sem cautelas lógicas à política e à sociedade não é racional. Ela se transforma em loucura. O poderoso é um ícone da vida humana e sua forma de ser o coloca apenas no ápice da *Stultifera navis* da humanidade, sempre à deriva”. (...) “Nos testamentos, judaico e cristão, Deus é o único poderoso e o único justo. Com Schreber ficamos informados de que Deus, detentor do Poder, tem partidos e seu reino reúne províncias. Para aumentar o seu mundo, Deus elimina os homens incômodos. A impressão que temos, ao ler o livro do juiz alemão, diz Canetti, é que ‘Deus está em guarda, como uma aranha, no centro da teia política’. Quando se percebe que na terra um salvador representa Deus, e Schreber sintetiza em sua pessoa o Soter religioso e o político, captamos a extensão da paranóia instalada no indivíduo que ocupa o cargo de julgador dos homens e de mando sobre eles”. ROMANO, Roberto. *O desafio do Islã e outros desafios*: São Paulo, Perspectiva, 2004, p.154-155

¹⁹⁴ ROMANO alerta para a dificuldade de definir o termo justiça e pede cautela nessa tentativa. Afirma o filósofo brasileiro que: “Justiça para todos. Quanto ao primeiro termo, a filosofia só pode responder com uma busca de sentido, apontar para os inumeráveis desvios de significação que nele se encontram. Justiça, justuças. A força e a política, a retórica e a propaganda definem o campo destes valores, tornando difícil determinar lógica e ontologicamente o seu estatuto. Cautela, pois, diante da palavra e do que nela se visa. Afirma Pascal, ‘as palavras diversamente arrumadas proporcionam um sentido diferente, e os sentidos arrumados diversamente produzem efeitos diferentes’ (*Pensées*, Pléiade, frag. 66)”. ROMANO, *idem*, p. 153-154.

O Direito, para cumprir seu papel que é o de regular, *a priori* ou *a posteriori* os fenômenos jurídicos e, conseqüentemente, a vida em sociedade, deverá acompanhar as inovações de seu tempo, fato este que, por sua vez, guarda estreita correlação com a concepção de homem que se quer.¹⁹⁵

Se homem omissivo, o Direito será achado, preso a dogmas, limitado a um texto, descompromissado e em descompasso com a realidade social. O universo e a humanidade estarão a seu serviço e não será ele (o Direito) quem estará a serviço deles (o universo e a humanidade)¹⁹⁶.

Esta postura está diretamente ligada ao que se entende por justiça, eis que estando o Direito comprometido e a serviço da sociedade, bem como em compasso com a mesma, não poderá ele ser pretexto para impedir um efetivo acesso à justiça. Ao contrário, deverá ele promovê-lo.

Também é importante observar, desde logo, que o Direito não se confunde com a lei, não obstante ser ela a sua maior fonte¹⁹⁷. Extraímos da obra de Assier-Andrieu interessante comentário sobre a lei escrita e sua vinculação a um sistema de Governo mais pessoal e mais abstrato. Afirma o sociólogo contemporâneo que

mediante a escrita de seu conteúdo, o direito adquire a faculdade de escapar tanto ao cunho social de suas condições de elaboração quanto à marcação particular devida ao contexto de sua aplicação. Quando um enunciado é posto por escrito, pode ser examinado com muito mais detalhes, tomado como um todo ou decomposto em elementos, manipulado em todos os sentidos, extraído ou não de seu contexto, entregue à análise, à exegese e a todas as técnicas de interpretação especialmente aperfeiçoadas para assegurar seu desígnio normativo. Pode, enfim, e isso é o essencial, ir além de sua época, permanecer ao longo dos séculos e produzir conseqüências absolutamente não premeditadas por seus autores. A letra da lei sobrevive admiravelmente ao espírito de seu autor.¹⁹⁸

¹⁹⁵ No capítulo antecedente, Sociedade e Estado, analisamos a questão do homem contemporâneo e a sua inserção na também sociedade contemporânea e sua relação estreita com o Estado.

¹⁹⁶ Loureiro, Caio Márcio. Ação civil pública e o acesso à justiça. São Paulo: Editora Método. 2004, p.5.

¹⁹⁷ "Plauto Faraco de Azevedo defende a subordinação do juiz ao Direito, e não à lei. Pede que a eqüidade mitigue o direito positivo, com veemente presença, em face da mobilidade do processo histórico. Observa que a solução dos pleitos judiciais freqüentemente põe o juiz diante de escolhas tipicamente filosóficas. Demonstra que a pretendida neutralidade do juiz é impossível e que a sentença sempre serve a determinados valores" (HERKENHOFF, João Baptista. Como aplicar o direito. Rio: Forense, 2a. ed., 1.986, p. 88)

¹⁹⁸ op. Cit., p. 23

As palavras do sociólogo Assier-Andrieu evidenciam a importância do Direito escrito, que a partir de sua publicação, passa a ser lei, tanto formal quanto material.

2.1.1 – Ordenamento e positivismo jurídico

É importante definir o Direito, não como conceito único e exclusivo, mas apenas para demonstrar as várias possibilidades de seu conteúdo axiológico. A tarefa não é fácil, pois compreender o Direito importa em compreender o próprio ser humano e a sociedade, uma vez que como seres humanos, todos estão sujeitos à influência da evolução social, sendo evidente que as tendências filosóficas influenciam sobremaneira na criação ou escolha de uma definição de Direito, e como ele se diferencia de campos afins, como a moral e os costumes.

Segundo Lafer¹⁹⁹, nessa perspectiva, o mais usual é o pressuposto de que o Direito pode ser encarado como um sistema independente e analisado a partir de um ângulo interno, sem a necessidade de se recorrer a ingredientes extra-sistêmicos e, portanto, extrajurídicos para definir o que é Direito. Trata-se do campo de atuação da Teoria Geral do Direito, no âmbito do paradigma da Filosofia do Direito.

Afirma o autor em comentário que o termo ordenamento, passou a ser utilizado com frequência substituindo termos como lei e Direito. Tal substituição teve como resultado realçar a conotação de ordem e organização que se incluem no campo semântico do termo ordenamento e nos termos a ele assemelhados, como ordem jurídica. O que caracteriza o Direito Positivo, no mundo contemporâneo, é a sua contínua mudança. Por isso, não é possível identificar o jurídico pelo seu conteúdo. Daí a necessidade de conhecer, identificar e qualificar as normas como jurídicas pela sua forma. A este problema prático Kelsen deu uma resposta teórica de admirável rigor, ao elaborar no âmbito da teoria pura, o princípio dinâmico do Direito, graças ao qual uma norma é válida não porque tem um certo conteúdo, mas sim porque foi formalmente criada de acordo com as normas previstas no ordenamento. Neste sentido, Kelsen representa, através da redução da teoria das fontes do Direito a uma teoria dos procedimentos para a criação do Direito, o grande exemplo de positivismo

¹⁹⁹ LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt., Companhia das Letras, 2003, São Paulo.

jurídico formalista. Ele é positivista, pois o Direito, para ele, ontologicamente não é um dado para ser descoberto ou revelado, mas sim algo criado.²⁰⁰

Caio Márcio Loureiro, levando a consideração à origem e finalidade social do Direito, o define como “sistema de disciplina social, proporcionador da reciprocidade de poderes e deveres entre os seres humanos e regulador das condições de existência dos indivíduos e dos grupos sociais, por intermédio de normas impostas coercitivamente pelo poder público”, sendo que pelo seu aspecto histórico, usando, por exemplo, a definição de Celso, jurista romano do século I, é possível entender o Direito como a arte do bom e do justo.²⁰¹

Porém, crê-se que uma definição de Direito não pode deixar de considerá-lo como um conjunto de normas, e que tais normas têm por escopo ordenar o comportamento humano, inclusive sua interação como o meio. Como conjunto de normas, vê-se o Direito como a ordem concreta, ou seja, como um ordenamento.²⁰²

Cabe aqui, desde já, esclarecer que o positivismo jurídico elege como objeto da ciência jurídica, o conjunto de normas pertencentes ao sistema jurídico e busca afastar, “no processo de construção do conhecimento jurídico-científico, juízos do sujeito cognoscente acerca da justiça ou da injustiça, da adequação ou da inadequação ético-social do conteúdo das normas integrantes de um sistema jurídico em particular”.²⁰³

Não podemos, pois, fugir de explicar uma noção sobre ordenamento jurídico²⁰⁴, em razão de ser ele o elemento integrante da concepção de Direito, que ora

²⁰⁰LAFER, *op.cit.*

²⁰¹ *op. Cit.*, p. 28

²⁰² *Ibidem*, p. 29

²⁰³AGUIAR, Marcelo Souza. *O denominado positivismo sociológico de Herbert Hart*. In Revista Trimestral da AJUFESP, Edição n. 4, ano I, dezembro 2001, p. 7-16. O autor explicita, ainda, o “sentido do positivismo dito *sociológico*, na esteira exclusivamente do pensamento de Herbert Hart, a partir da enunciação, em linhas gerais, da noção por ele cunhada sobre a regra de reconhecimento do sistema jurídico, como regra que dá unidade e validade às normas que impõem deveres e atribuem direitos, como tais integrantes desse sistema”. *Idem*, p. 8.

²⁰⁴ Segundo Hart, há “duas condições mínimas necessárias e suficientes para a existência de um sistema jurídico. Por um lado, as regras de comportamento que são válidas segundo os critérios últimos de validade do sistema devem ser geralmente obedecidas e, por outro lado, as suas regras de reconhecimento especificando os critérios de validade jurídica e as suas regras de alteração e de julgamento devem ser efetivamente **aceitas** como padrões públicos e **comuns** de comportamento oficial

se estuda. Afirma Caio Márcio Loureiro que, “apesar das críticas, a visão tradicional ainda persiste e diz que o ordenamento jurídico significa o conjunto de normas que vigoram num Estado, trazendo em seu bojo uma vinculação com o positivismo (...)”²⁰⁵. Aduz que esta visão tradicional de ordem jurídica já não tem eficácia na sociedade contemporânea, posto que, por ser positivista, resume o Direito à letra fria da lei, já que frente a uma sociedade complexa e dinâmica, poderemos não encontrar no ordenamento legal vigente a solução imediata para certas lides.

A propósito, ruma-se para o paradoxal insistir no contrário, pois, de todo improvável, que o Direito - para cumprir com seus escopos (convivência pacífica, felicidade, harmonia etc.) - consiga fazê-lo estando fechado às contribuições do saber de outras ciências e se não estiver aberto às atuais necessidades coletivas . Vale dizer que não foi o direito concebido para o Direito. Decerto, uma visão aberta do direito se impõe, com o fito de que ele esteja preparado à tutela de todos os interesses que possam surgir na sociedade, sob pena de não cumprir com o seu compromisso de garantidor da convivência social e não suportar as reações inesperadas e imprevisíveis de uma sociedade que tenha por apanágio a litigiosidade contida.²⁰⁶

Em suas observações, Caio Márcio Loureiro retrata o pensamento de Luiz Fernando Belinetti, afirmando que se torna imprescindível a superação do entendimento de ordenamento jurídico pela lógica tradicional, sendo necessário “(...) ir além dessa visão linear do mundo para se construir uma nova idéia de ordem jurídica, mais consentânea ao que efetivamente ocorre no dia-a-dia.”²⁰⁷

Diante disso, com base em Garcia Maynes, Luiz Fernando Belinetti propõe uma nova visão do ordenamento jurídico, vislumbrando-o como ordem concreta constituída por três elementos, quais sejam: o direito vigente, direito eficaz e direito intrinsecamente válido. Explica: o Direito vigente e a quase totalidade dos regramentos oriundos do direito eficaz podem ser acomodados no âmbito do positivismo (...), não, porém, o direito intrinsecamente válido e as convicções do julgador, sendo que poderá ser

pelos seus funcionários. Em suma, nessa perspectiva do positivismo sociológico, o Direito vigente, válido, é aquele que a prática, fundada em critérios publicamente aceitos, sufragados, assim pela comunidade e sobretudo pelas instituições sócio-jurídicas, notadamente os tribunais, diz sê-lo.” (*apud* AGUIAR, obra citada, p. 16. Prossegue AGUIAR afirmando que “há, por parte de Hart, ademais, a clara assunção da importância da assimilação do contexto social pelo sistema jurídico, a visão sobre a `existência do complexo fenômeno social que chamamos sistema jurídico´. Obra citada, p. 16.

²⁰⁵Op. Cit., p. 30

²⁰⁶ *ibidem*, p. 190/191.

²⁰⁷ *ibidem*, p. 31

entendido o direito intrinsecamente válido “como aquele que possui validade no sentido axiológico-material, ou seja, aquele que efetivamente concretiza a justiça”²⁰⁸

O que Caio Márcio Loureiro pretende afirmar é que o ordenamento jurídico conjuga, ao mesmo tempo os três elementos acima mencionados (e não uma síntese dos mesmos), podendo, portanto, oferecer mais de uma solução ao caso concreto, que não poderia ser contraditória, motivo pelo qual ela – a solução – só poderia recair sobre um regramento. O objetivo do ordenamento jurídico não é mais a pura aplicação do direito positivado, mas sim a apresentação de soluções justas às questões que lhe são postas.²⁰⁹

Tais soluções devem procurar primeiramente o Direito positivo, mas se esse não concretizar a justiça, seria a hipótese de se socorrer do Direito intrinsecamente válido, para que houvesse congruência entre a decisão e a evolução social e os parâmetros de justiça que permeiam a sociedade.²¹⁰

Caio Márcio Loureiro defende que, na procura de uma definição do que é Direito, não podemos esquecer que a ordem jurídica tem por objetivo regular o comportamento do ser humano - não de forma interiorizada, mas em face de outrem -, fato esse tratado por Miguel Reale como “bilateralidade atributiva”, que ocorre “quando duas ou mais pessoas se relacionam segundo uma proporção objetiva que as autoriza a pretender fazer ou a fazer garantidamente algo”.²¹¹

Ressalvada a posição daqueles que concebem o Direito Natural segundo um ponto de vista crítico e axiológico, Miguel Reale afirma que o “Direito Natural em sentido material é a crença, fundada nos mais gerais pressupostos históricos-filosóficos de caráter *racionalista*, de que toda a realidade, todo o conteúdo do Direito pode ser elaborado, até o último resíduo, por via da mera construção, com idéias de validade universal sobre o Direito”.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 31 e nota 19.

²⁰⁹ *Ibidem*, p.32

²¹⁰ João Baptista Herkenhoff, comentando as lições de Luiz Fernando Coelho, escreve que “a resistência às leis injustas deve começar pelos juizes” e “que a ordem jurídica não resulta apenas da preservação da hierarquia das normas do direito (coerência formal) e da regulação não contraditória dos dados da vida social (coerência material). A ordem jurídica impõe ainda a coerência axiológica, isto é, a harmonização de valores independentes que impeçam a prevalência de valorações normativas contrárias aos princípios gerais do direito” (op. Cit, p. 89).

²¹¹Op. Cit., p. 33

Os empiristas não contestam, evidentemente, a existência do Direito Positivo, mas declaram que ao lado – e outros dizem “acima” – do Direito historicamente revelado existem os Direitos ideal, racional ou natural, que subordinam a si o outro, como sua medida, por ser um Direito permanente, constante, expressão necessária da própria natureza do homem e condicionante universal de toda a vida prática, sendo assim fundamento tanto da Moral como do Direito Positivo.²¹²

Miguel Reale faz ao racionalismo abstrato uma severa crítica ao afirmar que este seria um racionalismo de difícil configuração, dogmático, vazio, sem expressão relevante no mundo da Filosofia. Sustenta que a experiência jurídica não pode ser reduzida a um processo de crescente objetivação racional das relações sociais, de tal modo que só possam pertencer ao mundo jurídico as atividades humanas quando revestidas de configuração de ordem racional. Segundo ele,

o nosso século, exatamente em virtude das mutações sociais e tecnológicas nele operadas, e que ainda continuam a se desenvolver – mutações essas que revelaram a absurda sinonímia entre direito e lei, que prevaleceu no século passado – viu surgir renovada atenção para o direito como atividade ou como experiência (...)²¹³

A principal crítica ao racionalismo abstrato (positivismo jurídico) dá-se na afirmação de que ele desviou o homem da emoção, que é a sua verdadeira essência, é o elemento que o distingue dos outros animais. Nas palavras de advertência vertidas por Eros Roberto Grau sobre a impossibilidade do Direito ser pensado de forma “fechada” ou sem interferência das demais ciências humanas ou culturais, fica claro que

(...) nada do que é humano é estranho a quem se embrenhe no pensamento sobre o direito, esse plano, essa instância, essa linguagem do social.

A visão do direito como ciência “fechada” transforma o dogmático em um pobre tecnólogo ou tecnocrata, nada mais do que um mero leguleio {nota de rodapé: os rábula eram [ou são] mais humanos}.

Torna-se vítima de uma doença incurável quem não se dá conta de que – como ensina Enrique Mari – o discurso da ordem abrange o lugar da racionalidade [a lei] e o lugar do imaginário social como controle da disciplina das condutas humanas e da sua sujeição ao poder. Essa doença crônica que envelhece o jurista que pretende fazer ciência à custa do isolamento do direito, perdido em análises de conceitos, critérios

²¹²Reale, Miguel. *Filosofia do Direito*, *op.cit.*, p.82/89

²¹³Reale, Miguel. *Direito Natural/Direito Positivo*. São Paulo, Saraiva, 1984, p. 53

descritivos e classificatórios das condutas que as normas proíbem ou autorizam, sacerdote de uma religião tão absurda como o mundo de Franz Kafka, isolado, ele próprio, da realidade, para, ingenuamente, 'fazer o jogo' do poder.²¹⁴

Para Höffe, se a discussão acerca do positivismo jurídico se der a partir da teoria da vigência positiva do Direito, a afirmação de que qualquer conteúdo aleatório pode ser direito é, em grande parte, certa., posto que

não é, como facilmente se afirma, expressão de um positivismo jurídico radical, mas antes, repete a fundamental convicção de Hobbes: Pelo fato de o direito positivo não entrar em vigor porque é reconhecido como eticamente certo ("*non veritas facit legem*"), mas porque foi decidido pela respectiva autoridade jurídica ("*sed auctoritas facit legem*"), a vigência positiva não tem, primeiramente, nenhuma outra condição, que a vontade (e o poder) da autoridade jurídica. Sob esta condição, não se pode dizer de nenhum conteúdo que ele não pode se tornar direito – a não ser de conteúdos que, por princípio, contradizem o conceito de uma *autoridade jurídica*.²¹⁵

Não obstante Höffe entender pela possibilidade de reconhecer que o positivismo jurídico compõe a ordem jurídica de dada sociedade, pelo conceito de autoridade jurídica responsável pela sua edição, reconhece que o Direito não se esgota apenas no Direito formal (ainda que traga vantagens pelo fato de introduzir, também, coerções para seu cumprimento), mas deve ele ter uma camada fundamental de justiça, posto que "certas funções básicas do Direito são vantajosas distributivamente, apenas pelo fato de que nelas o grupo dos negativamente atingidos pela coerção formam uma unidade com os por ela privilegiados".²¹⁶ Nesse sentido, acrescenta Höffe que

na medida em que esta camada fundamental da Justiça falta completamente, uma ordem social permanece para os afetados "coerção estranha" e "pura violência" e então não falamos ainda de uma ordem jurídica. Este é o argumento decisivo contra uma definição do direito livre de justiça. É por isso que, neste nível, ao menos a pergunta de Agostinho deve ser respondida positivamente: sem qualquer justiça, as ordens

²¹⁴ GRAU, Eros Roberto. *O estado, a liberdade e o direito administrativo*: Revista Crítica Jurídica n. 21, São Paulo, julho-dezembro/2002/ 163/173, p. 163.

²¹⁵ Op. Cit., p. 133

²¹⁶ Op. Cit., p. 140

jurídicas e do estado não são outra coisa senão grandes bandos de assaltantes. Mesmo quando o cientista do direito que apenas investiga o direito vigente, via de regra não trata deste aspecto, ele o pressupõe como evidente, quando ele quiser identificar seu objeto, o direito vigente. Passar por alto este lado significa um positivismo secreto; negá-lo, um positivismo aberto.²¹⁷

Necessário ainda levar em conta a força como elemento integrante da definição de Direito, mas não no sentido de que o Direito seja força em ato (coerção ou coação), mas força em potência (como possibilidade de acontecer), que pode vir a constranger a pessoa à prática de determinada conduta, caso ela espontaneamente não a adote. Por tudo isso, segue-se a lição de Luiz Fernando Belinetti, que tratando da concepção de Direito afirma que

em termos concisos (e que bastam para o objetivo desta exposição jusfilosófica), defino o Direito como a ordem concreta que objetiva regular a conduta humana de forma externa, bilateral e coercível²¹⁸

2.1.2 – Direito e seu reflexo na evolução da humanidade

Adão Longo - partindo da relação Direito-Estado -, afirma que

o direito não é só lei, a norma de conduta na vida social. O Direito é mais que isso: é a humanização da Justiça. Antes mesmo de ser uma obra corporificada do homem, o Direito já existe como uma figura ideal, segura e necessária ao relacionamento humano.²¹⁹

A respeito da origem da sociedade, como vimos anteriormente no Capítulo I, há duas correntes que se destacam: a da sociedade natural e a dos contratualistas²²⁰.

²¹⁷ *Apud, op.cit.*, ps. 140 e 141

²¹⁸ *ibidem*, p. 34

²¹⁹ LONGO, Adão. O direito de ser humano. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p.26.

²²⁰ O primeiro foi recriado pelos jusnaturalistas modernos e o segundo, pelos pensadores liberais

A experiência tem demonstrado que o homem, por ser essencialmente político, vive em sociedade, sendo o Direito essencial tanto para a sua manutenção (para alcançar sua realização individual), como para o desenvolvimento da coletividade. Todavia, ainda que tenha a necessidade de viver em sociedade, não consegue o homem expulsar os conflitos de suas relações, pois seu individualismo, característica própria da pessoa humana, acaba por levar ao interesse em fazer prevalecer o seu direito em face dos demais membros da sociedade, ainda que diverso daquele direito ou interesses da coletividade.

Vista a conflituosidade como característica própria do corpo social, até porque a ordem jurídica nem sempre é observada, ela será resolvida pela jurisdição, que da passagem da força bruta para a força jurídica, surge com o objetivo de solucionar pacificamente os litígios entre os homens.

Especialmente no que pertine à função jurisdicional, com a instrumentalidade do processo, tem ela três escopos: social, político e jurídico. O primeiro representando o compromisso da jurisdição com a pacificação social com justiça e educação. O segundo significando que, com o exercício da jurisdição, afirma-se o poder estatal, garante-se a liberdade e participação dos cidadãos nos destinos da sociedade. Relativamente ao terceiro escopo, o jurídico, a jurisdição é vista como instituto destinado a garantir a realização, com efetividade, das normas de direito material constantes do ordenamento, ou seja, a atuação da vontade concreta do direito. Consentâneo, verificar que a jurisdição, antes de ser um poder do Estado, é verdadeiro dever.²²¹

A jurisdição, antes de ser um poder do Estado, é um dever dele. Uma das razões da existência do Estado é a promoção da paz social, mediante a aplicação do Direito, fazendo-se dotar, nas cartas políticas, de poder necessário ao cumprimento do seu dever, limitando a liberdade dos membros da coletividade ao proibir a auto-tutela.

Criada a obrigação do Estado em prestar a tutela jurisdicional aos membros da coletividade em conflito, a jurisdição passa a ter caráter de inafastabilidade, conforme opção expressa na CF/88, em seu art. 5º, inc. XXXV, que determina que lesão ou ameaça a direito não será excluída da apreciação do Poder Judiciário.

É nesse contexto que deparamos com outro instituto fundamental da doutrina processual, que é o processo,

²²¹ *ibidem*, p. 46

meio de que se vale o Estado para exercer sua função jurisdicional, isto é, para resolução das lides e, em consequência, das pretensões. Processo é o instrumento da jurisdição. O processo é o instrumento através do qual a jurisdição opera”²²²

Na análise procedida por Caio Márcio Loureiro, afirma o jurista que historicamente o Direito,²²³ a jurisdição, a ação e o processo, institutos fundamentais do Direito Processual, sempre foram considerados à vista da composição de conflitos intersubjetivos e individuais, ou seja, no ensinamento de Cândido Rangel Dinamarco, “estamos acostumados a lidar com uma tutela jurisdicional que se assenta no tripé: legitimidade individual, efeitos da sentença limitados às partes e limitação subjetiva da autoridade da coisa julgada.”²²⁴

Todavia, com o passar do tempo, e as transformações profundas que afetaram a sociedade, as lides começaram a se coletivizar, não se restringindo mais às modalidades de interesses individuais, mas abarcando também interesse de grupos determinados ou indeterminados, que por vezes sequer poderiam ser determinados, como é o caso das lides que envolvem interesses difusos.²²⁵

Não obstante essas alterações sociais, encontra-se o Estado obrigado a prestar a jurisdição, independentemente se essa deve ser vista como instituto para composição de conflito “concernente a interesse individual ou pertinente a interesse coletivo *lato sensu* (difuso, coletivo e individual homogêneo)” até porque, conforme já afirmado acima, vigora em nossa CF/88 o princípio da inafastabilidade do controle

²²² *ibidem*, p. 50, nota 63

²²³ “A primeira e principal função social do Direito é a de prevenir conflitos. O conflito gera a desordem e este, por sua vez, quebra o equilíbrio e paz social. A sociedade não tolera o estado de desordem, porque necessita de tranqüilidade e equilíbrio em suas relações. Por isso, tudo faz para evitar ou prevenir o conflito, ou seja, evitar tanto quanto possível a colisão de interesses. A segunda grande função social do Direito é compor conflitos. Ou seja, não consiste em fazer desaparecer o conflito, pois isso seria impossível. Não se pode evitar o conflito, por mais que procure preveni-lo. A maneira de solucionar, então, é colocar os interesses antagônicos na balança, para determinar qual o que deve prevalecer e qual o que deve ser reprimido. Esse é o sentido de toda a composição. O Direito não tem um caráter essencialmente repressivo, existe muito mais para prevenir do que para corrigir, muito mais para evitar que os conflitos ocorram do que para compô-los.” (Assier-Andrieu, *ibidem*, p.104)

²²⁴ *op.cit.*, p. 50

²²⁵ Iremos estudar a matéria, de forma mais profunda, no capítulo IV desta dissertação.

jurisdicional, previsto em seu art. 5º, inc. XXXV, que diz: “a lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.²²⁶

Por isso, a própria classificação da tutela jurisdicional não pode mais se restringir à postura clássica de tutela individualista, devendo se render ao reconhecimento da tutela jurisdicional dos interesses coletivos lato sensu, a bem do acesso à justiça. Esta a razão de Luiz Guilherme Marinoni destacar que: a vertiginosa transformação da sociedade e o surgimento de novas relações jurídicas exigem que a técnica passe a ser manipulada de modo a permitir a adaptação do processo às novas realidades e à tutela das várias, e até então desconhecidas situações de direito substancial.”²²⁷

Do que apresentado até agora, podemos concluir que os direitos, por serem históricos e refletirem determinadas relações humanas, jamais serão os mesmos e nunca serão estáticos. Cada época formula um conjunto deles para ser atingido, novos grupos sociais, sexuais ou étnicos, a todo instante, exigem que suas pretensões sejam atendidas e incorporadas no corpo geral dos direitos. Vivemos, pois, no que Bobbio chamou de a Era dos Direitos, uma longa caminhada da humanidade em direção à maior liberdade e maior igualdade possível entre os indivíduos que compõem a sociedade.

Nas palavras de Bobbio.

do ponto de vista da filosofia da história, o atual debate sobre os direitos do homem – cada vez mais intenso, tão amplo que agora envolveu todos os povos da Terra, tão intenso que foi posto na ordem do dia pelas mais autorizadas assembléias internacionais – pode ser interpretado como um “sinal premonitório” do progresso moral da humanidade.²²⁸

Marilena Chauí, filósofa brasileira, tratando da questão da evolução de dada sociedade, afirma que a

²²⁶ *ibidem*, p. 51

²²⁷ *ibidem*, p. 52/53

²²⁸ *op.cit.*, A Era, p. 52

democracia é a sociedade verdadeiramente histórica, isto é, aberta ao tempo, ao possível, às transformações e ao novo. Com efeito, pela criação de novos direitos e pela existência dos contra-poderes sociais, a sociedade democrática não está fixada numa fôrma para sempre determinada, ou seja, não cessa de trabalhar suas divisões e diferenças internas, de orientar-se pela possibilidade objetiva (a liberdade) e de alterar-se pela própria praxis.²²⁹

No percurso histórico, percebe-se que as disciplinas que envolvem o homem social, assim como o objeto de sua percepção e apreensão, têm clara conotação histórica, posto que passam por transformações, desenham caminhos, evidenciam trajetórias. E, na sua evolução, seus campos são redefinidos, à medida que, ao progredir, se segmentam ou se recompõem.

Segundo Assier-Andrieu (),

O direito possui, em comparação com as disciplinas e com os objetos de estudos, a particularidade de ter sido a matriz da maioria das ciências sociais, decerto porque é ao mesmo tempo uma disciplina e um objeto social, e todo jurista assim como todo jurisdicionado pode ter consciência disso, porque, aprendendo o direito ou participando do teatro jurídico, exercitamo-nos na análise das relações humanas. Montesquieu, Marx, Tocqueville, Maine, Morgan e Weber, ilustres fundadores da sociologia e da antropologia, eram todos juristas e, para cada um deles, o ponto inicial do que iria tornar-se uma teoria geral do homem e da sociedade foi uma reflexão sobre o direito. Foi possível pensar, como fez Madeleine Grawitz, que alguns dos espíritos jurídicos que o direito impedia de desenvolver-se dele distanciavam-se, e deplorar o conservadorismo intelectual e a vocação cada vez mais técnica dos ensinamentos jurídicos. Isso por certo é verdade, como é verdade que existe uma tensão entre o pensamento e a ação, e que essa tensão talvez fique ainda mais sensível no direito porque se trata de um instrumento inventado pelos homens para fixar seus valores e regulamentar seus atos.²³⁰

Com estas considerações sobre o Direito, observando, novamente, que não são elas definitivas ou estanques, assim como não o é o próprio Direito, já é possível antever que sua aplicação depende da própria jurisdição e da atuação dos juízes, que deverão abandonar o positivismo jurídico e a letra expressa da lei para, com base nos valores morais da sociedade, realizar uma tarefa de “construtivismo ético” a partir de suas decisões sobre os conflitos instalados no seio da sociedade, devolvendo-as ao povo como soluções éticas e justas, como forma de diminuir as profundas injustiças que permeiam a sociedade.

²²⁹ CHAUÍ, Marilena. Convite à filosofia, São Paulo, Ática, 2005, 13ª Edição, p.406

²³⁰ Assier-Andrieu, *op.cit.*, p. XXXV

2.2) Justiça

No tocante à fixação do entendimento em torno do conceito de justiça²³¹, para então se pensar no Direito como meio de alcançá-la, necessário alertar para sua dificuldade e para o fato de que, ainda hoje, os filósofos, sociólogos, cientistas políticos, e todos aqueles que pensam a dicotomia Justiça/Direito, também o procuram, também o objetivam. E para encontrar o que se entende por justiça, há a necessidade de encontrar a resposta para algumas questões, entre elas: que justiça queremos para nossa sociedade? Quais os critérios ou modelos de justiça que vamos estabelecer? Com a obtenção destas respostas que devem ser extraídas dos anseios da própria sociedade, será possível adaptar os institutos postos à sua disposição - qualquer que seja estágio de desenvolvimento econômico, social, político, cultural ou tecnológico - , para o cumprimento dos comandos fixados para sua realização.

A vida humana, mesmo antes da ciência reconhecer quando ela teve ou tem início ou mesmo após a ciência fixar o instante da morte, vem regulada pelo Direito e tal não é de hoje, mas sim desde as primeiras reuniões humanas a que se reconheceu a característica de sociedade. Quando ainda se pensava que eram os astros e estrelas que comandavam os fenômenos da natureza, que animais eram deuses,

²³¹ Na obra *República*, de Platão, pode ser extraída do diálogo entre Glaucon e Sócrates a máxima “a justiça, para os mortais, é caça fugidia, a qual sempre pode escapar de nossas mãos e inteligências”. (ROMANO, Roberto. *Justiça para todos?*, Boletim dos procuradores da República, ANO IV, n. 40-Agosto/2001, p. 13-19). Transcreve o autor trecho da obra República, especialmente no tocante à definição de justiça. Um dos trechos transcritos por ele, repetido aqui, intui que “a justiça não é evidente, pois habita, afiança o arguto Sócrates, num lugar inacessível e sombrio, pois é escuro e difícil para a batida”. Resta a esperança de pegar a caça/justiça através de seu rasto. É para isso que Platão redigiu o livro República. Este texto apresenta as pistas para se atingir a justiça. Nenhuma certeza entretanto é concedida, porque a caça depende da boa constituição do caçador, de seu treino e, sobretudo, de sua astúcia”. *Idem.*, p. 13.

responsáveis pela vida e pela morte, bonança, realizações, vitórias, etc, o homem já demarcava suas terras, já lutava até a morte para defender sua propriedade, incluindo nesta última a fêmea e prole. Também naquela época o homem já transgredia, castigava, machucava, matava.

O homem em sociedade, ainda que primitiva ou em estado de natureza, o tempo todo demarcou seu território, sempre deixou claro quais elementos estavam sob sua propriedade, identificando o que “era seu” e o que “era do vizinho”, para respeitar ou até mesmo para conquistar para si. São as noções mais singelas de como pode o Direito orientar a vida em sociedade, ou seja, as relações entre os homens, entre o homem e a natureza e o homem e o ser superior (como o é o ser superior que organiza estas relações, visto como um príncipe ou até mesmo o próprio Estado).

Como bem colocado por Adão Longo,

talvez mesmo por essa vinculação social originária é que o direito se volte constantemente para o seu próprio corpo exposto, para sua pele sensorial, para a racionalidade lógica de suas disposições legais e a sensibilidade psicológica das relações humanas que o envolvem e o determinam. Mas nunca se haverá de desprezar a essência de cada ser humano que o vivifica, da sociedade que a ele se devota, de cada relação de homens e de povos que ele, por natureza mesmo, se encarrega de normatizar e de conduzir para o equilíbrio comum.²³²

Para muitos, a procura pela justiça - especialmente a busca da justiça para todos - constitui a eterna aspiração de felicidade por parte do homem e por não conseguir encontrá-la sozinho, passa a buscá-la na sociedade concreta. Por isso, não é demais intuir que Justiça é a própria felicidade social buscada ou concretizada dentro do seio social.

Atribuir a cada um o que é seu por direito, é outro conceito simples do que se entende por justiça, mas não basta, não obstante possibilitar a percepção de que a proteção aos direitos gera interesses e estes, com certeza, geram conflitos, o que impõe a necessidade de criação de regras para que o homem possa viver em paz dentro da sua sociedade, afastando aquele “constante estado de guerra de todos contra todos” antevisto por Hobbes no “estado de natureza”, também tratado por Locke e Rousseau.

Assim, definir o ideal de justiça é tarefa difícil, para alguns impossível ou utópica²³³, pois como já dito, trata-se de um ideal, aquilo construído em abstrato, partindo-se muitas vezes de premissas ou critérios diversos (igualdade, liberdade, fraternidade, meio ambiente, forma de distribuição da renda, ponto de chegada, etc)²³⁴, sabendo-se pela história do homem que eleito um critério de justiça, nas tentativas de sua implementação na prática, ele nem sempre corresponde aos anseios concretamente pretendidos e reivindicados pela sociedade concreta.

A justiça é o rigoroso respeito aos direitos de cada um (“justitia” vem de “jus”, direito), é o fato de conceber a cada um o seu direito (“jus suum cuique tribuere”). Assim, a justiça racional exige, antes de tudo, que cada indivíduo não valha mais que outro. Quando Kant nos pede que nos fiemos na moral, em normas suscetíveis de constituir regras universais, quando nos convida, antes de agirmos, a considerar a questão: “E se todos fizessem o mesmo?”, nós vemos aí a exigência de justiça. A justiça se opõe, antes de tudo, ao imperialismo das tendências egoístas. Cada ser vivo tende, como dizia Schopenhauer, a se deixar dominar inteiramente pelo querer-viver, isto é, a se afirmar à custa dos outros, e a justiça vem perturbar essa espontaneidade biológica: a cada um a sua parte, diz ela. É preciso levar em conta os outros e compartilhar com eles, segundo uma justa proporção. “A justiça é a inibição dos valores biológicos pela razão”. (Madinier).²³⁵

²³² *Op.cit.*, p. 39.

²³³ Para Höffe, o poder que cobre nossas sociedades com normatizações de caráter coercitivo, graças aos poderes estatais, se constitui de leis positivas, que resultam de procedimentos positivos, parlamentares, que são aplicados por instâncias positivas, executivas, e interpretados, no caso de conflitos, por outras instâncias, os tribunais. Assim, a ordem jurídica e estatal se apresenta como uma trama complexa de regras, instâncias e poderes exclusivamente positivos. Nessa trama, perdeu seu sentido o apelo a uma instância crítica suprapositiva, sendo, portanto, a perspectiva de justiça, modernamente, utópica. Obra citada.

²³⁴ Bobbio faz uma interessante **distinção** entre critério de justiça e regra de justiça. Para ele, “critérios de justiça são aqueles que permitem estabelecer, situação por situação, em que duas coisas ou duas pessoas devem ser iguais a fim de que a igualdade entre elas possa ser considerada justa. (...) a igualdade entre elas, ou sua equalização, só tem a ver com a justiça quando corresponde a um determinado critério (que é chamado de critério de justiça), com base no qual se estabelece qual dos aspectos deva ser considerado relevante para o fim de distinguir entre uma igualdade desejável e uma igualdade indesejável”. Prossegue o filósofo italiano afirmando que “não há teoria da justiça que não analise e **discuta** alguns dos mais comuns critérios de justiça, que são habitualmente apresentados como especificações da máxima generalíssima e vazia: a cada um, o seu. Para dar alguns exemplos: a cada um segundo o mérito. Segundo a capacidade, segundo o talento, segundo o esforço, segundo o trabalho, segundo a necessidade, segundo o posto, etc”. Traçando paralelo entre critérios de justiça e regra de justiça, afirma **Bobbio** que “por regra de justiça, entende-se a regra segundo a qual se devem tratar os iguais de modo igual e os desiguais de modo desigual.” É supérfluo sublinhar a importância que essa regra assume em face da determinação da justiça, concebida como o valor que preside a conservação da ordem social.(...) Em suma, regra de justiça refere-se ao modo pelo qual o princípio de justiça deve ser aplicado.” O filósofo italiano acrescenta ainda, que “somente depois que se estabeleceu o tratamento é que surge a exigência de garantir que o tratamento igual seja **reservado** aos que se encontram na mesma situação”. BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. 3ª. Ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Ediouro, 1997, pp. 18-21.

Conforme doutrina o sociólogo Assier-Andrieu, “está na hora, depois de ter tratado dos problemas levantados por sua definição e percorrido o conteúdo de seu conceito, de se interessar pelo que o Direito faz”.²³⁶

O descontentamento sentido contra a justiça está ligado ao nível de pessimismo e de insatisfação geral com condições de vida, às tendências a denunciar as dificuldades de funcionamento da sociedade em seu todo. Há um “efeito subjetivo de cristalização” que leva a ver a crítica das instituições judiciárias como a entrega do bode expiatório carregado de todos os pecados da comunidade dos viventes.²³⁷

Segundo o autor em comento, para que seja possível entender bem a lição deixada pelas gerações sócio-históricas anteriores, não se deve andar depressa demais,

“sobretudo, não acrescentar artificialmente à experiência deles, da qual precedemos, as aquisições oriundas de experiências posteriores. Temos o hábito, por exemplo, de misturar ao Direito e à Justiça um conjunto de concepções éticas pelas quais a equidade jurídica se opõe ao exercício da força bruta. A identificação do Direito com noções morais, que a própria idéia de justiça resume, é fruto de uma longa história, de um lento percurso de “noções de caráter formal” rumo à identificação com virtudes públicas (Benveniste)”²³⁸

2.2.1 – Teorias da Justiça

²³⁵ BERGAMINI, Ricardo. *A justiça e a igualdade das pessoas*. Artigo extraído do site rberga@tutopia.com.br e www.angelfire.com/sc3/ricardobergamini.

²³⁶ Autor citado, *idem*, p. 131

²³⁷ Assier-Andrieu, obra citada, *idem*, p. 132.

²³⁸ obra citada, *idem*, p. 152.

Dentre as inúmeras teorias que tentam explicar o conceito ideal de justiça²³⁹ pretendemos neste trabalho apresentar algumas delas, formuladas no século XX, bem como apresentar uma teoria da justiça decorrente da concepção pessoal da mestrandia, identificada pela denominação de “justiça da dignidade concreta”, deixando-a como legado para o desenvolvimento do tema. Tal estudo se coloca como necessidade premente da humanidade atual, mas não percamos de vista que estamos aqui tratando de teorias no plano abstrato e que sua concretização depende de ações no plano material²⁴⁰, concreto, no plano da vida da sociedade, ações essas que dependem de todos: sociedade, Estado, legisladores, estudiosos, operadores do direito, partes envolvidas, etc.

Para Chaim Perelman²⁴¹,

a análise sumária das concepções mais correntes da noção de justiça mostrou-nos a existência de pelo menos seis fórmulas da justiça – admitindo a maioria delas ainda numerosas variantes –, fórmulas que são normalmente inconciliáveis. Embora seja verdade que, graças a interpretações mais ou menos forçadas, a afirmações mais ou menos arbitrarias, se pode querer relacionar essas diferentes fórmulas umas com as outras, elas não deixam de apresentar aspectos da justiça muito distintos e o mais das vezes opostos²⁴²

²³⁹ BERGAMINI afirma que “desde Aristóteles é clássico distinguir três formas de justiça: a) Justiça comutativa – É a que deve presidir às trocas; sua regra é a igualdade matemática. Uma permuta é justa quando os dois termos trocados têm o mesmo valor (isto é, quando cada um deles é permutável com um terceiro; duas quantidades iguais a uma terceira são iguais entre si). Por trás da equivalência dos objetos trocados, exigida pela justiça, reconhecemos a afirmação da igualdade das pessoas dos que trocam. Isso porque cada um deles tem os mesmos direitos, nenhum dos dois deve ser lesado. b) Justiça distributiva – Aqui, a exigência de igualdade se apresenta sob forma diferente. Com efeito, pode parecer injusto distribuir retribuições iguais por homens desiguais. A justiça distributiva estabelece a igualdade entre as relações de quatro termos (duas coisas e duas pessoas). O bom candidato receberá a boa nota, o mau, a má.c) Justiça repressiva – Até sob suas mais primitivas e grosseiras formas, a repressão judiciária faz intervir uma preocupação de proporção matemática. A lei de talião: “olho por olho, dente por dente”, é uma verdadeira equação. Reconhecemos a exigência de igualdade nas evoluídas formas da justiça repressiva. É certo que não mais se trata de fazer com que o culpado sofra o mesmo mal que ele próprio cometeu; pelo menos, a gravidade das penas permanece proporcional seja, inicialmente, à gravidade do próprio dano, seja simultaneamente, à gravidade do dano e à culpabilidade do autor da infração (cujas intenções são levadas em conta)”. BERGAMINI, *idem*.

²⁴⁰ Um dos modelos de justiça é a chamada “justiça substantiva”, que vem retratada no livro de Werneck Vianna et al (A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999). Segundo Denis de Castro Halis, Werneck, em seus estudos, apresenta a realidade vivida pelo Poder Judiciário Nacional sob duas perspectivas. A primeira “diz respeito à lógica e aos parâmetros de atuação do Poder Judiciário no cenário político - a “judicialização da política. A segunda refere-se à institucionalização do direito na vida social, colaborando para a construção da sociabilidade (formando identidades e núcleos de organização social) e invadindo espaços antes não acessíveis - a “judicialização das relações sociais”. Sob estas duas perspectivas, há a construção da justiça substantiva, onde será o Juiz e Triunais que irão dizer o direito e, dizendo-o, realização uma justiça efetiva e concreta. Tal assunto será melhor tratado quando analisarmos a “Função Social do Juiz”, nos capítulos posteriores. HALIS, Denis de Castro. *Formulação de decisões, ativismo e justiça substantiva*. Trabalho apresentado no Encontro Nacional da ABCP - Associação Brasileira de Ciência Política Área Teoria Política Painel (3) – Reflexões sobre a Teoria Política no Brasil 21- 24 julho 2004 – PUC – Rio de Janeiro. Artigo extraído do site da Associação Brasileira de Ciência Política.

²⁴¹ PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 2001, pp.9-13

²⁴² Para Perelman, as seis concepções de justiça concreta aceitas pela civilização ocidental, até nossos dias, são: a) a cada qual a mesma coisa; b) a cada qual segundo seus méritos; c) a cada qual segundo suas obras; d) a cada qual segundo suas necessidades; e) a cada qual segundo sua posição; f) a cada

As dificuldades de se apresentar um conceito estático de justiça vêm esplanadas por Gilberto Giacóia, afirmando textualmente que

é possível que o conceito de justiça tenha que enfrentar desafios ainda maiores, como o de compatibilizar-se com novas formas de conflitividade social, envolvendo grupos, massas e coletividades – característica do mundo moderno – que encobrem o indivíduo em sua aspiração pessoal por vida digna. É possível que continue não alcançando o espaço da paz. É também bem possível que prossiga não reduzindo, eficazmente, as tensões sociais. Mas, é preciso prosseguir, de qualquer forma, perseguindo seu real e mais abrangente sentido, qual seja, o de valorizar a pessoa humana na esfera de sua majestade moral.²⁴³

Também é este conteúdo doutrinário que podemos extrair das palavras de Hannah Arendt, para quem “direito e justiça dizem do alcance da realização humana”²⁴⁴. Dizem da vida, da cultura e da história. Estão acima da banalidade do cotidiano jurídico alicerçado na ordem jurídica vigente que sustenta as instituições dela decorrentes.

Da análise do pensamento de Hannah Arendt e da construção de seu pensamento, realizada por Celso Lafer em seus diversos estudos, percebe-se que nem sempre Justiça e Direito andam juntos e que eles estão submetidos à vida política, nas suas mais variadas manifestações e devem ser pensados, além das práticas cotidianas, também no plano do direito natural²⁴⁵, assim visto como aquele que impregna o homem como ser existente, como ser individual. Isso porque Direito e Justiça devem ser pensados acima do direito positivo.²⁴⁶

qual segundo o que a lei lhe atribui. PERELMAN, Chain. *Ética e Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 2001, pp.9-13

²⁴³ GIACÓIA, Gilberto. *Justiça e Dignidade: Argumenta* – Revista Jurídica, n. 2 – Fundinopi, Jacarezinho/PR, Ano 2002-11-31, p.16

²⁴⁴ LAFER, *op.cit.*

²⁴⁵ Segundo Lafer, para a hipótese de que os princípios jurídicos supremos estejam assentados no direito natural, é importante e essencial que eles sejam investigados à luz do historicismo em geral e em confronto com a própria historicidade do homem. *Obra citada*.

²⁴⁶ Para Giacóia, “ninguém é ingênuo o suficiente para imaginar a possibilidade de conviver num desejável estado de natureza, sem interferência de uma ordem de poder capaz de regular as condutas humanas, com indivíduos inteiramente livres por direito próprio e com poder de ação ilimitado. Vivendo em sociedade, os seres humanos se limitam inevitavelmente em suas liberdades, porquanto o poder de um encontra correspondência no igual poder dos outros que com ele convivem”. *Obra citada*, p. 16.

Não podemos perder de vista que, vivendo em um Estado Social com a proteção ao bem-estar comum, como o pretendido pela nossa Carta Constitucional na fixação da justiça que o cidadão brasileiro quer, é possível afirmar desde logo, ainda que rasamente, que ela terá, como critério ou modelo, a realização da justiça social que todos querem, devendo os Poderes da República encontrar, fixar e executar seus fundamentos. É importante que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, lendo as necessidades do povo brasileiro, digam quais as regras que devem ser maximizadas, entre todas aquelas estatuídas na Constituição Federal, para que todos encontrem o bem-estar comum e a felicidade social.

Em vistas das vicissitudes acima mencionadas, podemos ter, hoje, diferentes teorias da justiça adotadas pelas nações. Para possibilitar a escolha por uma delas, necessário explicitar alguns modelos ou critérios de justiça, apontando, ao final, aquele que se reputa o mais interessante para nossa sociedade.

2.2.1.1 – A Lei como critério de justiça: justiça formal

Kelsen, em sua obra “O que é justiça”, apóia uma concepção de justiça de cunho positivista, expulsando do interior da teoria jurídica as teorias jusnaturalistas, cunhadas há séculos. Essa sua concepção, evidentemente, tem por ponto de partida o quê entende por Direito. Kelsen, sem dúvida, é um dos grandes apoiadores do positivismo jurídico, criticado por boa parte dos estudiosos do Direito pós-modernos. Mas ele não está só ou isolado, pois hoje vivemos, em grande parte da terra, sob as chamadas “sociedades jurídicas”, onde quase todos os atos e/ou fatos vêm pautados por normas jurídicas, gerando uma vasta carga de deveres jurídicos, ao ponto delas serem vistas como “dogmas inquestionáveis”.

Para o autor em comento, a justiça da lei ²⁴⁷ é a verdade a ser alcançada, e do ponto de vista lógico esta é uma posição coerente, já que a verdade é sempre uma verdade de acordo com o paradigma²⁴⁸ (fundamento) sustentado. Se Kelsen²⁴⁹

²⁴⁷ Hipótese de justiça formal, decorrente da chamada igualdade perante a lei, meramente formal

²⁴⁸ Fritjof Capra sob uma perspectiva histórica, analisa a questão dos paradigmas ciência e social, concluindo que o paradigma científico está encaixado no paradigma social. Afirma que “até recentemente a crença era a de que há um acúmulo constante de conhecimento; e de que as teorias tornam-se, gradualmente, cada vez mais abrangentes e mais precisas. Thomas Kuhn introduziu a idéia de paradigmas e de mudanças de paradigma, que afirma a **existência** desses períodos de acumulação

entende que o Direito guarda estreita conformidade com a lei positivada, logo a justiça só pode ser alcançada pela lei.

Kelsen (2001), na sua obra “O que é justiça?”, considera a justiça “uma característica possível, porém não necessária, de uma ordem social”(p. 2). E indaga: “mas o que significa ser uma ordem justa? Significa essa ordem regular o comportamento dos homens de modo a contentar a todos, e todos encontrarem sob ela felicidade. O anseio por justiça é o eterno anseio do homem por felicidade. Não podendo encontrá-la como indivíduo isolado, procura essa felicidade dentro da sociedade. Justiça é felicidade social, é a felicidade garantida por uma ordem social.

Observa Kelsen que o conceito de justiça passa por uma transformação radical: do sentido original da palavra (que implica o sentimento subjetivo que cada pessoa compreende para si mesma, de modo que a felicidade de um pode ser a infelicidade de outro) para uma categoria social: a felicidade da justiça (p. 4). É que a felicidade individual (e subjetiva) deve transfigurar-se em satisfação das necessidades sociais. Como ocorre no conceito de democracia, deve significar o governo pela maioria e, se necessário, contra a minoria dos sujeitos governados.

Assim, aduz Kelsen, “o conceito de justiça transforma-se de princípio que garante a felicidade individual de todos em ordem social que protege determinados interesses, ou seja, aqueles que são reconhecidos como dignos dessa proteção pela maioria dos subordinados a essa ordem”(p. 4).²⁵⁰

Não obstante a posição de Kelsen acima mencionada e dos demais pensadores que apóiam sua construção filosófica, seu modelo de justiça é bastante criticado, posto que a lei não pode ser vista e recebida como verdade máxima do

constante, que ele chama de ciência normal, mas a seguir há períodos de revoluções científicas, quando muda o paradigma. O paradigma científico, de acordo com Kuhn, é uma constelação de realizações – entendendo por esse nome conceitos, valores, técnicas, e assim por diante – partilhados por uma comunidade científica e usados por essa comunidade para definir problemas e soluções legítimos. Isso significa, portanto, que por trás de uma teoria científica, há um certo arcabouço em cujo âmbito a ciência se desenvolve. É importante notar que esse arcabouço não inclui apenas conceitos mas também valores e técnicas. Portanto, a atividade de fazer ciência é parte do paradigma. A atitude de dominação e de controle, por exemplo, é parte de um paradigma científico. (...) É parte do paradigma, pois é parte dos valores subjacentes às teorias científicas. Os valores são parte do paradigma. Desse modo, um paradigma, para Kuhn e para mim, é mais que uma visão de mundo, mais que um arcabouço conceitual, porque inclui valores e atividades. (...) Tomando da definição Kuhniana, ampliei-a até **torná-la** um paradigma social. Para mim, um paradigma social é uma constelação de conceitos, de valores, de percepções e de práticas compartilhadas por uma comunidade, formando uma visão particular da realidade que constitui a base da maneira segundo a qual a comunidade organiza a si mesma. É necessário que um paradigma seja compartilhado por uma **comunidade**. Uma pessoa isolada pode ter uma visão de mundo, mas um paradigma é compartilhado por uma comunidade.”. CAPRA, Fritjof et Steindl-Rast, David. *Pertencendo ao Universo: Explorações nas fronteiras da ciência e da espiritualidade*. São Paulo, Editora Pensamento/Cultrix, 1991, p. 42-43.

²⁴⁹ “A conclusão de Kelsen é que a idéia do Bem inclui a de justiça, aquela justiça a cujo conhecimento aludem todos os diálogos de Platão. A questão ‘o que é justiça?’ coincide, portanto, com a questão o que é bom ou que é o Bem? Várias tentativas são feitas por Platão, em seus diálogos, para responder a essa questão de modo racional, mas nenhuma delas leva a um resultado definitivo” (2001, p. 12).”, apud NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. As modernas teorias da justiça: Brasília, Revista de Informação Legislativa 54, a. 39 n. 156 out./dez. 2002 53

²⁵⁰ Apud NUNES JUNIOR, *idem*.

Direito, pois em muitos casos a lei é, em si mesma, injusta ou “não-pega”. Basta ver que as leis, no Brasil, são elaboradas pela minoria representante do povo (vivemos uma república representativa) e, parafraseando Dalmo de Abreu Dallari, o juiz que no caso concreto se mostra escravo da lei, tem grande possibilidade de ser, na realidade, escravo dos compradores da lei.²⁵¹

Perelman também sustenta um modelo de justiça formal, vinculado à igualdade, porquanto “ser justo é tratar da mesma forma os seres que são iguais em certo ponto de vista, que possuem uma mesma característica, a única que se deve levar em conta na administração da justiça”,²⁵² cujos valores que informam esta igualdade devem ser escolhidos nos critérios que a sociedade e o Direito erigirem. Assim, a justiça formal ou abstrata de Perelman mais se coaduna não com aquela que Kelsen sustentou, mas sim à justiça igualitária, que melhor estudaremos no tópico seguinte.²⁵³

Não é demais observar que esse modelo de justiça formal baseado no modelo puramente racionalista, não pode permear a vida humana, pois essa teoria da justiça pode levar, sem sombra de dúvida, como a história já mostrou na análise dos estados totalitários, à injustiça.

Sem aprofundar a discussão sobre o positivismo jurídico, até porque já tratado anteriormente, em item anteriormente, onde vimos que a sua principal crítica

²⁵¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juizes*. Com os escândalos de corrupção envolvendo o Congresso nacional e demais órgãos legislativos do Brasil – escândalo dos Correios, dos bingos, do mensalão, sanguessugas, entre outros – é perfeitamente possível perceber a verdade ética contida nessa afirmação de Dalmo de Abreu Dallari, posto que a compra da lei já tem início no patrocínio das campanhas eleitorais e continua nos lobbies, na corrupção e muitas vezes, no equívoco ideológico dos congressistas. Como visto nos textos anteriores e veremos nos que virão, o momento é de superação da dogmática tradicional, havendo a necessidade de que o operador do direito reflita sobre a questão posta em discussão, fugindo da letra fria da lei e encontrando o “justo”, encontrado muito além da norma jurídica positivada. Aqueles que adotam a letra fria da lei acabam esquecendo de questionar os problemas e os conflitos e não vêem que ela é destinada a manter a elite no poder. Nesse passo, o pluralismo jurídico ganha parte dessa luta inglória contra o monismo jurídico, por conta da supremacia dos fundamentos “ético-sociológicos” sobre os critérios “tecno-formais”.

²⁵² PERELMAN, obra citada, p. 18

²⁵³ Isso porque, não obstante Perelman e Kelsen coincidirem no pensamento de que os valores têm caráter relativo, posto que eles decorrem de opções e escolhas pessoais do indivíduo, o primeiro entende que é possível encontrar um ponto comum entre as opções e escolhas de todos os indivíduos para uma concepção concreta de justiça, enquanto Kelsen entende que esse substrato comum decorre apenas do caráter geral da norma e da necessidade de que as normas sejam corretamente aplicadas. Perelman rejeita também a “concepção de um bem supremo presidido por uma instância metafísica, bem como a crença inabalável na razão prática. Propõe-se a examinar, a partir da lógica formal, as seis concepções concretas da justiça, para daí extrair um substrato comum a todas elas. Esse substrato comum passa a ser seu conceito de justiça formal vinculada à igualdade. A análise de Perelman leva à conclusão de que todo sistema de justiça é fundamentado nos princípios que estão na sua base e seu valor é arbitrário e logicamente indeterminado. Assim, observa-se que todo sistema de justiça dependerá de outros valores que não o valor justiça. Todavia, a justiça possui um valor próprio, que resulta da necessidade racional de coerência e regularidade das normas que compõem o sistema. No interior deste, a justiça tem um sentido bem definido: o de evitar qualquer arbitrariedade nas regras, qualquer irregularidade da ação”.

decorre da afirmação de que ele desviou o homem da emoção, que é a sua verdadeira essência, por ser o elemento que o distingue dos outros animais, podemos concluir que no modelo racionalista de justiça a ordem jurídica racional provoca uma ruptura com o componente social. Perde-se a ligação com as raízes sociais, levando a uma aplicação mecanicista do Direito.

No modelo de uma teoria da justiça meramente racional, seriam considerados intrusos e perturbadores, por serem potencialmente irracionais, o senso comum e as chamadas humanidades ou estudos humanísticos. Separando em compartimentos estanques sujeito e objeto, uma teoria da justiça racional alija, radicalmente, o homem da natureza.

Lafer, baseando-se na história de luta das sociedades que no período pré e pós Segunda Grande Guerra Mundial foram subjugadas por estados totalitários e também nas lições de Hannah Arendt, que sentiu na própria carne os efeitos danosos desta relação, repugna a justiça formal, baseada meramente na letra fria da lei e afirma que

esta visão da justiça como legalidade, característica do positivismo jurídico, está correlacionada com o processo político de legitimação dos grandes Estados modernos, um processo que, como foi visto, se inicia no século XVI com as monarquias absolutas e que, na passagem dos séculos XVIII e XIX, transita pelo Estado jacobino - pois a Revolução Francesa, como mostra Furet, foi o caminho pelo qual a sociedade francesa recompôs a sua legitimidade política e o seu poder administrativo central"²⁵⁴

Prossegue Lafer, afirmando que

a teoria da justiça, por se colocar, no paradigma da Filosofia do Direito, como *vindicatio actionis* e não como *validatio cognitionis*, realça o aspecto de que o Direito não é um dado a ser descoberto ou revelado -- como pressupõe o paradigma do Direito Natural - mas sim algo criado. Este algo para ser criado exige uma escolha entre múltiplos princípios e valores de justiça. Esta escolha, por sua vez, porque não é a única opção possível -- por não ser unívoca -- para ter efetividade para outros, como diretriz de conduta ou organização, além da justificação de sua dimensão deontológica, ontologicamente requer o poder como categoria de realizabilidade e de sua positividade."²⁵⁵

²⁵⁴ Op. Cit., p. 62

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 63

Assim, o operador do Direito, além de descobrir as leis da natureza, tem, também, que descobrir os paradigmas²⁵⁶ adotados pela racionalidade dominante das sociedades, que os transformará em suas leis. Descobertos ambos, possível um modelo de justiça centrado não puramente no racionalismo e na sua positivação, mas sim em uma justiça que leva em consideração as demais leis da sociedade (cultural, social, econômica, moral, etc), de forma que a interpretação do mundo fático e das regras positivadas se dê conforme a sua interpretação do mundo, do seu sentido e sua ética, afastando as injustiças praticadas em nome do direito positivado.²⁵⁷

A idéia kelseniana de que é justo o que é legal e que a justiça é encontrada na lei, o que leva à chamada justiça formal, é insuficiente para alcançar-se a justiça em sua plenitude, especialmente quando há a necessidade desta lei ser interpretada antes de ser aplicada, até porque ela não consegue prever todos os fatos que acontecem na vida concreta de uma sociedade. O operador do Direito trabalha o tempo todo com lacunas da lei positivada ou colisões de direitos (inclusive entre princípios constitucionais), pois o ordenamento jurídico não consegue prever todas as situações fáticas possíveis. Não basta, pois, para realizar-se a justiça, saber a lei e aplicá-la. É necessária, também, a tomada de consciência dos operadores do Direito acerca das questões políticas e sociais, pois só assim poderão extrair os valores sociais que devem prevalecer em nosso ordenamento jurídico e servir de base para se encontrar a efetiva justiça.

²⁵⁶ Segundo LAFER, a caracterizar um paradigma está o seu modo de explicitação. O direito natural tem como fonte a lei comum, dada por princípios universais imutáveis, e que se sobrepõe à lei particular posta. Segundo o autor, o paradigma do direito natural nasceu da distinção dicotômica entre o direito ideal (direito natural) e o direito real (direito posto, positivismo). LAFER, obra citada. Também sobre a questão da mudança de paradigma especificamente no tocante à ciência e teologia, Fritjof CAPRA afirma que hoje o novo paradigma pode ser chamado de "holístico", onde há uma ênfase maior do "todo do que das partes" ou de ecológico, termo que ele prefere. Enfatiza que há diferenças entre holístico e ecológico, sendo que "uma visão de mundo ecológica é holística, mas é mais do que isso. Não só olha para alguma coisa como uma totalidade, mas também para o modo como essa totalidade está embutida dentro de totalidades maiores" (in CAPRA, Fritjof et Steindl-Rast, David. *Pertencendo ao Universo: Explorações nas fronteiras da ciência e da espiritualidade*: São Paulo, Editora Pensamento: Cultrix, 1991, p. 71 .

²⁵⁷ Com efeito, no mundo contemporâneo, caracterizado pelo desemprego crônico, pela automação, pela superpopulação e pelo risco onipresente da guerra nuclear, não há como não concordar com Hannah Arendt quando ela afirma que: "os acontecimentos políticos, sociais e econômicos de toda parte conspiram silenciosamente com os instrumentos totalitários inventados para tornar os homens supérfluos" Segundo Hannah, o totalitarismo percebe pessoas -- como os desempregados, marginais, homossexuais, loucos, refugiados -- como supérfluos. A tentativa totalitária de tornar supérfluos os homens reflete a sensação da superfluidade das massas modernas numa terra superpovoada". Neste sentido é apenas na perspectiva de um bom senso tradicional que "o mundo dos agonizantes, no qual os homens apreendem que são supérfluos através de um modo de vida em que o castigo nada tem a ver com o crime, em que a exploração é praticada sem lucro e em que o trabalho é realizado sem proveito" pode ser visto como: "um lugar onde a insensatez é diariamente renovada." LAFER, obra citada, p. 112/113)

Nesse ponto, importante observar que a idéia aristotélica²⁵⁸ de que a justiça universal ocorre na observância irrestrita da lei, posto que o modo total de ser injusto consistiria em transgredir a lei, não pode ser aceita como critério de justiça, posto que deixa ao arbítrio do produtor da lei (e da minoria detentora do poder econômico, social ou político) impor os critérios e estagnar a justiça às suas normas positivadas.

Afirma Elaine Noronha Nassif que

voltando à justiça no sentido universal, se o transgressor da lei é injusto, aquele que a cumpre é uma pessoa justa. Mas o que a lei ordena que ele cumpra? A lei ordena um quadro vago e abstrato de condutas gerais, de ações que devem ser seguidas. Portanto, se não se atenta para esta característica abstrata, corre-se o risco de errar no cumprimento da lei, ou seja, ao invés de realizar virtudes éticas corre-se o risco de realizar seu desvirtuamento, a entrega ao próprio vício que ela repeliu. Então cumpre perguntar o que é aplicar uma lei de forma justa? A resposta de Aristóteles a essa questão está em praticar a equidade. A equidade é a justiça não segundo a lei, mas sim como um corretivo da justiça legal. É que sendo a lei uma disposição genérica e abstrata, sua aplicação sem a consideração dos elementos específicos do caso concreto levaria a uma aplicação rígida, porém, injusta. Uma aplicação flexível da lei consiste em proceder à subsunção do fato à lei, e depois dos fundamentos dessa lei ao fato, de modo a se conseguir a tão desejada proporcionalidade, característica da justiça. Uma forma de se chegar ao meio-termo, à realização da prudência, da sabedoria prática, do discernimento, enfim, da *phrónesis*.²⁵⁹

Em conclusão a esta espécie de justiça, o que apresentamos já leva ao entendimento de que a justiça formal ou justiça legal não pode, nem deve, ser o modelo ou o critério de justiça de uma sociedade, posto que os valores morais e éticos não são considerados na sua persecução, limitando-se, apenas, à aplicação inflexível

²⁵⁸Estudando a definição de justiça em Aristóteles, Elaine Noronha Nassif afirma que para definir a justiça é necessário também definir a injustiça. Para ela, “Na teoria de justiça de Aristóteles, o justo é o proporcional e o injusto, o que vai contra o proporcional. O justo é um meio termo entre o ser justo e o ser injusto, pois a justiça só é invocada em meio a uma situação injusta.” Para ela, a “justiça é a disposição em virtude da qual os homens praticam o que é justo. Esta disposição para praticar o justo é um estado de ânimo em potencial e quando se realiza a disposição, ou seja, quando um homem transforma essa disposição em ato. Transformar a disposição em ato é realizar o discernimento entre o que é bom e o que não é, e é assim que um homem se mostra justo. (...) Se para falar de justiça precisamos falar de injustiça, para ser justos precisamos saber o que é ser injusto. Então, o que é ser injusto? Para Aristóteles, há três modos de ser injusto: quando se viola a lei; quando se toma mais do que devido e quando se falta com a igualdade. (...) No primeiro modo, ‘cumprir a lei’, está a justiça no sentido universal. No segundo e terceiro modos, está a justiça na sua acepção particular”. NASSIF, Elaine Noronha. *A Phrónesis aristotélica, a equidade e a atividade do juiz na racionalidade do discurso processual*, artigo in Revista do Ministério Público da União - ano I – nº 3,–, Brasília abr./jun. 2002, B. Cient. ESMPU., p. 35-40 extraído do acesso à Internet em 23.03.2006.

²⁵⁹NASSIF, *idem*. A autor, na seqüência, afirma que “chegamos portanto ao conceito de *phrónesis*, que conforme ensina Galuppo (2001) “pode ser traduzida por prudência ou por sabedoria prática, mas que talvez melhor se traduza por discernimento.”

da lei. Esta modalidade de justiça é meramente racional e se furta às demais valorações da sociedade, inclusive de sua própria historicidade.

Quando muito, a justiça formal pode servir como regra de justiça²⁶⁰ vista essa como forma de aplicação do princípio da justiça extraído dos critérios de justiça eleitos por dada sociedade.²⁶¹

2.2.1.2 – A Igualdade como critério de justiça: justiça igualitária

Nas palavras de Hannah Arendt,

nós não nascemos iguais: nós nos tornamos iguais como membros de uma coletividade em virtude de uma decisão conjunta que garante a todos direitos iguais. A igualdade não é *dado* - ele não é *physis*, nem resulta de um absoluto transcendente externo à comunidade política. Ele é um construído, elaborado convencionalmente pela ação conjunta dos homens através da organização da comunidade política. Daí a indissolubilidade da relação entre o direito individual do cidadão de autodeterminar-se politicamente, em conjunto com os seus concidadãos, através do exercício de seus direitos políticos, e o direito da comunidade de autodeterminar-se, construindo convencionalmente a igualdade.²⁶²

Como exposto anteriormente, a igualdade e a liberdade são Direitos Individuais básicos do Liberalismo Clássico, cujo grande marco foi a Revolução Francesa e a respectiva Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Esta, em seu artigo primeiro, enuncia que "os homens permanecem livres e iguais em direitos". Assim, de plano, possível observar, que uma teoria de justiça como liberdade pressuporá um Estado liberal ou neoliberal. Sem esta realidade, a igualdade não aflorará, nem formal, nem materialmente.

²⁶⁰ Sobre o assunto, interessante aprofundar o estudo sobre a análise que BOBBIO fez sobre o tema em questão, na obra *Igualdade e Liberdade*, já apontada acima.

²⁶¹ Afirma BOBBIO que, "dado que a regra de justiça não diz qual seja o melhor tratamento, mas se limita a exigir a aplicação igual de um determinado tratamento, qualquer que seja ele, é chamada também de justiça formal, na medida em que prescinde completamente de qualquer consideração sobre o conteúdo". Obra citada, p. 21.

²⁶² *Idem, ibidem*, p. 150

Claro está que, apesar dos fundamentos liberais, esses direitos figuram nas ordens político-jurídicas que retratam a democracia, em conjunto com os demais Direitos Humanos e até mesmo nas constituições socialistas, estando subordinados aos interesses da coletividade e do Estado. Figuram, pois, de forma diferenciada, em uma ou outra sociedade.

Igualdade jurídica significa que todos serão tratados da mesma forma perante a lei, mostrando o viés da justiça formal ou legal, como vimos acima, onde a lei é aplicada friamente, sem suas considerações valorativas.

Para Bobbio, o ideal da igualdade, “entendida como equalização dos diferentes”

é um ideal permanente e perene dos homens vivendo em sociedade (...), é a superação total do ódio e da discriminação racial (...) rumo à meta última da sociedade sem classes, uma sociedade na qual o livre desenvolvimento de cada um seja a condição para o livre desenvolvimento de todos”²⁶³

Transmutando-se de justiça meramente formal ou legal para uma justiça qualificada pela igualdade, não só formal, mas também material, temos a construção de uma nova forma de justiça: a justiça igualitária, que em adequação ao entendimento atual, o tratamento dispensado será equivalente para todos aqueles que se encontrem em idêntica situação. Deve-se, portanto, pelo princípio da igualdade, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais²⁶⁴.

²⁶³BOBBIO, Norberto. Igualdade e Liberdade, Tradução de Carlos Nelson Coutinho, 3ª. Edição, Rio de Janeiro, Ediouro, 1997, p. 42-43.

²⁶⁴ O princípio da igualdade (ou isonomia) “deve ser considerado sob duplo aspecto: o da igualdade na lei e o da igualdade perante a lei. *Igualdade na lei* constitui exigência destinada ao legislador que, na elaboração da lei, não poderá fazer nenhuma discriminação. Aliás, a lei punirá **qualquer** discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI). *A igualdade perante a lei* pressupõe que esta já esteja elaborada e se traduz na exigência de que os Poderes Executivo e Judiciário, na aplicação da lei, não façam qualquer discriminação. (...) Doutrina e jurisprudência já assentaram o princípio de que a igualdade **jurídica** consiste em assegurar às pessoas de situações iguais os mesmos direitos, prerrogativas e vantagens, com as obrigações correspondentes, o que significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, nos limites de suas desigualdades, visando garantir sempre o equilíbrio entre todos”. CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio F. Elias; e SANTOS, Marisa F.. *Curso de Direito Constitucional*: São Paulo, Saraiva, 2004, p. 60. Para Bandeira de Mello, **há** dois aspectos **dos** princípios da igualdade : a) Nivelar os cidadãos diante da Norma legal (igualdade perante a lei, em que o princípio é voltado para o aplicador da Norma); e b) A própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia (igualdade na lei; neste caso, o princípio deve ser observado pelo legislador, ao fazer a Norma). Afirma Bandeira de Mello que “A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar eqüitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes”

Para a teoria de justiça de Perelman já mencionada acima, a justiça abstrata é, “um princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma”,²⁶⁵ sendo que esta forma de tratamento não é, necessariamente, uma igualdade meramente formal ou utópica, mas sim aquela que resulta dos pontos em comum dos indivíduos. A sua igualdade, pois, não é metafísica, como sustentado por Kelsen, mas sim uma justiça ideária tendo por substrato as opções comuns de todos os indivíduos. Com esse conceito de justiça abstrata de Perelman, as concepções concretas de justiça se tornam diferentes conforme cada valor ou opção escolhidos pelos indivíduos. Eleita a categoria essencial de valor, define-se, a partir daí, o tratamento igual a ser dado a todos.²⁶⁶

Em nossa atual Constituição, a igualdade jurídica constitui um dos objetivos fundamentais do país, conforme disposto em seu artigo 3º. Apesar de ser tipicamente um Direito fundamental Individual, também previsto no artigo 5º da Carta Magna, constituindo cláusula pétreia, a igualdade também dá apoio a vários dos Direitos Sociais, como disposto no artigo 7º , XXX, XXXI, XXXIII, com a proibição de discriminação ou redução de direitos sociais por motivo de sexo, idade, cor, deficiência física etc.

Não obstante a necessidade de que toda sociedade humana observe o princípio da igualdade e suas vertentes, entendemos, porém, que para a fixação de uma teoria de justiça para a sociedade brasileira baseada somente no princípio da

(MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do princípio da Igualdade*. 3.ª ed., 2.ª tiragem – São Paulo: Malheiros,1993, p. 10). Ainda nas palavras de Bandeira de Mello, afirma-se que a igualdade não se basta em si mesma. Nem todas as pessoas e situações são iguais a merecer tratamento igual. Aí reside a “notória afirmação de Aristóteles, assaz de vezes repetida, segundo cujos termos a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais” (*idem*). A discussão em comento não pressupõe um esgotamento do entendimento do princípio da igualdade, até porque voltaremos a tratar da matéria em outros capítulos, especialmente quando falarmos do direito fundamental à inclusão social e às ações afirmativas, mas para este ponto do texto bastam estas poucas palavras para confinar o sentido que se pretende. Porém, para os estudiosos que pretendem aprofundar o estudo sobre a matéria, sugerimos a leitura das obras: MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do princípio da Igualdade*. 3.ª ed., 2.ª tiragem – São Paulo: Malheiros,1993; e BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*, Tradução de Carlos Nelson Coutinho-3ª. Edição, Rio de Janeiro, Ediouro, 1997.

²⁶⁵ Op.cit, pp. 9/10

²⁶⁶ *Idem, ibidem*. Afirma Perelman, ainda, que “Nossa definição de justiça é formal porque não determina as categorias que são essenciais para a aplicação da justiça. Ela permite que surjam as divergências no momento de passar de uma fórmula comum de justiça concreta para fórmulas diferentes de justiça concreta. O desacordo nasce no momento em que se trata de determinar as características essenciais para a aplicação de justiça” (p. 19). Assim, a justiça possível para ele, se dará segundo o critério valorativo fixado pelos indivíduos e, com isso, a justiça deve contentar-se com um desenvolvimento formal correto. Segundo (colocar autor e obra da qual extrai), “Perelman é levado a distinguir três elementos na justiça de determinado sistema normativo: o valor que a fundamenta, a regra que a enuncia e o ato que a realiza.” Mesmo erigindo estes três elementos, PERELMAN reconhece que o valor que irá fundamentar o sistema normativo não pode ser submetido a nenhum critério meramente racional, pois ele é arbitrário e depende do ponto em que os indivíduos se encontram em seu **desenvolvimento** cultural, econômico, social, político.

igualdade liberal de oportunidades terá conteúdo insuficiente. Para a concretização de uma justiça para todos, com plena fruição dos direitos garantidos pela ordem constitucional brasileira, necessária sim a igualdade na lei e perante a lei, mas também há a necessidade de concretização de outros direitos fundamentais, como a liberdade, a solidariedade, a segurança social, o acesso à justiça, o respeito à soberania popular, todos com seus conteúdos axiológicos enfeixados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, uma teoria de justiça apenas baseada no princípio da igualdade não consegue alcançar a justiça plena, como forma de dar a cada um (e em conseqüência, a todos) aquilo que é seu, especialmente o bem comum e a felicidade social, posto que reconhecer que todos são iguais, na lei e perante a lei, e dar-lhes condições iguais no ponto de partida, não basta para a efetiva concretização da justiça pois tal conduta pode levar ao não reconhecimento do direito de ser diferente (subespécie do princípio da liberdade no qual encontram relevante importância os talentos pessoais e capacidades naturais) e das contingências e vicissitudes pelas quais o homem tem que conviver (como o são o acaso, herança genética, questões ambientais e a boa sorte.), obstando a realização da justiça igualitária no ponto de chegada, ou seja, na sua concretização.

Nas sociedades regidas pelas regras da liberdade econômica (liberalismo e neoliberalismo econômico), onde os marcos teóricos principais serão a garantia efetiva do direito de propriedade e a competitividade, constata-se que o simples fornecimento de igualdade na lei e perante a lei não consegue tornar ou possibilitar a todos uma justiça efetiva, pois ainda que se consiga instituir políticas públicas destinadas a garantir a todos os mesmos direitos legais de ter acesso às posições sociais privilegiadas, isso não se concretizará pelas diferenças próprias de cada um, pelos fatores naturais, sociais, culturais e religiosos que estão fora do alcance da escolha individual.

Na verdade, mesmo quando houver efetiva aplicação da igualdade na lei e perante a lei nos pontos de partida, as diferenças estruturais entre as pessoas (tais como as diferenças de gênero, étnicas, religiosas, físicas, etc), que o princípio da igualdade não consegue eliminar, não propiciarão a quebra das barreiras próprias ao exercício dos talentos e capacidades pessoais, natos ou adquiridos pela utilização dos meios postos à disposição de cada um.

Nesse passo, não é demais observar, como o faz Bobbio, que a existência de classes sociais – e o sistema econômico liberal e neoliberal a autoriza – como forma

de definir os benefícios sociais a que cada um tem direito, impede que todos tenham um ponto de partida igual. Não é medida possível de impedir que as vantagens sociais e culturais decorrentes do sistema de classes sociais sejam herdadas ou transmitidas de uma geração para outra, o que leva ao estabelecimento de que, cada qual, terá oportunidades desiguais de obter as qualificações mais valorizadas, um acesso maior à cultura e à tecnologia. Daí porque, para o reconhecimento da impossibilidade de uma justiça social igualitária e espaço para a criação de desigualdades sociais, não falta muito.

Se assim não fosse, países desenvolvidos econômica, cultural e tecnologicamente, como os Estados Unidos e países europeus, não conviveriam com pobres e excluídos.

2.2.1.3.- A liberdade como critério de justiça: justiça liberal

A fixação de critérios de justiça baseados, simplesmente, na outorga de ampla liberdade para todos ou, nas palavras de John Rawls, em igual liberdade para todos²⁶⁷, também não é suficiente para uma justiça concreta.

A Constituição Federal do Brasil de 1988, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, as Constituições da maioria dos demais países, todos estes arcabouços jurídicos garantem o direito individual à liberdade²⁶⁸, tanto no plano econômico, como no plano cultural, moral, de pensamento, de convicção, de prática religiosa, de associação, de consciência, de protesto, etc, mas tais previsões de resguardo à liberdade não são suficientes para a fixação de critérios eficientes para criar, instalar e

²⁶⁷ RAWLS, em seu livro *Uma teoria de justiça*, fala, como veremos em tópico posterior, em igual liberdade para todos. Afirma que o princípio da igual liberdade aplicado ao processo político determinado na Constituição de determinado Estado, terá pertinência com o princípio da (igual) participação, que concede aos cidadãos – todos – o mesmo direito, igual direito, de inserirem-se no processo constitucional de tal forma que possam, também, influir na produção legislativa infra-constitucional, devendo eles sujeitarem-se, tanto à Constituição como na legislação dela decorrente, bem como sujeitarem-se aos seus resultados.

²⁶⁸ Afirma CAIO MÁRCIO LOUREIRO que "os Direitos Individuais são todos aqueles que constituem a personalidade do homem, e cujo exercício lhe corresponde exclusivamente sem outro limite que o do direito correspondente". Obra citada, p.2

perpetuar, neles, uma efetiva justiça social onde são todos livres, todos iguais, todos felizes.

A liberdade ampla e irrestrita nos faz pensar nas palavras mencionadas anteriormente, de Hobbes, de que o homem livre, sem amarras, sem limitações, permanecerá em constante estado de guerra, de todos contra todos.

A igual liberdade para todos, naquilo que Rawls chama de posição original e que denominamos de ponto de partida, não significa que no ponto de chegada, todos chegarão ao mesmo tempo e nas mesmas condições. Entre o ponto de partida no histórico de um indivíduo até o ponto de chegada, há muitos percalços, obstáculos, até porque a sociedade não é estanque. Ela não pára no tempo, está em constante crescimento, evolução, modificação. Ademais, como visto acima, temos, também, as condições pessoais de cada indivíduo: emoções, cultura, vontade pessoal, amor-próprio, vigor físico, saúde mental, ambição e outras considerações psicológicas e físicas que farão, cada qual, um ser individual, com um percurso específico. Algumas vezes, pela similitude das características, um percurso similar, mas nunca igual.

Dizer que a total liberdade é possível como critério único de justiça, especialmente em um país como o Brasil, onde a posição original é difícil até mesmo por conta das diversidades geopolíticas, sociais e culturais que vivemos e o ponto de chegada é indefinível por conta das vicissitudes da própria sociedade e das habilidades ou inabilidades de cada indivíduo, não encontra respaldo na história do homem e da humanidade.

Por outro lado, afastando a possibilidade da liberdade ser eleita como único critério de justiça, temos que nas hipóteses que decorre de prestação negativa por parte do Estado, leva a que ele tenha que obedecer a determinadas limitações em prol do cidadão de forma a ficar livre de atitudes arbitrárias, mas a contrapartida se apresenta e cobra seu tributo, posto que tais restrições são também impostas a todos os outros indivíduos, apesar de especialmente voltadas para as atitudes das autoridades públicas, em prol da coletividade. Ao tempo que a liberdade política apresenta-se em sua face coletiva, já que ela leva à efetiva participação no governo da coletividade, as liberdades individuais possuem, em geral, fins particulares, pessoais, limitados ao indivíduo. As individuais consistem em um poder de decisão. As políticas, em participação no poder de decidir que é próprio dos órgãos governamentais.

Evidente que as liberdades (política e individuais) se completam e objetivam garantir o direito à justiça. A participação política dos cidadãos será sempre no

sentido de preservar seus interesses, seus Direitos Fundamentais e, conseqüentemente, Individuais. Ao mesmo tempo, o exercício de liberdades individuais assegura uma participação política indireta, como já visto, funcionando, também, como forma de se zelar pelos Direitos Políticos, quando se encontrem sob ameaça.²⁶⁹

Bobbio²⁷⁰, tratando dos problemas atuais da liberdade, afirma que em um rápido panorama de conjunto dos problemas da liberdade na sociedade contemporânea, parece-lhe possível identificar dois temas principais: por um lado, a emergência de demandas de liberdades completamente novas; por outro lado, novas formas de defesa das velhas liberdades”.²⁷¹“

Da mesma forma que a teoria de justiça igualitária padece do vício de fomentar ainda mais o abismo entre os cidadãos que formam determinada sociedade, exatamente por conta do fato de não respeitar as desigualdades naturais entre eles, mesmo que lhes dê condições iguais no ponto de partida, na lei e perante a lei, também a adoção da liberdade como critério exclusivo de justiça, simplesmente, ainda que esta liberdade possa ser entendida da forma mais ampla possível, terá por objetivo fomentar a concorrência, já que todos terão liberdade para criar, comprar, vender, demonstrando ser apenas a face mais liberal do liberalismo e neoliberalismo econômico. O que não basta para estabelecer justiça social para todos.

Um dos exemplos apresentados por Bobbio, no que se refere aos problemas encontrados no tocante à liberdade, especialmente a negativa, está atual e especialmente naquilo que se refere ao problema da liberdade em face da economia e do trabalho. Afirma o autor italiano que “é evidente que um problema desse tipo somente podia se pôr numa época como a nossa, de vertiginosos progressos técnicos”.²⁷² Aduz que

²⁶⁹ CAIO MÁRCIO LOUREIRO, Caio. Obra citada, p. 6. Para o autor, deve-se ter em mente que esta dicotomia não é absoluta, concreta, mas sim uma convenção, com fins didáticos. Os Direitos Humanos são um todo, formando um conjunto indivisível, visto que dependem entre si para sua realização empírica. Assim sendo, tais distinções assumem caráter meramente explicativo, para que se esclareçam as peculiaridades de cada grupo que compõe a unidade.

²⁷⁰ BOBBIO, *ibidem*, Igualdade e Liberdade, *passim*.

²⁷¹ BOBBIO, *ibidem*, Igualdade e Liberdade, p. 92

²⁷² *ibidem*.

No plano estrutural, a liberdade econômica significou liberdade de possuir, de empreender operações economicamente rentáveis, de acumular bens ilimitadamente, mas nunca liberdade em face do trabalho: não trabalhar podia, quando muito, ser uma consequência do direito à acumulação indefinida, jamais um pressuposto. Foi sempre considerado um privilégio e não um direito. (...) Somente hoje, com o progresso da automação, começa a se por o problema do direito não mais apenas ao trabalho reduzido ao mínimo indispensável, mas – no limite – do direito à eliminação do trabalho cansativo, desagradável, alienante. A nova imagem da sociedade livre que hoje se esboça nas mentes dos utopistas sociais não é mais a da sociedade sem escravidão política, mas a da sociedade sem a escravidão do trabalho.²⁷³

No tocante às liberdades positivas – concebidas até pouco tempo atrás quase que exclusivamente como forma de ampliação da margem de autodeterminação do cidadão na esfera política – também passa a conviver com novidades no seu entendimento. Como afirma Bobbio,

uma das novidades desses últimos anos é que as demandas de autodeterminação se manifestam, com uma audácia que seria até poucos anos atrás impensável e necessariamente fundadas no princípio da autoridade e da obediência absoluta: a igreja, a escola, a fábrica, até mesmo o exército. São discutidas, criticadas e contestadas as chamadas instituições totais, como os manicômios e as prisões, cuja função excepcional – como excepcional sempre foi julgado o comportamento anormal ou desviante – sempre as mantivera à margem de qualquer reivindicação de liberdade. Para uma época que, pela primeira vez na história, foi testemunha dos campos de extermínio, a contestação das instituições totais é um desafio que pode parecer até mesmo excessivamente atrevido ou ingênuo, mas que é um daqueles episódios que revelam -0 mais do que qualquer outra consideração – a realidade profunda do nexo entre liberdade e não-liberdade”²⁷⁴

Não é demais acrescentar, por fim, que na questão da liberdade, também se inserem outros tipos de problemas que a impedem, efetivamente, de trilhar a vida dos seres humanos. E tais decorrem, muitas vezes, das tendências perversas próprias do ser humano e de suas atitudes, que demonstram claramente as características de finitude e de falibilidade constitutivas da liberdade humana. Assim, a liberdade humana tem um campo muito maior de análise do que apenas a garantia das liberdades negativas e positivas, posto que ela também envolve as questões éticas, morais, psico-sociais, psicológicas, políticas, culturais, religiosas e por fim, as normas de direito, que tem por obrigação conciliar todos estes aspectos.

²⁷³BOBBIO, Igualdade e liberdade, p. 92/93

²⁷⁴ BOBBIO, Igualdade e Liberdade, p. 93-94.

Os problemas acima apresentados, que impedem a adoção da liberdade como critério único para a fixação de uma teoria da liberdade, de forma a garantir a todos na mesma extensão e profundidade a justiça e a felicidade social, não impede o reconhecimento de que a liberdade – ao lado da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da soberania popular, da segurança social – entre outros, é um dos pilares do Estado democrático de direito. No entanto, para o reconhecimento de uma teoria da justiça apta a produzir a justiça para todos, ainda que a extensão do que é “todos” possa ser limitada pela desigualdade social ou pela falta de exercício de direitos políticos ou ainda pela falta de liberdade de determinados seres humanos, temos que reconhecer que faltam outros critérios e que a soma desses critérios é que poderá levar ao encontro da tão sonhada justiça para todos.

2.2.1.4. – Igual Liberdade para todos como critério de justiça: Justiça eqüitativa²⁷⁵

John Rawls, ao escrever sua obra *Uma teoria da justiça*²⁷⁶, revolucionou o pensamento político contemporâneo, ao ponto de levar Robert Nozick a escrever que a partir dela, os filósofos políticos precisam trabalhar no âmbito da teoria sustentada por Rawls ou então explicar o por quê que não o fazem.²⁷⁷

Não cabe aqui aprofundar-nos na teoria sustentada por Rawls, mas sim apresentar os pontos essenciais dela, especialmente os critérios utilizados por ele ao elegê-la como uma teoria de justiça. Como ponto de partida, é importante observar que o próprio autor reconhece que sua teoria de justiça é uma entre muitas aceitáveis e aptas a gerar efeitos.

Não criou ele a teoria da justiça, mas sim, tão somente, uma teoria de justiça. Reconhece Rawls que se tentasse criar uma teoria de justiça universal, estaria

²⁷⁵ “Que tem, ou em que há eqüidade; reto, justo”. Verbete extraído do Dicionário Aurélio-Século XXI

²⁷⁶ Rawls, John. *Uma teoria da justiça*. 2ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 2002.

²⁷⁷ Apud ROUANET, Luiz Paulo. *Paz, Justiça e tolerância no mundo contemporâneo*. PUC-Campinas. Artigo extraído do site: <https://www.faac.unesp.br>. Afirma o autor, por outro lado, que “a justiça não visa outra coisa senão dar a cada um o que é seu, ou seja, assegurar uma base comum de partida para todos, no que é chamado de igualdade de oportunidades. A teoria da justiça como eqüidade, de John Rawls, é uma das teorias possíveis da justiça. Diga-se de passagem, é aquela que conta também com minha preferência.”

comprometendo o seu objetivo, pois isto não seria aceito por todos exatamente por ser impositiva. Ao propor sua teoria como apenas mais uma teoria possível, Rawls pretende deixar que os cidadãos escolham – todos com igual liberdade – se querem ou não aderir à ela.

Assim, a teoria da justiça proposta por Rawls - “teoria da justiça como equidade” - funda-se, basicamente, em dois princípios: liberdade e igualdade.

Rawls insere-se entre os autores que sustentam um novo modelo de contratualismo firmado entre a sociedade e o Estado. Nela, Rawls substitui a metáfora do estado de natureza dos autores contratualistas clássicos (Hobbes, Locke e Rousseau), substituindo-o pela “posição original”.²⁷⁸ O autor em comento vê a sociedade como uma associação de pessoas que, em suas relações, reconhecem que devem submeter-se a regras de condutas obrigatórias, tendo por objetivo um sistema de cooperação interdisciplinar para a realização do bem comum. Nas relações entre os membros dessa associação, surgem tanto a identidade de interesses como os interesses conflitantes, pois os membros podem acordar, discordar, dissentir, consentir, pelos mais variados motivos, quanto às formas de atuação de cada qual, especialmente a repartição dos benefícios e dos ônus gerados.

Segundo a teoria de Rawls, é exatamente nesse momento que os critérios de justiça social devem ser erigidos para solucionar tais impasses. Segundo o autor em estudo, é necessário

um conjunto de princípios para escolher entre várias formas de ordenação social que determinam essa divisão de vantagens e para selar um acordo sobre as partes distributivas adequadas. Esses princípios são os princípios da justiça social: eles fornecem um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social.²⁷⁹

Para Rawls, a forma de alcançar a justiça social através da liberdade e da igualdade se dá em dois momentos:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras. Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos

²⁷⁸ Trata-se, na verdade, de um artifício para que se remeta a uma situação hipotética, na qual os membros da associação, cada qual ignorando sua posição e a posição ocupada pelos demais, e também ignorando os talentos pessoais de cada um, condições climáticas, geopolíticas, etc (como vimos nos tópicos anteriores), escolhem os critérios que entendem mais equitativos, que passarão, então, a orientar a igualdade para todos.

²⁷⁹ RAWLS, obra citada, p. 5

limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos²⁸⁰

Outro recurso metafórico usado por Rawls é o do “véu da ignorância”, que os membros da associação devem vestir, colocar sobre seus olhos, para evitar que eles se vejam tentados a modificar o critério que entendem equânime, com base em outros critérios heterônomos, ainda que em favor dos outros.

Rawls, na segunda parte de sua obra, analisa o tema da justiça em estreita vinculação com o que denomina de instituições - órgãos estabelecidos pela sociedade em conformidade com a estrutura básica para a realização da justiça - , organizadas de acordo com a democracia constitucional, buscando constatar como funcionam os princípios da justiça (igualdade e liberdade) diante das formas institucionais. Propõe Rawls a análise em quatro etapas.

A primeira etapa consiste em estudar a justiça da legislação e as políticas sociais. A segunda, revisar o juízo que o cidadão deve formular sobre as disposições constitucionais válidas para reconciliar as opiniões contrárias a respeito de justiça. A terceira etapa, permitir que o cidadão aceite uma Constituição como justa, estimando que alguns procedimentos, como por exemplo, o da decisão pelo voto da maioria seja válido para determinar as bases e os limites do dever e da obrigação política. A quarta etapa é de caráter legislativo, procurando analisar se as leis satisfazem a Constituição Política e os princípios da justiça, observando os limites estabelecidos pelas normas constitucionais e a forma como o parlamento (no caso do Brasil Congresso Nacional, Assembleias Legislativas e Câmara de Vereadores) e o efetivo desempenho dos mesmos estabeleçam.

As quatro etapas estão ligadas à concreta posição original dos membros da associação ideal criada por Rawls. Porém, nessa posição original, para se obter uma justiça social, a liberdade não preza apenas a liberdade física, mas também a

²⁸⁰ RAWLS, obra citada, p. 64. O segundo princípio é também conhecido como "princípio da diferença", pelo qual, havendo desigualdade, essa desigualdade se reverte para o benefício dos menos favorecidos na escala social. Segundo RAWLS, os dois princípios devem ser aplicados à estrutura básica da sociedade, devem presidir a atribuição de direitos e deveres e reger as vantagens sociais e econômicas advindas da cooperação social.

liberdade de consciência e de pensamento, a liberdade pessoal e a igualdade de direitos políticos.²⁸¹

A teoria sustentada por Rawls, porém, baseada simplesmente na igualdade e na liberdade, ainda que cumulados e combinados os dois, é uma teoria factível, porém, aplicável à uma "sociedade bem ordenada", isto é, uma sociedade onde supõe-se que os problemas básicos estejam solucionados de forma efetiva, onde se vê a instalação de uma democracia estável. O próprio Rawls afirma que se sua teoria de justiça funcionar na "sociedade bem ordenada", então se poderá mais facilmente verificar em que medida pode funcionar em outras sociedades.

Evidentemente que a teoria de justiça pela eqüidade, de Rawls, abstratamente é possível em qualquer sociedade, mas dificilmente dará certo em uma sociedade social e juridicamente complexa, em uma sociedade cujos problemas sócio-estruturais sequer apontam possibilidade de solução mediata ou imediata, com evidentes desigualdades no aporte de condições econômicas, sociais e culturais, seja na posição original, seja no ponto de partida, como o Brasil, que tem suas desigualdades sociais arraigadas desde o início de sua colonização.

A teoria de justiça apresentada por Rawls também encontra óbice quando se trata de sociedade subdesenvolvida periférica, como o Brasil e demais países da América Latina ou que se encontrem em situação similar, posto que este modelo de sociedade pressupõe uma pluralidade jurídica, não aceita por eles, em cuja história a produção jurídica está sedimentada no próprio Estado.

A problemática proposta por Rawls sobre as dificuldades de se obter uma sociedade justa e estável de cidadãos livres e iguais²⁸² em Estados que permanecem profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais, ele próprio não conseguiu resolver com o seu *justice as fairness*²⁸³, pois como reconhece, a história do

²⁸¹ Segundo Rawls, a base para o êxito da justiça social é, em primeiro lugar, o reconhecimento das liberdades genericamente falando e, especificamente, as liberdades de consciência e de pensamento; a pessoal e a liberdade de direitos políticos, pois só assim haverá a democracia constitucional .

²⁸² o princípio das liberdades (distribuição de igual número de esquemas de liberdades para todos) e o princípio das diferenças (as liberdades econômicas e sociais devem estar estruturadas de tal maneira que assegurem o maior benefício aos menos avantajados, e que cargos e posições estejam abertos a todos, em condições de justa igualdade de oportunidades).

²⁸³ Segundo Rawls, "O conceito do *justice as fairness* adota um procedimento de natureza contratualista, no qual uma série de indivíduos, os quais estão envolvidos num grosso véu da ignorância, situando-os na posição original, na qual estão despidos de consciência social e, a única premissa que conservam. Além da capacidade de raciocinar, são noções econômicas e sociológicas elementares. Assim, mediante um

homem demonstra que raras vezes se viu a cooperação justa entre os cidadãos livres e iguais.

Höffe²⁸⁴ também critica a teoria de justiça de Rawls, dizendo que ela se aproxima do positivismo quando ele renuncia a uma análise semântica do conceito de justiça, lhe escapando assim, o critério mais básico, com o qual se deve começar a busca pela idéia de justiça, que é, exatamente, a sociedade em que vive o homem.

Rawls, efetivamente, ao se aproximar do positivismo, esquece que a ação do homem está inserida dentro de um contexto concreto e que deve haver uma perfeita adequação entre os meios utilizados e os fins que se objetiva. É necessário fazer uma distinção entre a situação efetiva de cada membro dessa associação, aquelas que dependem intrinsecamente dele e daquelas que, independentemente da pessoa do membro, são intrínsecas à situação em que este se encontra. Se adotarmos a teoria de justiça de Rawls, a ação dos membros daquela sociedade ideal construída por ele acaba por se reduzir à adaptação racional às condições.

Rawls, para fugir dessas críticas, reconhece que a falha na aplicação da norma racional só pode ser explicada através da "ignorância" ou "erro", ambos intrínsecos ao membro integrante da sociedade, mas que não englobam as ocorrências externas e menos ainda a valoração das palavras e daquilo que se considera ser a norma correta.

Completando as observações acima, a teoria de justiça de Rawls também sucumbe ao mundo globalizado, já que a positivação do Direito e conseqüentemente da justiça, não se sustenta frente à quebra das fronteiras, da soberania, enfraquecimento dos Estados - não só daqueles países subdesenvolvidos-, ao avanço tecnológico e à progressiva tecnologização da sociedade, à multifacetação das necessidades humanas, de tal forma que é impossível fixar uma posição original e menos ainda conduzir as ações dos membros com os olhos cobertos pelo "véu da ignorância".

2.2.1.5 - Uma teoria da justiça da vida concreta digna

contrato social hipotético, estabelecerão os princípios da justiça que irão reger a vida social, por um método que é justo por si próprio, isto é, justice as fairness".

²⁸⁴ *Op. Cit.*, p. 237

Chegamos, agora, não esgotando a matéria, evidentemente, à uma teoria de justiça que apontamos compatível à realidade brasileira. A Teoria da justiça da vida concreta digna ou teoria da justiça com dignidade concreta - pois ambas refletem os critérios de justiça que queremos para nosso país – de forma a que sua aplicação leve à concretização da justiça social e da felicidade social.

Como vimos no decorrer dos pontos até agora tratados, o Direito é um fato exterior que simboliza a solidariedade social, na sua concepção de justiça - ela própria dificilmente mensurável -. Direito e solidariedade social estão unidos por um vínculo tão estreito que o primeiro reflete a segunda: "Podemos (...) estar certos de encontrar refletidas no Direito todas as variedades da solidariedade social. Mas esse vínculo não é um vínculo de identidade nem um vínculo de coincidência absoluta"²⁸⁵, pois há um doloroso problema comum a todos que instituem de um lado o Direito e de outro, as relações sociais (ou as formas da solidariedade social), como o fez Durkheim²⁸⁶: o Direito não "fixa" todo o social e nem todo o social organizado o é juridicamente.

Tal afirmativa reflete diretamente no que se quer por justiça para o Brasil. O que se espera como justiça social é o respeito à realidade concreta, de forma a colocar todos os seus membros em uma posição original similar, de forma a garantir que o ponto de chegada seja o mais próximo possível daquilo que se considera digno, já que não é possível garantir que as condições geopolíticas, pessoais, climáticas, culturais, etc, possibilitarão que todos cheguem ao mesmo lugar. É até possível afirmar que a justiça social que se espera é a inclusão social de todos os seus membros.

Importante, pois, que os critérios de justiça não se limitem em garantir uma justiça social formal, a igualdade e liberdade para todos, ou mesmo igual liberdade

²⁸⁵ Assier-Andrieu , obra citada, introdução, f. XXII.

²⁸⁶ Segundo Assier-Andrieu, o sociólogo **Durkheim** entende que o direito fixa e regula os tipos essenciais de solidariedade social. Como nem todos são essenciais, não assumem todos eles: se os reflete, reflete apenas uma parte deles. Os não-essenciais provirão, por sua vez, de uma fonte secundária de regulamentação, própria ao caráter secundário de seu estado: essa fonte "difusa" são os costumes. Durkheim utiliza o direito como índice, ele é a própria organização da sociedade "no que ela tem de mais estável e de mais preciso". Baseado nesse índice, ele vai construir sua teoria dualista da solidariedade mecânica e da solidariedade orgânica, que em si mesma não é uma sociologia do direito, mas, antes, constitui o melhor emprego que esse cientista queria dar ao conhecimento do direito para servir a uma sociologia geral. Apenas as sociedades fortemente juridificadas o interessam, os costumes flutuantes das "sociedades dos inferiores" parecem indispor-lo no mais alto grau: para ele só há verdadeiramente direito, pelo fato de este fixar a solidariedade social, através dos direitos escritos, ou seja, sob a própria forma do sistema jurídico mais familiar ao sociólogo. Obra citada, f. XXIV

como pretende a teoria de Rawls, mas que, além disso, considere a questão da dignidade do homem nos pontos de partida, nos pontos de chegada e também no caminho entre um e outro, de forma a obter uma dignidade da vida concreta.

E esta dignidade da vida concreta deverá partir da análise da pessoa humana que a informa, bem como de todos os seus entornos e contornos, passando pela sociedade em que vive, para então chegar aos direitos a serem resguardados e cumpridos de forma que esta pessoa se sinta parte de um todo.

Do homem²⁸⁷ à sua dignidade, para, a partir deles, se chegar àquele que está no mundo periférico mencionado por Enrique Dussel²⁸⁸, respeitando-o como um sujeito detentor do direito de ser e interagindo com ele eticamente, respeitando sua esfera de dignidade, transformando-o em “mesmo”, uma vez que é a conscientização de todos os membros da sociedade no sentido de que todos são os “mesmos” que possibilitará a realização do direito e, conseqüentemente, alcançar a justiça social para todos.

Dussel trata dessa matéria ao tratar da filosofia da libertação, sistema teórico que tem em seu centro o paradigma da vida, em contraposição aos três paradigmas que vinham sendo aceitos pela filosofia ocidental: o ser, o sujeito e a linguagem (comunicação).

O autor em comento reconhece que o paradigma da vida passa pelos três momentos anteriores (ser, conhecer e linguagem), mas não se limita a eles, sendo necessário que o sujeito histórico da libertação (vítima ou comunidade de vítimas), subsuma-se à existência da vida concreta com dignidade. Somente quando o sujeito histórico da libertação (vítima ou comunidade de vítimas), libertar-se da relação opressora da dominação (decorrente de relação econômica, exploração do produto do trabalho social e da exclusão social, política e cultural), é que poderá encontrar a liberdade e, com ela, subsumir-se à condição de sujeito ético. A ética da libertação aposta na liberdade do “Outro”, dando ao oprimido a possibilidade de ser livre, abrindo

²⁸⁷ Adão Longo, no capítulo 14 de sua obra *O Direito de Ser Humano*, sob o título *O Conceito de Homem*, trata da dificuldade de conceituação da palavra homem, afirmando que “o ser humano, ainda que existencialmente individualizado, é um ser plural, complexo, híbrido. É uma constituição somatória de células e conhecimentos, um renascimento de tecidos e possibilidades, uma justaposição de órgãos e finalidades” (*ibidem*, p. 49), concluindo que “assim como o homem só se constitui como tal na possibilidade de ser, a sua representação como homem só se qualificará na dignidade de fazer-se.” (*ibidem*, p. 50).

²⁸⁸ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Tradução de Ephraim Ferreira Alves et al. 2ª. Ed., Petrópolis, Editora Vozes, 2002

caminho para a posteridade histórica.²⁸⁹

Para Dussel o **sujeito** - aqui entendido como sendo o ser real, que se considera como tendo qualidades ou praticado ações - da práxis da libertação é “a vítima ou comunidade de vítimas”, mas admite que “todo indivíduo concreto que em todo o seu agir, enquanto age como vítima ou solidário com a vítima, fundamentar normas, realizar ações, organizar instituições ou transformar sistemas de eticidade”²⁹⁰ também ostentará o título de sujeito. (grifo nosso).

O que é importante na obra de Dussel, é sua consideração não só do sujeito concreto de hoje, mas também o sujeito concreto do passado e aquele do futuro. Também é interessante observar que Dussel sustenta que o sujeito da vida concreta, quando executa um reconhecimento solidário do outro e da comunidade, passa a ser o critério de verdade e validade insubstituível da ética como sujeito vivo, em referência ética. A vítima, (sendo o outro, o sujeito “negado”: o sujeito que não pode viver), é encontrada nos movimentos ou comunidades intersubjetivas sociais (como sujeitos comunitários dentro de um esquema de poder), ou comunidades intersubjetivas históricas (originados de um movimento social histórico concreto).

O filósofo argentino reconhece que o papel do Direito, hoje, é mediar o mundo da vida concreta (o cotidiano de conflitos de uma dada sociedade) com os sistemas político e econômico, visando firmar-se como ser (sujeito) da era da globalização, para que não fique alheio à história. O Direito, pois, deve regular a conduta desejada do ser humano, seja *a priori*, seja *a posteriori*, bem como reprimir a conduta indesejada, seja antes dela ocorrer, seja depois de ocorrida, sempre tendo por linha mestra sua dignidade, independentemente do sistema econômico escolhido.

Mas o “mundo-dos-sem-direito” não surge apenas em decorrência do mercado vinculado ao regime capitalista, neocapitalista ou liberal. E também não é um privilégio das sociedades modernas, pós-modernas ou hiper-modernas, como queiram os leitores. Atinge tanto as sociedades capitalistas como as socialistas, totalitárias, fascistas, fundamentalistas, militaristas, estados subdesenvolvidos, de terceiro mundo ou de último mundo, pouco importando qual o valor axiológico eleito: religião, patriotismo, ufanismo, relações de trabalho, dinheiro, igualdade, dignidade da pessoa humana, ou outro valor qualquer que se queira eleger. Esse mundo, segundo

²⁸⁹ *ibidem*.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 519

Dussel, surge, na verdade, da força, tanto do capital, quanto da violência do poder, sob qualquer forma de manifestação.²⁹¹

A teoria de uma justiça com dignidade concreta, proposta neste estudo, parte do paradigma prevalente que é a pessoa humana e o pluralismo de regimes, situações, condições e vicissitudes em que vive²⁹², da mesma forma que Hannah Arendt o fez - ao atribuir à pessoa humana a condição de “valor-fonte” da ordem da vida em sociedade, hoje, expressão jurídica dos direitos fundamentais do homem -, sendo que os critérios para a fixação de uma teoria da justiça parte exatamente dele e seu resultado retorne exatamente a ele.

Para tanto, é necessária a consideração da pessoa humana e todas as relações que ela desenvolveu e desenvolve com o mundo material e metafísico como dimensões de sua dignidade. Com esse respeito e consideração, é possível o assentamento das condições de possibilidade de um mundo comum, assinalado pela diversidade e pela pluralidade e vivificado pela história e pela criatividade da busca do novo, tornando-as atemporais.²⁹³

Na teoria que hora se sustenta, há a necessidade de que haja uma renovação constante dos contratos sociais que dão base à sociedade para evitar o surgimento das chamadas sociedades de vítimas, como posto por Dussel, o que, conseqüentemente, levaria à tomada de medidas não pacíficas para a reforma-transformação da realidade social, colocando em risco a existência da própria sociedade²⁹⁴. Pode vir a ser instalado o risco, como observa Lafer, de ver dissolvido o conceito de unidade, ou seja, a idéia de comunidade política que no Estado moderno, vincula as partes, que de outra forma estariam em permanente conflito. Como evitar este risco, que ameaça igualmente a ordem internacional e a paz mundial, é um dos temas básicos de atualização do contratualismo. Esta atualização passa pela idéia do

²⁹¹ *ibidem*, 527 et seq.

²⁹² Para Lafer, é importante a manutenção das características do pluralismo para assegurar a dignidade da pessoa humana. Segundo Lafer, tratando da relação entre sociedade e direito e seu reflexo nos direitos ditos como naturais, levou ao surgimento do jusnaturalismo moderno, que entende que “o direito natural ou da razão é a fonte de todo direito”. Segundo Lafer, a afirmação, pelo jusnaturalismo moderno, de um Direito racional, universalmente válido, teve efeitos práticos importantíssimos, seja na teoria constitucional, seja na obra de codificação que vieram a caracterizar a experiência jurídica do século XIX. Estes efeitos, no entanto, contribuíram para corroer o paradigma que os inspirou. A partir da perspectiva da historicidade de experiência jurídica, houve uma severa crítica ao paradigma do Direito Natural. Lafer, obra citada.

²⁹³ Não podemos esquecer que a pessoa humana, inserida dentro de um determinado contexto, não pode subtrair o passado que ela e todas as demais pessoas humanas vivas e já não pertencentes a este mundo vivido, e menos ainda esquecer que às gerações futuras também deverá ser resguardada a dignidade humana, no contexto que concretamente encontrarem.

²⁹⁴ Para melhor compreender a matéria, ler o item “6.3 A questão reforma-transformação” da obra citada de Dussel, pp.534 et seq.

pacto social e, portanto, pelo conteúdo de suas estipulações, como já observamos acima.

A aceitação de uma pluralidade de ordenamentos numa sociedade pode ser encarada como um processo de progressiva liberalização do indivíduo e dos grupos da opressão do Estado, pois o pluralismo registra e legitima a existência de grupos entre o Estado e o indivíduo. É por isso que o pluralismo, enquanto mecanismo de descentralização funcional e territorial, surge como resposta à crise do Estado²⁹⁵

É necessário que a justiça como dignidade da vida concreta não perca de vista a pessoa humana, suas características intrínsecas e as características extrínsecas, o contexto onde vive, para evitar que os que detêm o poder, em nome da justiça, cometam as injustiças que a humanidade já vivenciou, especialmente em meados do século XX, quando as pessoas e as sociedades se tornaram, como ressalta Lafer, cegas, surdas e mudas a uma razão aberta à razoabilidade da tutela do valor da pessoa humana como “valor-fonte” legitimador do ordenamento jurídico.

Segundo Lafer, tal problemática passa pela análise do processo de ruptura, que Hannah Arendt articulou. É a ruptura que tornou tanto o paradigma do Direito Natural quanto o da Filosofia do Direito, inadequadas para lidar com os problemas que escapam à lógica do razoável, inerente a conceitos tais como os de natureza do homem e natureza das coisas e ao espaço de prudência que é constitutivo da tradição jurídica ocidental. Afirma o autor que

Com efeito, para que uma sociedade não se veja atolada pela questão social e, portanto, pela lógica da administração, que não dá espaço para a lógica da ação, é preciso que o dever político arendtiano da participação na esfera pública não se inviabilize em virtude da “estranheza” proveniente do hiato que separa a miséria da riqueza, que dificulta o agir conjunto. É neste sentido que a proposta de Hannah Arendt contém um ideal redistributivo necessário para reduzir, na esfera do privado, as diferenças sociais derivadas da desigualdade econômica à escala do razoável e permitir aos homens que não sejam apenas diferentes, mas possam ter condições para distinguir-se na esfera pública.²⁹⁶

Para uma teoria da justiça da vida concreta, é efetivamente necessário que o homem seja totalmente livre, que a igualdade seja estabelecida como regra de justiça,

²⁹⁵ LAFER, *op.cit.*, p. 72

²⁹⁶ LAFER, obra citada, p. 152

básica, inerente à própria justiça, mas também é preciso superar a dicotomia entre a esfera política e a esfera social, de um lado, e de outro lado a relação entre homem e homem, isto é, a própria divisão da sociedade em classes, como pregava Marx, de forma que todos possam ser vistos e, conseqüentemente, inseridos na sociedade onde vivem.

Todos os membros que estão sob um novo modelo de pacto social devem ser vistos, em todas as relações com ele travadas, como seres iguais em direitos e obrigações, protegendo-se, porém, a diferença entre eles, não de forma meramente positivada, como sustentado por Rawls, mas na forma de enxergar este outro menos favorecido como um “mesmo”, conforme reconhece Dussel, ou um ser efetivo, concreto, real, vivo, como exposto por Hannah Arendt.

Em todas as situações, a dignidade da pessoa humana deverá ser ressaltada, essa sim igual para todos, tanto no plano formal, como material.

Quando tratarmos especificamente sobre o direito fundamental à inclusão social, esta questão da dignidade da pessoa humana será melhor tratada, inclusive com a abordagem dos princípios da segurança social, cidadania e soberania popular.

2.3 - Justiça e Direitos Fundamentais

Em um primeiro momento, faz-se necessário distinguir as expressões “Direitos Humanos” e “Direitos Fundamentais”, calhando com uma maior objetividade na explicitação a que se propõe o presente texto, até para que possamos uniformizar a linguagem sobre o tema. Não há como falar dos direitos fundamentais sem, no mínimo, enfrentar a questão, ainda que de forma perfunctória, acerca da distinção das duas expressões, do entendimento da extensão dos direitos em pauta, das suas justificações e até mesmo de suas utilidades.

As expressões direitos humanos e direitos fundamentais, apesar de constantemente serem usadas como sinônimas, não o são, havendo, pois, distinção ontológica entre elas. De outra sorte, não há como falar no assunto sem, antes, ainda que brevemente, apresentar um breve histórico acerca da evolução do direito constitucional.

O estudo dos direitos humanos está intimamente ligado à própria evolução do direito constitucional, pois seu propósito está vinculado à construção de “instrumentos institucionais à defesa dos direitos dos seres humanos contra os abusos do poder cometidos pelos órgãos do Estado, ao mesmo tempo em que busca a promoção de condições dignas da vida humana e de seu desenvolvimento”.

De Aristóteles e sua teoria individualista do dever ser -- para quem o bem maior é a felicidade humana, só realizável através da vida em sociedade na polis—até Hans Kelsen, que não concebe direitos humanos que não estejam positivados, a luta do homem pelo reconhecimento dos seus direitos passou por duras batalhas, como narra Celso Lafer na sua obra *A Reconstrução dos Direitos Humanos*.²⁹⁷

Dentro desse quadro histórico-filosófico de lutas do homem pela defesa de seus direitos encontra-se, também, a evolução dos direitos qualificados como direitos humanos, assim chamados pois visam garantir ao ser humano o respeito mínimo àquilo que o individualiza como integrante da humanidade: o direito à vida, à liberdade, à igualdade, ao conhecimento, ao trabalho, ao pleno desenvolvimento de sua personalidade e à dignidade. Eles garantem a não ingerência do Estado na esfera individual e consagram a dignidade humana como princípio ético norteador da sociedade em que estão inseridos.

Exatamente por isso decorre a discussão sobre serem os direitos humanos “direitos naturais” ou “direitos históricos”. Para o filósofo italiano Bobbio, não existem “Direitos Naturais” aos quais o homem faça jus por sua simples condição de ser humano. Para ele, são conquistas resultantes de longas e por vezes sangrentas lutas contra as várias formas de opressão; conquistas estas legitimadas depois pelos legisladores, pelos tribunais e pelos juristas.

Bobbio defende também que a cada direito conquistado corresponde a perda de poder de um determinado segmento da sociedade que se mantinha naquela posição pelo exercício da opressão. Conclui o autor italiano que os Direitos humanos são conquistas da civilização e que, portanto, uma sociedade é tanto mais civilizada quanto mais os Direitos Humanos são nela protegidos e respeitados.²⁹⁸

²⁹⁷ Op. Cit., p. 123

²⁹⁸ “sempre defendi -- e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos -- que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutar em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem todos de uma vez por todas. O problema -- sobre o qual, ao que parece, os filósofos são convocados a dar seu parecer -- do fundamento, até mesmo do fundamento absoluto, irresistível, inquestionável, dos direitos do homem é um problema mal formulado: a

Assim também conclui Celso Lafer, em análise ao pensamento filosófico de Hannah Arendt, afirmando que o elenco dos direitos do homem, do séc. XVII até hoje, contemplados em constituições, leis e instrumentos internacionais foram se alterando com a mudança das condições históricas. Para ele, é difícil atribuir uma dimensão permanente, não-variável e absoluta para direitos que se revelaram historicamente relativos. Por isso a crítica à fundamentação jusnaturalista dos direitos humanos, baseada num conceito como o de natureza humana - que se evidenciou ambíguo e plurívoco - e sua substituição por uma fundamentação historicista. Os direitos humanos representam uma conquista histórica e política – uma invenção – que exige o acordo e o consenso entre os homens que estavam organizando uma comunidade política”.²⁹⁹

2.3.1 – Direitos Humanos e Direitos Fundamentais

Na questão da distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, vê-se que ela se dá no campo da terminologia. Tem-se a terminologia “Direitos Humanos”, com um sentido mais amplo, não limitado, necessariamente, a um conceito jurídico, abrangendo ele, pois, toda uma carga sociológica, antropológica, filosófica e até mesmo teológica, sendo expressão mais utilizada entre os anglo-saxões e latinos, como aceção impregnada de caráter eminentemente histórico. Essa expressão normalmente vem usada em acordos ou tratados internacionais, que trazem regras com conteúdo programático ou que revelem caráter ideal de pretensões de direitos.

liberdade religiosa é um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, depois a assistência para a invalidez e a velhice, todas elas carecimentos que os ricos proprietários podiam satisfazer por si mesmos(p.5/6) {...} Também os direitos do homem são direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem. A expressão “direitos do homem”, que é certamente enfática--ainda que oportunamente enfática --, pode provocar equívocos, já que faz pensar na existência de direitos que pertencem a um homem abstrato, como tal, subtraídos ao fluxo da história, a um homem essencial e eterno, de cuja contemplação derivaríamos o conhecimento infalível dos seus direitos e deveres. Sabemos hoje **que** também os direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformações e de ampliação (p. 32)”. BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, Rio de Janeiro, Editora Campus, 1992.

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 124

Por sua vez, a terminologia “Direitos Fundamentais”, de origem germânica, tem uma conotação mais ligada a uma acepção jurídica, pois atinente a direitos concretos e materiais, expressos por uma norma jurídica.³⁰⁰ Direitos fundamentais, pois, são aqueles direitos do homem que vêm definidos e positivados em documentos constitucionais e que visam tutelar a vida, a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana.

José Afonso da Silva orienta que a terminologia “direitos humanos” é a preferida pelos documentos internacionais, mas para ele a expressão mais apropriada seria “direitos fundamentais do homem”, pois “além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é também reservada para designar no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”. {...}Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos humanos fundamentais”.³⁰¹

Manoel Gonçalves Ferreira Filho sustenta a expressão Direitos Humanos Fundamentais, em sua obra de igual título (Editora Saraiva, São Pulo, 2002), onde, especificamente quanto aos direitos subjetivos reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica, intitula-os de liberdades públicas³⁰²

2.3.2 - As Gerações de Direitos Fundamentais

Considerando o roteiro histórico-cronológico de surgimento e aquisição dos direitos ditos fundamentais, que foram se constituindo e se modificando ao longo do

³⁰⁰ Direitos Fundamentais, nas palavras de Paulo Bonavides, são direitos destinados a “*criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade da pessoa humana*” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Malheiros, 1996, p. 183).

³⁰¹ ⁸ SILVA, José Antônio da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 158 e 159

³⁰² *Idem*, p. 29.

tempo, os autores, partindo do legado deixado por Norberto Bobbio, estabelecem sucessivas gerações para estes direitos (alguns, porém, preferem a expressão dimensão de direitos³⁰³), podendo ser classificados da seguinte forma:

Direitos de primeira geração: direitos fundamentais de cunho individual, civis e políticos, que englobam os direitos à vida, à liberdade (liberdades clássicas como a liberdade à segurança, liberdade religiosa, liberdade política, liberdade de expressão), à propriedade, à igualdade (ainda no plano formal, igualdade perante a lei), entre outros.³⁰⁴

Para Hannah Arendt, “o primeiro direito humano do qual derivam todos os demais, é o direito a ter direitos, direitos que a experiência totalitária mostrou que só podem ser exigidos através do acesso pleno à ordem jurídica que apenas a cidadania oferece.”³⁰⁵

Direitos de segunda geração: direitos sociais, onde o objetivo é levar o indivíduo a alcançar a igualdade material através da intervenção positiva do próprio Estado, com proteção do direito ao trabalho contra o desemprego; direito de instrução contra o analfabetismo; assistência para a invalidez e a velhice; direito à saúde, ao lazer e à cultura; proteção às chamadas liberdades sociais.³⁰⁶

Direitos de terceira geração: direitos de Solidariedade ou de Fraternidade, que englobam os direitos pertencentes a todos os indivíduos, constituindo interesses

³⁰³ Diversos autores preferem a terminologia dimensões de direitos fundamentais no lugar de gerações de direitos fundamentais. Entre eles SARLET, INGO WOLFGANG, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999, p. 45-47; BONAVIDES, PAULO. Teoria Constitucional da Democracia Participativa, São Paulo, 2003, Malheiros, p. 358-359).

³⁰⁴ Estão incluídos nos direitos fundamentais de primeira geração aqueles direitos relacionados ao próprio indivíduo e que limitam a ação do Estado, conseqüência direta da luta anti-absolutista ou, nas palavras de Hanna Arendt, na luta contra o totalitarismo”. Estes são os primeiros direitos a constar do instrumento normativo constitucional e que correspondem à parte inaugural do constitucionalismo ocidental. Para FERRREIRA (ob. Cit., p. 29), corresponde às chamadas liberdades públicas, “*poderes de agir reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica a todos os seres humanos e, eventualmente, a antes a eles assimilados, oponíveis ao Estado*”.

³⁰⁵ LAFER, obra citada, p. 166

³⁰⁶ Os direitos de segunda geração envolvem direitos sócio-políticos e econômicos e vinculam-se às chamadas “liberdades positivas”, exigindo-se do Estado uma conduta positiva na busca do chamado “Bem Estar Social”. Estes direitos surgem no final do século XIX, decorrentes das lutas trabalhistas das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, em virtude da imensurável desigualdade que a sociedade capitalista caracterizava, devido à necessidade do Estado em favorecer as liberdades, que anteriormente eram apenas formais, de forma a levar ao alcance da igualdade material, que antes era apenas formal, reclamando intervenção positiva do Estado para sua efetivação, na busca da Justiça Social.

e direitos comuns e difusos, transcendendo a titularidade do indivíduo para a titularidade coletiva ou difusa. Já não se pensa no homem como um ser único, mas sim como integrante de um grupo humano. Nesta geração de direitos, a proteção deixa de ser individual e passa a ser transindividual.

São direitos de terceira geração os direitos à paz, ao meio ambiente equilibrado, à qualidade de vida, à conservação e fruição do patrimônio histórico e cultural, à autodeterminação dos povos, à comunicação, à informação, ao progresso, etc.³⁰⁷

Direitos de quarta geração: Poucos os autores que defendem a existência dos direitos de quarta geração, englobando-os nos de terceira geração. Mas há doutrinadores, como Bonavides que em resposta à massificação dos direitos decorrente da globalização dos direitos fundamentais, sustenta a existência desta nova geração de direitos e para quem, dentro dela, estariam inseridos os direitos à democracia, ao pluralismo e à informação.³⁰⁸

Também há quem entenda serem de quarta geração os direitos denominados Direitos da Responsabilidade, ligados à necessidade de se colocar limites às pesquisas genéticas e à pesquisa no campo da cibernética. São os chamados direitos de promoção da Ética da Vida defendida pela Bioética, proteção da biodiversidade, direito à biossegurança.³⁰⁹

³⁰⁷ Os direitos de terceira geração, na maioria dos casos, não encontra respaldo na Constituição dos países (com exceção dos interesses difusos, como direito ao meio ambiente equilibrado, à qualidade de vida, à conservação do patrimônio histórico e cultural, à comunicação, que normalmente vêm prescritos nas normas constitucionais, como acontece no Brasil, mas não no Título dos Direitos Fundamentais), normalmente vêm consagrados em tratados internacionais, principalmente no que diz respeito à paz, autodeterminação dos povos, desenvolvimento e progresso social. Na Constituição Federal do Brasil, porém, no artigo 4^o, vem expresso que o Brasil, nas suas relações internacionais, rege-se pelos princípios da “ III- autodeterminação dos povos, VI- defesa da paz, VII-solução pacífica dos conflitos, IX-cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”.No parágrafo único, também vem a regra de que o Brasil buscará “a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América latina”.

³⁰⁸ “A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado Social. São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta ao futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência .A democracia positivada, enquanto direito da quarta geração, há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema.” (BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa, São Paulo, 2003, Malheiros, p. 358).

³⁰⁹ *No tocante aos direitos de quarta geração, há quem sustente sua inexistência no fato de que seriam apenas pretensões de direitos. Mas a recente lei de biossegurança, sancionada no dia 23/03/2005, deixa antever que os direitos ligados à bioética não se traduzem em mera pretensão, mas estão sendo positivados e colocados em planos diversos daquelas gerações anteriores de direito*

2.3.3 – Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os da seguinte forma:

Direitos individuais e coletivos – previsão dos direitos intimamente ligados ao conceito de pessoa humana e à sua personalidade, tais como os direitos à vida, igualdade, segurança, dignidade, honra, liberdade e propriedade. Eles estão previstos basicamente no artigo 5º e seus incisos.

Direitos sociais - direitos positivos sociais dos indivíduos e que devem ser garantidos pelo Estado Social, através da implementação das políticas públicas. São basicamente os direitos à educação, saúde, trabalho, moradia, (EC n. 26/2000), lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Têm por finalidade a melhoria das condições de vida dos menos favorecidos, de forma que possa ser concretizada a igualdade social, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, pedra angular da República Federativa do Brasil. Os direitos sociais estão elencados a partir do artigo 6º, mas são meramente exemplificativos.

Direitos de nacionalidade – regras de fixação de nacionalidade do cidadão nato e daquele que mesmo não nascido no país, venha a adquiri-la, bem como dos direitos e deveres dos nacionais e naturalizados.

Direitos políticos - direitos públicos subjetivos que permitem ao indivíduo exercer sua cidadania participando de forma ativa nos negócios políticos do Estado. A constituição regulamenta os direitos políticos no artigo 14.

Direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos - Regulamentados no artigo 17, a constituição garante a autonomia e a plena liberdade dos partidos políticos como instrumentos necessários e essenciais na preservação do Estado Democrático de Direito.

Além dos direitos fundamentais acima mencionados, encontramos na Carta Constitucional de 1988 as chamadas **garantias fundamentais ou constitucionais** — também denominados “remédios” constitucionais —, vistos como “os direitos-garantia que servem de instrumento para a efetivação da tutela, ou proteção, dos direitos

fundamentais³¹⁰ ou ainda como mecanismo jurídico para a concretização dos direitos constitucionais, que foram inseridas no art. 5º da CF/88, pois sem elas a mera enunciação dos direitos fundamentais na Carta Constitucional tornar-se-ia inócua, na medida que nenhuma validade prática têm os direitos do homem se não se efetivarem determinadas garantias em sua proteção. Conseqüentemente, de suma importância a inclusão de um sistema de garantias constitucionais que viabilize o cumprimento de suas normas.³¹¹

Da mesma forma que as declarações internacionais enunciam os principais direitos do homem, as garantias fundamentais ou constitucionais são os instrumentos práticos ou os expedientes que asseguram o exercício dos direitos materiais enunciados. Direitos e garantias, portanto, se complementam.

As garantias constitucionais, que se posicionam como instrumentos processuais para a concretização dos direitos fundamentais, às quais nomino de ações-garantias, são o habeas corpus (inciso LXVIII do artigo 5º da CF/88), mandado de segurança individual (inciso LXIX do artigo 5º da CF/88), mandado de segurança coletivo (inciso LXX do artigo 5º da CF/88), o mandado de injunção (inciso LXXI do artigo 5º da CF/88), habeas data ((inciso LXXII do artigo 5º da CF/88) e a ação popular ((inciso LXXIII do artigo 5º da CF/88). A elas acrescento a ação civil pública (artigo 129, III, da CF/88), que apesar de não ter sido inserida pela Constituição Federal como garantia constitucional de defesa dos direitos fundamentais, na prática revela-se importante instrumento para tanto.

³¹⁰O autor insere, entre os remédios constitucionais, apesar de não judicial, o direito de petição. Segundo o Constitucionalista, "este, com efeito, não provoca a tutela judicial, mas tem por razão de ser levar a quem de direito reivindicação individual ou coletiva. Por isso, serve, conforme a índole da reivindicação, para a defesa de direito fundamental, violado ou ameaçado de violação" FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 143/144).

³¹¹ O termo garantia, desvinculado de qualquer acepção política, deriva de *garant*, do alemão *gewaehren-gewaehr-leistung*, cujo significado é o de *sicherstellung*, a saber, de uma posição consolidadora da segurança e que põe cobro à incerteza e à fragilidade (QUINTANA, Geleotti e Linhares *apud* BONAVIDES, Paulo, Op. Cit., p. 481.). "A garantia - meio de defesa - se coloca então diante do direito, mas com este não se deve confundir. Ora, esse erro de confundir direitos e garantias (...) tem sido reprovado pela boa doutrina, que separa os dois institutos" (BONAVIDES, Op. Cit. p. 482.). Vem a escoimar a confusão doutrinária instaurada pelas lições de Rui Barbosa e Jorge Miranda, ora citados por Paulo Bonavides: "A confusão, que irrefletidamente se faz muitas vezes entre direitos e garantias, desvia-se sensivelmente do rigor científico, que deve presidir à interpretação dos textos, e adultera o sentido natural das palavras. Direito "é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar ou não praticar certos atos" (BARBOSA, Rui *apud idem ibidem*, p. 483-484.). *Garantia ou segurança de um direito, é o requisito da legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrência mais ou menos fácil" (apud, ibidem).*

2.3.4 - Ações Constitucionais

Na seqüência, uma breve explanação acerca das características específicas de cada uma destas ações-garantias.

a) Habeas corpus

Oriundo do Direito Inglês, o *Habeas Corpus* tutela o chamado direito de locomoção: o de ir e vir. Limita-se à tutela da liberdade pessoal de locomoção em razão de violência ou coação ilegal.

A constituição de 1988, em seu art. 5º, LXVIII, preceitua que: “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

O *habeas corpus* passou por um processo de transformação ao longo da sua história, tendo começado com aplicabilidade somente a brasileiros sendo posteriormente estendido a estrangeiros. Seu âmbito de abrangência começou sobre atos ilegais que violassem a liberdade física, evoluindo para uma abrangência maior, inclusive para “o restabelecimento de qualquer direito que tivesse como pressuposto a liberdade de locomoção. Ou seja, caberia para garantir a liberdade física e para garantir a liberdade de movimentos necessária ao exercício de qualquer direito desde que certo e incontestável”.³¹² Esta interpretação prevaleceu até a instituição do Mandado de segurança em 1934, quando o *habeas corpus* voltou a proteger apenas a liberdade de locomoção.

As constituições brasileiras posteriores, inclusive a de 1988, mantiveram a limitação da proteção ao direito à liberdade de locomoção e possibilitaram a utilização do *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

Em regra o *habeas corpus* é uma ordem judicial para que se deixe de cercear, ilegalmente, a liberdade de ir e vir de determinado indivíduo, normalmente dirigida contra o Poder Público, mas nada obsta que seja dirigida a um particular no exercício

³¹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 146.

de uma função pública delegada, como, por exemplo, um diretor de escola que não permite que um aluno saia dela enquanto não pagar mensalidade ou diretor de hospital que não permite que uma pessoa dele se retire sem pagar as despesas de internação.

Discussão interessante se coloca acerca da prisão disciplinar militar, determinada com base em regulamento disciplinar de força militar, onde parte razoável da doutrina sustenta que neste caso a análise da legalidade do ato estaria fora do alcance do judiciário e, portanto, do âmbito do *habeas corpus*. Porém, a norma constitucional que prevê o instrumento-garantia não excepciona a prisão disciplinar, do que decorre, na verdade, que ela só fugirá do alcance do HC se a prisão estiver vinculada em todos os seus termos à lei que a autorizou, inclusive nos aspectos da competência para a decretação da prisão, a sujeição ao estatuto militar e a prévia sanção prevista em lei. Faltando um destes pressupostos, não houve prisão militar legal, pelo que passível, o ato, de ordem de *habeas corpus*.

Também interessante análise acerca do conteúdo dos direitos que poderiam ser inseridos na cláusula do direito de locomoção, entendendo a jurisprudência que ele deve ser analisado o mais extensivamente possível, em prol do indivíduo. É o que se depreende do acórdão prolatado pela Suprema Corte no HC n. 82.354/PR, relator Ministro Sepúlveda Pertence, onde decidiu-se que

“o cerceamento da atuação permitida à defesa do indiciado no inquérito policial poderá refletir-se em prejuízo de sua defesa no processo e, em tese, redundar em condenação à pena privativa de liberdade ou na mensuração desta: a circunstância é bastante para admitir-se o *habeas corpus* a fim de fazer respeitar as prerrogativas da defesa e, indiretamente, obviar prejuízo que, do cerceamento delas, possa advir indevidamente à liberdade de locomoção do paciente.

(...) existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio.

2. Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado (...) é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos (...) A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonegado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações. (...)

Habeas corpus deferido para que aos advogados constituídos pelo paciente se faculte a consulta aos autos do inquérito policial, antes da data designada para a sua inquirição.”³¹³

b) Mandado de segurança individual e coletivo

O Mandado de Segurança ³¹⁴ tutela direito líquido e certo, não aparado por *habeas data* ou *habeas corpus*; ameaçado por ato abusivo de autoridade pública. Tem por objeto a correção de ato comissivo ou omissivo de autoridade (ato este demonstrado de plano, com transparência, sem necessidade de grande esforço de compreensão e sem qualquer dúvida razoável), marcado pela ilegalidade ou abuso de poder, praticado quando a autoridade pública ou agente de pessoa jurídica encontrar-se no exercício de atribuições do poder público ou em atividade delegada por ele. É através desta garantia-instrumento, com natureza de ação civil, que se promove a efetividade do direito fundamental líquido e certo.

Duas são as modalidades do mandado de segurança: individual e coletivo, sendo que será a natureza do direito a ser protegido que trará a distinção entre elas, bem como o elemento institucional decorrente da legitimação ativa “ad causam”, pois a Constituição concede legitimação processual a determinadas instituições para a impetração do mandado de segurança coletivo.

A legitimação para a impetração do Mandado de Segurança coletivo dá-se em favor de partido político com representação no Congresso Nacional, de organização sindical, de entidade de classe ou associação legalmente

³¹³ Supremo Tribunal Federal, HC8235/PR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgamento: 10/08/2004 Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: DJ DATA-24-09-2004 PP-00042 EMENT VOL-02165-01 PP-00029

³¹⁴ “O mandado de segurança é uma criação brasileira. Foi ele instituído pela Constituição de 1934, art. 113, ignorado pela Carta de 1937, mas restaurado à dignidade constitucional pela Lei Fundamental de 1946 e nela mantido pela de 1967 e pela atual. Entre suas fontes incluem-se os vários writs do direito anglo-americano e o amparo mexicano. Todavia, sua principal fonte foi a doutrina brasileira do *habeas corpus*.” (FERREIRA FILHO, ob. Cit. P. 148)

constituída e que esteja em funcionamento há pelo menos um ano, mencionando-se a defesa de direitos ou interesses gerais da coletividade ou da classe de pessoas que representam em seu próprio nome. Aqui, não podemos esquecer que deve haver a chamada pertinência temática entre o objetivo da entidade e o direito pleiteado na demanda.³¹⁵

Ainda em matéria de legitimação, a jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal, que levou, inclusive à edição da Súmula n. 630, entendeu que a entidade de classe tem legitimação para impetrar o mandado de segurança coletivo ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria e independentemente da autorização de seus membros.

A distinção entre as duas modalidades do *writs* está apenas na legitimação e nos interesses buscados, pois a técnica e legislação processual a serem utilizadas no processamento das demandas são as mesmas para ambas, sendo que o campo de atuação do mandado de segurança, individual ou coletivo “é definido apenas por exclusão: onde não cabe *habeas corpus* ou *habeas data*, cabe mandado de segurança.”³¹⁶

Também a jurisprudência já dirimiu dúvida antiga acerca do limite do mandado de segurança no tocante à impetração sobre a chamada questão de direito ou lei em tese. Com a edição da Súmula n. 625 pelo Supremo Tribunal Federal, tal questão foi afastada, pois a controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança.

O Mandado de Segurança é considerado a defesa mais eficaz contra a ilegalidade ou abuso do poder, que atinge os direitos fundamentais do homem (não se limitando, porém, a eles) por parte da autoridade, até mais do que o próprio *habeas corpus*. Isso porque o HC está limitado à proteção do direito fundamental de liberdade de ir e vir, enquanto o mandado de segurança pode alcançar a proteção de qualquer

³¹⁵ Para FERREIRA FILHO, o mandado de segurança é coletivo porque se destina “à defesa dos chamados direitos difusos e dos direitos de uma classe determinada de indivíduos. (...) O direito difuso tem por titular uma coletividade de indivíduos e entes, em tese indetermináveis, e seu objeto não é suscetível de *apropriação* por esses titulares separadamente. É o caso do direito ao meio ambiente sadio, ou ecologicamente equilibrado. No segundo caso, existe uma situação, derivada de fato ou de contrato, do qual decorrem direitos homogêneos no conteúdo, cujos titulares são determináveis, em tese, mas em tão grande número que isso se torna impraticável. (...) Nos dois casos, a titularidade do direito cabe a uma tal multiplicidade de indivíduos e entes que, por uma razão de economia processual, justifica a concentração do litígio, se possível numa demanda única” – *ob.cit.* p. 151

³¹⁶ FERREIRA FILHO, *op. Cit.*, p. 149

direito fundamental, com exceção do direito de locomoção e o de acesso ou correção de informações a dados pessoais. Admite-se mandado de segurança inclusive na esfera criminal (veja-se, nesse sentido, a Súmula 701, do STF).

No plano da efetividade do mandado de segurança, questão interessante que se coloca é a limitação ao seu exercício pelo transcurso do prazo decadencial de 120 dias. Para aqueles que sustentam a imprescritibilidade dos direitos fundamentais, tal prazo não poderia ser considerado constitucional, pois na sua incidência, haveria indevida limitação de uma garantia constitucional. Porém, o Supremo Tribunal Federal, enfrentando a alegação, enterrou a discussão ao editar a Súmula n. 632, pela qual “é constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança”. Caberá ao sujeito que teve seu direito violado a utilização de ação judicial ordinária, mas não a via estreita do mandado de segurança.

A Corte Constitucional também reputou constitucional, não obstativo do exercício dos direitos fundamentais, a extinção do *mandamus* se, no prazo assinado pelo magistrado, não for promovida a citação do litisconsórcio passivo necessário (Súmula n. 631, para a qual “extingue-se o processo de mandado de segurança se o impetrante não promove, no prazo assinado, a citação do litisconsorte passivo necessário”).

c) Mandado de Injunção

O Mandado de Injunção é garantia constitucional colocada em favor do indivíduo que tenha por inviável um direito fundamental, especialmente as liberdades e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, pela falta de norma regulamentadora exigida ou imposta pela Constituição Federal. O fundamento de tal instrumento está exatamente na falta de efetividade conferida aos direitos constitucionais com as constituições anteriores, onde a omissão legislativa, mais até do que o próprio descumprimento das normas constitucionais, obstaram o legítimo exercício dos direitos constitucionais.

Apesar do nome do instituto ter fonte no *writ of injunction* do direito inglês, não se conseguiu encontrar a verdadeira fonte de inspiração do legislador constituinte acerca do mandado de injunção. De qualquer forma, sua conformação veio como um instrumento inovador na tentativa de coibir e impedir os excessos de inaplicabilidade dos direitos fundamentais constitucionais, recebido por muitos como um remédio constitucional sem precedentes.

A palavra injunção vem do latim (INJUNCTIO, ONIS) que significa “ordem formal, imposição”, ligado ao verbo INJUGERE (MANDAR, ORDENAR, IMPOR UMA OBRIGAÇÃO).

Mas a esperança daqueles que viam no mandado de injunção o meio adequado para tornar efetivos direitos que por ausência de uma legislação integradora poderiam permanecer inócuos, não se concretizou, pois o Constituinte esqueceu de criar sanção para a hipótese de procedência da injunção.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou em diversos casos acerca dessa matéria. Em um primeiro momento, baseando-se no princípio constitucional da separação dos poderes, contentou-se em aplicar o mesmo efeito que a Constituição Federal conferiu à inconstitucionalidade por omissão, ou seja, que na hipótese de não haver lei infraconstitucional regulamentadora de norma constitucional, deveria ser dada ciência da lacuna ao Poder Legislativo para que fosse providenciada a correção (artigo 103, parágrafo 2º, da CF/88). Depois, avançou até fixar prazo para que o legislador suprisse a omissão, sob pena de, vencido o prazo concedido, o impetrante passasse a gozar do direito.

A posição do Supremo depende do caso concreto e do direito em discussão. Se a norma constitucional tiver um conteúdo exeqüível, ou seja, se ela tiver um conteúdo auto-aplicável e puder vir a ser executada, mesmo que o Poder Legislativo não a regule no prazo fixado, normalmente o direito é concedido após o prazo expirado. Nesse sentido o precedente exarado no MI n. 562.³¹⁷

³¹⁷ “Na marcha do delineamento pretoriano do instituto do Mandado de Injunção, assentou este Supremo Tribunal que “a mera superação dos prazos constitucionalmente assinalados é bastante para qualificar, como omissão juridicamente relevante, a inércia estatal, apta a ensejar, como ordinário efeito consequencial, o reconhecimento, “hic et nunc”, de uma situação de inatividade inconstitucional.” (MI 543, voto do Ministro Celso de Mello, in DJ 24.05.2002). (...) Neste mesmo precedente, acolheu esta Corte proposição do eminente Ministro Nelson Jobim, e assegurou “aos impetrantes o imediato exercício do direito a esta indenização, nos termos do direito comum e assegurado pelo § 3º do art. 8º do ADCT, mediante ação de liquidação, independentemente de sentença de condenação, para a fixação do valor da indenização. 3 - Reconhecimento da mora legislativa do Congresso Nacional em editar a norma prevista no parágrafo 3º do art. 8º do ADCT, assegurando-se, aos impetrantes, o exercício da ação de reparação patrimonial, nos termos do direito comum ou ordinário, sem prejuízo de que se venham, no futuro, a beneficiar de tudo quanto, na lei a ser editada, lhes possa ser mais favorável que o disposto na decisão judicial. O pleito deverá ser veiculado diretamente mediante ação de liquidação, dando-se como certos os fatos constitutivos do direito, limitada, portanto, a atividade judicial à fixação do “quantum” devido. 4 - Mandado de injunção deferido em parte.” (STF, 562 / RS , MANDADO DE INJUNÇÃO, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Rel. Acórdão Min. ELLEN GRACIE, Julgamento: 20/02/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: DJ DATA-20-06-2003 PP-00058 EMENT VOL-02115-02 PP-00260).

Mas se a norma constitucional não tiver um conteúdo integral e previamente pré-fixado pelo legislador constituinte, a injunção limitar-se-á a conferir prazo ao legislador infraconstitucional, como se deu em inúmeros precedentes, em matérias importantes, como no caso da regulamentação do direito de greve dos servidores públicos e na fixação dos juros reais em doze por cento, e em inúmeros outros precedentes:

” O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de legislar, imposto em cláusula constitucional, de caráter mandatório - infringe, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional (ADI 1.484-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO). - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.(...) A regra inscrita no art. 192, § 3º, da Constituição, por não se revestir de suficiente densidade normativa, reclama, para efeito de sua integral aplicabilidade, a necessária intervenção concretizadora do Congresso Nacional, cuja prolongada inércia - sobre transgredir, gravemente, o direito dos devedores à prestação legislativa prevista na Lei Fundamental - também configura injustificável e inconstitucional situação de mora imputável ao Poder Legislativo da União. Precedentes. Deferimento, em parte, do writ injuncional, nos termos constantes do voto do Relator.”³¹⁸

Essa é, exatamente, a grande crítica feita ao Supremo, pois deixou de dar efetividade ao mandado de injunção e, com isso, o instituto esvaziou-se, deixando que inúmeros direitos fundamentais fiquem sem efetividade por omissão dos legisladores infraconstitucionais, especialmente os direitos fundamentais sociais.³¹⁹

Uma última observação merece destaque, acerca do mandado de injunção. O Supremo Tribunal Federal, aplicando a analogia ao inciso LXX do artigo 5º da

³¹⁸ STF, MI 542 / SP - SÃO PAULO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 29/08/2001 Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: DJ DATA-28-06-2002 PP-00089 EMENT VOL-02075-01 PP-00024.

³¹⁹ Há quem sustente que os direitos fundamentais sociais estariam fora do alcance de proteção do mandado de injunção. Porém, discordo deste entendimento, na medida em que entendo inseridos na expressão “exercício dos direitos e liberdades constitucionais” todas as normas constitucionais que digam respeito aos direitos fundamentais do homem, como visto na parte deste estudo intitulada Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Constituição, entre os quais estão inseridos os direitos fundamentais sociais. Nesse contexto, os direitos fundamentais vêm completados com as prerrogativas atinentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Constituição Federal, admite mandado de injunção coletivo, quando houver interesse comum na eficácia do direito reivindicado e desde, é evidente, que seja impetrado por entidade de classe em defesa dos seus associados, preenchidos os requisitos do mandado de segurança coletivo (STF, MI n. 361/RJ, Rel. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ DATA-17-06-1994 PP-15707 EMENT VOL-01749-01 PP-00046).

d) Habeas Data

No Brasil, o *Habeas data* surgiu com a Constituição Federal de 1988 e tem supedâneo na história pela qual o país ainda vivia. Comum, nos tempos da ditadura militar, que informações secretas sobre os cidadãos fossem tomadas pelos órgãos de inteligência vinculados ao poder militar (SNI-Serviço Nacional de Inteligência e outros órgãos afins) sem que os interessados fossem cientificados ou soubessem seus conteúdos. Aliás, até hoje os arquivos da ditadura ainda são de difícil acesso, necessitando muitas vezes de ordem judicial para abertura e conhecimento.

Assim, no artigo 5º, inciso LXXII, foi o *habeas data* inserido como garantia constitucional, com o fim de assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados, de entidades governamentais ou de caráter público e também para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.”

Mesmo não mais vivendo em regime de exceção, o *habeas data* possibilita que o indivíduo saiba se foi cadastrado em banco de dados de órgão de informação de qualquer natureza, o conteúdo dos dados e, em havendo incorreções, mandar fazer retificações. Por este instrumento, o indivíduo poderá exercer o direito de conhecer, corrigir, subtrair ou anular dados de qualquer origem e que digam respeito a ele próprio (médicos, raciais, genéticos, sanitários, acadêmicos, familiares, sexuais, políticos, econômicos, financeiros, sindicais, religiosos, trabalhistas, entre outros) inseridos em bancos de dados ou cadastros.

Aliás, o direito ao acesso a registros públicos e banco de dados é direito fundamental estatuído no inciso XXXIII do artigo 5º da CF/88, que dispõe expressamente que “todos têm direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.”

A crítica que se faz ao *habeas data* é no sentido da sua atual desnecessidade e quase esquecimento, já que os direitos que tutela são facilmente protegidos por mandado de segurança, traduzindo-se em instrumento em desuso.

O processo do *habeas data* foi regulado pela Lei n. 9.507/97 e mesmo não sendo dos instrumentos mais usados pelos jurisdicionados, sua importância como instrumento democrático foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, como se vê pelo precedente abaixo:

“A Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos, enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial à caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível. - O modelo político-jurídico, plasmado na nova ordem constitucional, rejeita o poder que oculta e o poder que se oculta. Com essa vedação, pretendeu o constituinte tornar efetivamente legítima, em face dos destinatários do poder, a prática das instituições do Estado. - O *habeas data* configura remédio jurídico-processual, de natureza constitucional, que se destina a garantir, em favor da pessoa interessada, o exercício de pretensão jurídica discernível em seu tríptico aspecto: (a) direito de acesso aos registros; (b) direito de retificação dos registros e (c) direito de complementação dos registros. - Trata-se de relevante instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, a qual representa, no plano institucional, a mais expressiva reação jurídica do Estado às situações que lesam, efetiva ou potencialmente, os direitos fundamentais da pessoa, quaisquer que sejam as dimensões em que estes se projetem.(...) Sem que se configure situação prévia de pretensão resistida, há carência da ação constitucional do *habeas data*.”³²⁰

e) Ação popular

A Ação Popular está inserida entre os instrumentos de proteção aos direitos fundamentais porque tutela, entre eles, o direito ao meio ambiente adequado e também o patrimônio histórico e cultural, podendo ser ajuizada por qualquer cidadão. Consiste na possibilidade de qualquer membro da coletividade, com maior ou menor amplitude dependendo da situação concreta, invocar a tutela jurídica para a proteção

³²⁰ “ (STF, RHD 22 / DF - DISTRITO FEDERAL, RECURSO EM HABEAS-DATA, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Rel. Acórdão, Min. Celso de Mello, julgamento em 19/09/91, STJ, Publicação: DJ DATA-01-09-1995 PP-27378 EMENT VOL-01798-01 PP-00001)

de interesses coletivos e até mesmo de interesses difusos, o que, na teoria da geração de direitos, levar à proteção de direitos de terceira geração.

É bom notar que o termo cidadão, para a Constituição, não se limita ao indivíduo que tem nacionalidade, mas sim àquele que está na plena posse e gozo de seus direitos políticos. Da mesma forma, as pessoas físicas que não adquiriram suas prerrogativas cívicas, ou delas decaíram, mesmo provisoriamente, são ilegítimas para a propositura da ação popular.

Na Ação Popular, também é necessário que a medida objetivada vise invalidar ato ilegal que seja lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, ou ainda que seja lesivo à moralidade administrativa, pois a característica da ilegalidade é imprescindível. A ação Popular será isenta de custas judiciais e do ônus da sucumbência, ressalvados os casos em que a demanda tenha sido usada com má-fé, ou seja, com outros fins que não o da efetiva defesa do meio ambiente ou do patrimônio histórico e cultural como sói acontecer quando a ação popular é usada com fins “eleitorais” ou “políticos”.

Por outro lado, também depõe contra a efetividade da ação popular a pressão política que em muitos casos a pessoa jurídica de direito público envolvida no caso exerce sobre a demanda popular, já que não poucas vezes quem é acusado da prática do ato ilegal está à frente da força política e em um dos pólos da demanda: ou defendendo o ato ou hipocritamente funcionando como assistente do autor.

A grande crítica que se faz à ação popular é que, para sua utilização, exige-se a ocorrência de um prévio dano, não se aceitando sua utilização de forma preventiva. Muitas vezes, o cidadão, vendo-se na eminência de ter violado um direito fundamental, não pode se utilizar da ação popular, pois o dano ao erário, ao patrimônio artístico, cultural, ao meio ambiente, ainda não se concretizou. E mesmo com o amplo acesso ao Judiciário escancarado com o inciso XXXV do artigo 5^o da Constituição Federal, onde se protege não só a lesão a direito, mas também a ameaça de lesão, ainda assim o Juiz Constitucional ainda está atado à letra da regra jurídica, exigindo efeitos concretos para a utilização da demanda cidadã.

Temos casos, ainda que incipientes, mostrando a abertura da jurisdição constitucional para as hipóteses de ameaças a direito fundamental, onde vem aceitando a ação popular proposta preventivamente e em face de lei, antes mesmo da ocorrência do dano, como se vê em julgado do Superior Tribunal de Justiça em que se reconhece nas palavras do Ministro Luiz Fux que

“é possível juridicamente a ação popular contra lei de efeitos concretos, como sói ser a que prevê dispêndios realizáveis com o dinheiro público, ainda que uma das causas de pedir seja a inconstitucionalidade da norma por contravenção ao art. 36, do ADCT e 165, 9º, da Constituição Federal de 1988. (...) 3. Deveras, a anulação dos atos administrativos subseqüentes calcados nestas premissas é juridicamente possível em sede de ação popular, tanto mais que, nesses casos, a análise da inconstitucionalidade é empreendida *incidenter tantum* via controle difuso, encampado pelo Direito Nacional. Precedentes do STF e do STJ. 4. Extinção prematura do processo, sem análise do mérito sob a falsa percepção de utilização da ação popular contra a lei em tese, em contravenção à *ratio essendi* da Súmula n. 266, do STF.”³²¹

f) Ação Civil Pública

Apesar da Ação Civil Pública não estar inserida no capítulo dedicado aos direitos e garantias fundamentais, não deixa de constituir-se em uma das garantias instrumentais dos direitos constitucionalmente assegurados pela Magna Carta, como meio de defesa de interesses indisponíveis do indivíduo e da sociedade, especialmente os direitos fundamentais coletivos e difusos³²².

³²¹ (STJ, Resp 501.854, Data da Decisão: 04/11/2003, DJ 24/11/2003, pg. 222, relator Ministro Luiz Fux).

³²² A acepção de tutela coletiva, *latu sensu*, compreende, a teor do que dispõe o artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor: -interesses ou direitos difusos, assim entendidos, (...) os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; - interesses ou direitos coletivos (*strictu sensu*), assim entendidos, (...) os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; -interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. A questão passa, num primeiro momento, pela determinação da natureza desses interesses, considerados transindividuais ou metaindividuais, cuja defesa é autorizada via ação coletiva. Segundo Hugo Nigro Mazzilli³, esses interesses se situam entre o interesse público e o interesse privado, pois se referem a um grupo de pessoas (como os condôminos de um edifício, os sócios de uma empresa, os membros de uma equipe esportiva, os empregados do mesmo patrão). São interesses que excedem o âmbito estritamente individual mas não chegam a constituir interesse público. Mas sob o aspecto processual, o que caracteriza os interesses transindividuais, ou de grupo, não é apenas, porém, o fato de serem compartilhados por diversos titulares, reunidos pela mesma relação jurídica ou fática, *mas, mais do que isso, é a circunstância de que a ordem jurídica reconhece a necessidade de que sua defesa individual seja substituída por uma defesa coletiva, em proveito de todo grupo.* Atendendo a essa realidade, e procurando melhor sistematizar a defesa dos interesses transindividuais, o Código de Defesa do Consumidor, como visto acima, passou a distingui-los *segundo sua origem*: a) se o que une interessados determináveis é a mesma situação de fato (p.ex., os consumidores que adquirem produtos fabricados em série com defeito), temos interesses individuais homogêneos; b) se o que une os interessados determináveis é a circunstância de compartilharem a mesma relação jurídica (como os consorciados que sofrem o mesmo aumento ilegal das prestações, temos interesses coletivos em sentido estrito; se o que une interessados indetermináveis é a mesma situação de fato (p.ex., os que assistem pela televisão à mesma propaganda enganosa), temos interesses difusos. Há, pois, interesses que envolvem uma categoria determinável de pessoas (como os interesses individuais homogêneos e os interesses coletivos); outros, são compartilhados por um grupo indeterminável de indivíduos ou de difícil ou praticamente impossível determinação (como os interesses difusos).

Ela vem se mostrando, na prática, importante e efetivo instrumento de reconhecimento e efetivação desses direitos, especialmente dos direitos fundamentais sociais, ainda mais diante da lacuna deixada pela ineficácia do mandado de injunção.

Além de proteger os valores elencados na Lei nº 7.347/85, a ação civil pública teve seu objetivo amplamente alargado pelo artigo 129, III, da Constituição Federal, ao estabelecer que compete ao Ministério Público promovê-la para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros “interesses difusos e coletivos”. Por outro lado, o artigo 6º deste estatuto legislativo estabelece que “qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá, provocar a iniciativa do Ministério Público ministrando-lhe informações sobre fatos que constituem objeto da Ação Civil pública e indicando-lhe os elementos de convicção.”

Reveste-se, portanto, a ação civil pública de evidentes características que a tornam um efetivo instrumento de inclusão social e como tal, será melhor analisada no último capítulo.

CAPÍTULO III - DIREITO FUNDAMENTAL À INCLUSÃO SOCIAL

“A dignidade humana põe-se na lágrima vertida sem
pressa, sem prece e, principalmente, sem busca de troca. A
dignidade não provoca, não intimida, não se amedronta. Tem
ela a calma da justiça e o destemor da verdade. Dignidade é
alteridade na projeção sociopolítica tanto quanto é
subjetividade na ação individual.”³²³

(Carmen Lúcia Antunes Rocha)

3.1 - A evolução histórica da exclusão social no Brasil

O termo exclusão social gera vários tipos de interpretações, geralmente atrelados à desigualdade social e à excessiva concentração da renda de uma sociedade nas mãos de poucas pessoas. Sendo assim, grande parte da população se vê excluída dos benefícios dessa sociedade e impossibilitada de satisfazer suas necessidades básicas, como educação, habitação, saúde, assistência social, previdência, moradia, segurança pública, saneamento, trabalho, cultura, lazer. Nesse sentido, afirma Flávia Piovesan que

o conceito 'exclusão social não diz apenas respeito à pobreza ou marginalização, mas à conhecida e fatal 'reação em cadeia da exclusão' que se estende da exclusão econômica/financeira até a exclusão jurídica (negação da proteção jurídica e dos direitos humanos, etc.), passando pela exclusão social, sociocultural e política.³²⁴

No Brasil, esse termo vem sendo estudado na contemporaneidade, mas sua origem, porém, não é nova, remonta à época do descobrimento de nossa nação. O que a história mostra é que até hoje guardamos os traços de um país colonizado, prevalecendo a relação paternalista entre subordinados e seus senhores, onde “(...) construiu-se um país para poucos, em que a maior parte das transformações ocorridas aconteceu sem mudanças de natureza estrutural, bloqueando a inclusão social plena”.

325

³²³ ANTUNES ROCHA, Carmen Lúcia. O Direito à vida digna, *op.cit.*

³²⁴ PIOVESAN, Flávia (org.). Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional (Desafios do Direito Constitucional Internacional). São Paulo: Max Limond, 2002, p. 580

³²⁵ POCHMANN, Marcio. (org). Atlas da Exclusão Social. – Agenda não liberal da inclusão social no

Já da colonização o país herdou as características da exclusão social que hoje bloqueia seu desenvolvimento, posto que o país todo, durante vários séculos ficou em “uma condição de subordinação econômica e política em relação aos poderes europeus” ³²⁶, mais especificamente portugueses, espanhóis e holandeses, que se aproveitando das novas tecnologias de navegação que detinham, realizavam excursões predatórias à procura de ouro, especiarias, seda, escravos e

(...) levaram à destruição das sociedades locais e à morte de centenas de milhares de pessoas, - como aconteceu na conquista espanhola dos impérios Inca e Asteca na América e no genocídio das populações nativas nos Estados Unidos, no Brasil e na Argentina.³²⁷

Junto com a exploração do país e de suas riquezas naturais imposta pela colonização predadora, outros dois fenômenos tiveram especial importância na formação do quadro social excludente vivido no caminho da história do Brasil até o início da República e que até hoje produzem efeitos na grave crise de desigualdade social vivenciada pela nação: o **oficialismo** e a **escravidão**.

O **oficialismo** explica o servilismo político que ainda prevalece no país, especial e mais intensamente nas regiões mais pobres.

A sociedade brasileira, historicamente, sempre gravitou em torno do oficialismo. As bênçãos do poder estatal sempre foram – ressalvadas as exceções que confirmam a regra – a razão do êxito ou do fracasso de qualquer projeto político, social ou empresarial que se pretendesse implantar. Este é um traço marcante do caráter nacional, com raízes na colônia, e que atravessou o Império, exacerbou-se na República Velha e ainda foi além.³²⁸

Fábio Konder Comparato, estudando a formação e os vícios da democracia brasileira, aponta que “(...) ninguém ignora a importância avassaladora do oficialismo na formação das sociedades latino-americanas. Entre nós, sempre se entendeu que o poder emana do alto e vem articulado sob a forma de

Brasil. São Paulo: Cortez Editora, 2003, p.23.

³²⁶ SCHWARTZMAN, Simon. Pobreza, exclusão social e modernidade: uma introdução ao mundo contemporâneo. São Paulo: Augurium Editora, 2004, p.66

³²⁷ SCHWARTZMAN, op. Cit., p. 66

³²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Ordenamento Econômico e Agências Reguladoras, artigo obtido junto à Internet, s.d.

decretos soberanos.”³²⁹

Já a escravidão – “transformação da vida humana em mercadoria”,³³⁰ - empobreceu a sociedade brasileira e durante séculos reduziu, legalmente, os povos indígenas e os contingentes populacionais africanos a condições sub-humanas.

No Brasil, um terço da população total, no ano da independência, era composto de escravos negros. E não obstante haver essa proporção declinado de metade em 1874, fomos, como se sabe, o último país ocidental a abolir legalmente a escravidão. A escravidão foi, indubitavelmente, a instituição social mais importante na formação do caráter e dos costumes latino-americanos.³³¹ (grifo nosso).

Entre os vários momentos cruciais do processo histórico nacional, que poderiam ter levado às transformações estruturais que a Sociedade brasileira necessitava para virar o jogo e vencer o enorme abismo social resultante de sua história, o fim da escravidão é um deles, pois após os vários séculos de cárcere e discriminação em face dos negros e índios, esperava-se o início de uma sociedade igualitária. No entanto, tal possibilidade não se concretizou, pois o que se viu com a falência da escravidão foi a reprodução da miséria e discriminação em outros patamares ou formas de condições sub-humanas.³³² O resultado do fim da escravidão no Brasil, no século XIX, foi apenas o de criar novas classes de excluídos: os negros e índios libertos e os filhos deles decorrentes de intensa miscigenação racial, criando

“(...) grande população de homens livres com o status social mal definido, que viviam em torno das fazendas e nas cidades, freqüentemente como parte das famílias extensas das elites latifundiárias”.³³³

Com a decadência do sistema escravista brasileiro e seus reflexos

³²⁹ COMPARATO, *op.cit.* p. 59 . O autor oferta um bom exemplo de como o oficialismo enraizou-se no país: “ No Brasil, o famoso Regime Geral do Governo, trazido por Tomé de Sousa em 1549 – por muitos considerado como nossa primeira Constituição – tudo previra e tudo regulara, com uma única e paradoxal lacuna: não havia povo sobre o qual aplicar-se! O Brasil colônia foi um raro caso histórico em que o Estado existiu bem antes do surgimento da sociedade “

³³⁰SCHWARTZMAN , *op.cit.* p.67

³³¹ COMPARATO, *op.cit.*, p. 41

³³² Ainda temos, no Brasil, focos de trabalho escravo, tanto infantil, quanto de adultos, em carvoarias, fazendas retiradas, entre outros. Inúmeros são os Programas de conscientização para o fim do trabalho escravo no Brasil, mas a realidade ainda aponta que ele está longe.

³³³ Schwartzman, *op. Cit.*, p.100.

econômicos, tem-se uma nova configuração de sociedade e de relações sociais com a chegada dos imigrantes. Agora, além dos negros, índios e os chamados mestiços, o país passa a contar com nova classe de “excluídos”, composta, basicamente por imigrantes vindos, sobretudo, da Europa, de países como Itália, Alemanha e posteriormente o Japão, onde saíram de uma situação de exclusão social em busca de uma nova sociedade onde pudessem ser inseridos e encontraram pouco ou nenhum alento. De acordo com Schwartzman,

Esses imigrantes viviam no campo, trabalhando em fazendas de café, ou como meeiros em pequenas extensões de terra, mal produzindo o suficiente para sobreviver entre uma colheita e outra. Cada vez mais, migravam para as cidades, morando em barracões, trabalhando como vendedores ambulantes, artesãos, ajudantes ou empregados domésticos (...) ³³⁴.

A chegada dos imigrantes deu-se, exatamente, na fase de transição política da passagem da monarquia para a república, quando, novamente, se abriam as portas, esperançosamente, para uma nova configuração de sociedade mais livre, igualitária e fraterna (acompanhando os ideais da revolução francesa então em curso). No entanto, o que ficou evidenciado foram apenas as mudanças de poderes e regimes nas mãos dos governantes e detentores do poder econômico – da classe excludente -, ficando a população historicamente excluída – acrescida dos imigrantes - longe dos centros de poder, na periferia das transformações e não puderam participar ativamente do processo histórico.

O final dos anos 20 do século passado foi um período de grandes transformações no cenário internacional, especialmente após a quebra da bolsa de Nova York em 1929, com reflexos em todos os quadrantes da Terra. A acumulação do capital nacional na economia cafeeira não tinha mais condições de se manter como a grande categoria econômica do país, fazendo-se necessário investimentos em outras frentes de geração de riquezas, ou seja, o capital mercantil nacional deveria dar um salto em direção da revolução industrial em andamento há mais de 50 anos nos países mais desenvolvidos: europeus e norte-americanos. Era necessário incentivo à indústria brasileira.

Surgindo dentro deste contexto, a burguesia industrial brasileira associou-se ao capital externo e às oligarquias agrárias nacionais, aumentando seu poderio,

inclusive político, não havendo qualquer choque entre eles, posto que essa burguesia brasileira incipiente surge articulada com as camadas econômico/político/sociais dominantes, pregressas a ela.

Deste modo, o final da década de 20 e início da década de 30 demarcam – ainda que se afirme que o Brasil alcançou a pós-modernidade sem ter passado pela modernidade - o surgimento de um Brasil moderno³³⁵, com tênues características capitalistas, com a emergência da burguesia e crescimento no número e classificação das camadas médias e baixas urbanas ligadas ao Estado, proporcionando assim a ele - Estado – força política para apoiar e dar condições de sedimentar a tímida revolução industrial tupiniquim³³⁶.

Formou-se um quadro em que o modelo vigente não se sustentaria, criando com isso duas possibilidades ao Brasil: a regressão (se desarticular) ou realizar a revolução burguesa. A última opção foi a adotada, porém a revolução se deu de forma “passiva”, ou seja, não houve ruptura total com os modelos político e social vigentes, pois, segundo Del Roio, o que se buscava era o “desencadeamento de uma revolução passiva que desse conta da passagem para um padrão de acumulação do capital fundado na grande indústria e da construção de algo mais próximo a um Estado nacional, junto com a preservação do latifúndio.”³³⁷

A chamada revolução de 30 foi uma tímida tentativa de trazer mudanças sociais a este cenário econômico-político, onde as classes sociais que se encontravam às margens da modernidade aguardavam aquele momento de transição/transformação da sociedade brasileira, esperançosamente, para que então fossem admitidos e nela incluídos. Mas não foi isso, novamente, o que aconteceu. O milagre da igualdade entre os homens, anunciado com a chegada da revolução industrial, não se concretizou no Brasil, visto que ela, ao invés de gerar riqueza para a

³³⁴ *Idem*, p. 101

³³⁵ “A modernidade teria começado com a Revolução de 30, institucionalizando-se com a Constituição de 1934 – que abriu um título para a ordem econômica e social – e se pervertido no golpe do Estado Novo, de 1937. Reviveu, fugazmente, no período entre 1946-1964, mas sofreu o desfecho melancólico do golpe militar de 1964. Findo o ciclo ditatorial, que teve ainda como apêndice o período entre 1985-1990, chegou-se à pós-modernidade, que enfrentou, logo na origem, a crise existencial de ter nascido associada ao primeiro governo constitucionalmente deposto da história do país” (BARROSO, *op.cit.*).

³³⁶ “A essência da Revolução Industrial é o crescimento das “forças produtivas” na sociedade. No entanto, elas não se expressam apenas em termos de acumulação de capital, mas de três inovações tecnológicas fundamentais: a substituição das habilidades humanas por ferramentas mecânicas, a substituição da energia humana e animal por fontes inanimadas – especialmente as máquinas a vapor – e o desenvolvimento de métodos para extrair e transformar minerais brutos, em particular pelas indústrias metalúrgicas e química. Por causa dessas mudanças nas forças produtivas, as instituições precisaram se adaptar – as fábricas tiveram de ser reorganizadas e os antigos artesãos foram substituídos por operários. (SCHWARTZMAN, *op. cit.*, ps. 34/35).

³³⁷ DEL ROIO, *op. cit.*, p. 135.

população pobre e excluída, criou, apenas, novas formas de dominação. .

A revolução industrial no Brasil se deu sem a hegemonia burguesa – diferentemente do que ocorreu no resto do mundo -, porque o poder político ainda era sustentado pelas aristocracias rurais (inclusive o fenômeno social chamado de coronelismo, mais evidente no norte e nordeste do país, demonstrando a força do oficialismo na construção do imaginário social, com reflexos no comportamento da população), que se sobrepunha ao poder econômico.

A solução encontrada pelo Estado foi a de intervenção na economia nacional e subordinação da classe operária, deixando assim apenas a burguesia como agente autônomo no mercado e, ao mesmo tempo, despolitizando os trabalhadores. Com isso, impediu a capacidade (autonomia) dos trabalhadores de se organizarem e reivindicarem seus direitos. Conforme nos explica Del Roio,

A revolução burguesa foi desencadeada por forças oligárquicas ligadas à agropecuária, interessadas na expansão do mercado interno, apoiadas por largas parcelas das camadas médias urbanas e por setores da corporação militar que só em seguida conseguiram o apoio da burguesia.³³⁸

Aprofundando o estudo sobre as conseqüências da conduta do Estado naquele momento histórico, Del Roio aponta que a burguesia e a classe operária não se organizaram, sendo que o único agente nesta “revolução” foi o Estado, caracterizando assim uma “revolução passiva”, feita “pelo alto”, feita pelo próprio poder então dominante.

A sociedade brasileira de então passou a ser composta pelas classes dos trabalhadores industriais, trabalhadores rurais, imigrantes, pequenos artesãos, oficiais militares, pequenos e médios comerciantes, políticos, funcionários públicos estatais, comandada pelas elites agrárias. Criou-se um projeto modernizador e de industrialização do Brasil, porém com traços corporativos fortes, preservando assim uma estrutura agrária atrasada e sustentando elementos do antigo regime político.

A este respeito nos fala Viana:

³³⁸ *Op.cit.*, p.135

Garantindo-se do poder do Estado, esse continuava a se constituir intérprete da propriedade agrária. Só que agora favorece irrestritamente sua capitalização, abandonando o antigo privilégio concedido à agro-exportação, a par de defender o estatuto do monopólio da terra. Fechava-se assim, o caminho para uma modernização do mundo agrário vinda “de baixo”, num sistema de alianças que combinasse a burguesia urbana e/ou demais classes e camadas urbanas com propriedade camponesa, possivelmente emergente, caso o próprio Estado não viesse amparar politicamente a conservação da grande propriedade fundiária.³³⁹

Em suma, sendo o Estado autônomo perante a classe civil, prevaleceram seus objetivos de controle e dominação das forças sociais, sendo ele o principal ator desta “revolução”.³⁴⁰ Assim, novamente o sonho de uma sociedade civil onde todos fossem iguais, com os mesmos direitos se perde naquele momento do processo histórico brasileiro.

Com isso, restou evidente que o período dos anos 30 foi caracterizado pela possibilidade de concretização da vontade do povo, mas o que era para ser uma “revolução”, uma ruptura com o modelo vigente, foi apenas a troca de poder de mãos entre os componentes da elite política e econômica nacional, sendo que as outras classes sociais novamente ficaram fora do processo e à mercê do poder delas.

O período posterior à chamada revolução industrial trouxe profundas modificações nas sociedades da época, com reflexos diretos na atual globalização. De um lado, parte dos países – capitalistas – passaram a buscar o domínio dos mercados dos demais países, enquanto parte (Rússia, parte da Alemanha, parte da Coreia, Cuba, entre outros), defendiam o comunismo/socialismo.

As grandes nações passaram a competir entre si pela repartição do mundo e sua transformação em fontes de riqueza e matéria-prima para aquecer a corrida industrial então iniciada, inclusive dando demonstração da dominação de mercados. Culturas, folclores, tradições, templos, foram atropelados pela operação imperialista das grandes potências em corrida pela conquista de “mercados desconhecidos através do domínio”.³⁴¹

O crescimento do Capitalismo em todo o mundo trouxe sérias e complexas transformações na estrutura das sociedades. A cultura da acumulação de bens aflorou

³³⁹ VIANNA, Luiz Werneck. Liberalismo e sindicato no Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976, p. 134

³⁴⁰ Remeto os leitores à leitura do capítulo I, Sociedade e Estado, onde tratamos, mais a fundo, deste período de evolução do estado Brasileiro, quando estudamos o Estado Liberal e o Estado Social.

³⁴¹ Os valores das sociedades periféricas não-ocidentais tornaram-se cada vez mais irrelevantes para as grandes nações liberais da época. Nota-se, neste período, o desprezo dos europeus pela cultura alheia.

em todas as camadas sociais, dando uma idéia falsa de que a igualdade social se avizinhava, pois qualquer indivíduo poderia através de seu próprio trabalho, em tese, adquirir sua ascensão social. Porém a história nos mostra que essa premissa nunca se realizou, ao contrário, o que houve foi o agravamento das desigualdades em todo o mundo e também e especialmente em nosso território.

Com o capitalismo híbrido nacional, aprofundaram-se, ainda mais, as desigualdades sociais, aumentando a exclusão social daqueles que se encontravam à margem do desenvolvimento.

Junto com o capitalismo selvagem veio a luta pelo mercado e o total desequilíbrio entre a força do trabalho e a força do capital. Tal situação aprofundou, ainda mais, a exclusão social no Brasil, que já não era novidade, formando uma massa social periférica fora do centro de poder, formada pela maioria da população: negros, índios, mulatos, estrangeiros e pobres, de forma geral. São “os outros”, não considerados sujeitos de direitos pela elite dominante.

O mundo, na seqüência, passa a ser dividido em duas partes essenciais: mundo rico com galopante desenvolvimento tecnológico, caracterizando uma nova forma de dominação, e mundo pobre e subdesenvolvimento sem tecnologia, processos e produtos, caracterizando a dependência³⁴², situação que permanece assim até hoje.

Surgem, então, no Brasil, os conflitos entre os grupos sociais, especialmente formados por milhões de pessoas que não têm o que comer (a grande parte pobre da nação), e de outro lado grupos de pessoas que têm demais (a pequena parte rica). Para Alaor Caffé Alves, é a partir destes contrastes sociais e paradoxos da economia que “surge a grande questão da distribuição da renda, que é tão profundamente injusta no Brasil. Daí os grandes conflitos dos sem-terra, dos sem-teto, sem-trabalho, sem-saúde, etc.”³⁴³

A partir de 1980, com a crise do desenvolvimento econômico nacional, o financiamento das políticas sociais tornou-se ainda mais complexo e a exclusão social aumentou, limitando a universalização do Estado de bem-estar social no Brasil (quando nos países desenvolvidos esta forma de estruturação do Estado já estava em

³⁴² No mundo desenvolvido de fins do século XIX os benefícios (dentre as quais as invenções) eram divididos de maneira muito desigual numa população composta de 3,5% de ricos, 13-14% de classe média e 82-83% de classes trabalhadoras. Mas, segundo os historiadores, torna-se difícil negar uma certa melhoria nas condições das pessoas comuns. HOBBSAWN, *A era dos impérios*, op. cit., p. 48.

³⁴³ *Ibidem*, pg. 83.

franca atuação desde meados da década de 50). Não obstante as previsões e avanços estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, sabe-se que a regulamentação ordinária foi residual e desfavorável à concretização de uma sociedade justa e menos desigual.³⁴⁴

Afirma Pochmann que em grande medida, a ausência de crescimento econômico sustentado e a emergência das políticas neoliberais desde 1990 no Brasil,

contribuem para a desconstitucionalização prática de direitos formalmente estabelecidos. Assim, a Constituição Federal define formalmente um salário mínimo decente; porém, as políticas macroeconômicas e sociais vigentes teimam em manter rebaixado o seu poder de compra.³⁴⁵

Da mesma forma, podem ser observados inúmeros outros exemplos em que a vontade do legislador em atender às populações excluídas é obstada pela vontade econômica das elites no poder. Segundo Pochmann, há um evidente crescimento e emergência do ciclo da financeirização da riqueza no país, com a edição de normas implantando políticas públicas voltadas, fundamentalmente, para atender ao risco país, de interesse direto, é claro, dos detentores do capital, enquanto que “o risco social é enfrentado cada vez mais por ações residuais e assistenciais, que apontam para um novo dependentismo dos pobres, reduzindo-os à mera condição de massa de manobra das elites políticas”.³⁴⁶ Pochmann acrescenta que naquele momento histórico

Sem mudanças no modelo econômico neoliberal, o sistema de proteção social tende a continuar credor da baixa expansão da renda, dando vazão a ações funcionais à manutenção da pobreza e da desigualdade de renda, formando uma desumana classe de excluídos: os miseráveis, não sendo apenas os pobres, mas sim “os que não podem ou desistiram de trabalhar para seu próprio sustento”.³⁴⁷

Com o advento da globalização, ocorrido em meados da década de 90, a “exclusão social” passou a ocupar o bojo das discussões acadêmicas, políticas ou praticadas por leigos. Isso se deve ao agravamento da fome, pobreza e miséria,

³⁴⁴ POCHMANN, op. cit., p.61.

³⁴⁵ *op.cit.*, p. 62

³⁴⁶ POCHMANN, Márcio (org.). Atlas da Exclusão Social-Agenda não liberal da inclusão social no Brasil. São Paulo: Cortez Editora, 2003, p.62.

apesar de que a própria exclusão não trate única e exclusivamente da questão financeira, não se limitando, pois, às desigualdades resultantes da pobreza. No entanto, é justamente aí que ela torna formas monstruosas e aos olhos da população, fica evidente.

O próprio processo de globalização tem como base a universalização da produção e do consumo de bens e serviços. Assim sendo, para que se tenha a livre circulação do capital é necessário que as barreiras comerciais entre os países sejam abolidas, possibilitando assim a distribuição de bens e serviços por um preço relativamente menor. A livre concorrência entre empresas associada aos avanços tecnológicos, faz com que o custo da produção seja cada vez menor, porque o processo de globalização exige altos níveis de competitividade, é necessário produzir a preços cada vez mais baixos para competir no mercado globalizado. Em relação a esse assunto, Bonavides alerta:

A globalização nesses países praticamente extingue a soberania, descentraliza o mercado, invade a economia, opera nas bolsas de valores capitais especulativos e fugazes, desestabiliza a moeda e impõe juros extorsivos e leoninos às transações da lavoura, da indústria e do comércio. (...). Seis anos de globalização têm sido para o Brasil sessenta anos de atraso, empobrecimento, estagnação, dívida insolúvel, decadência e amargura social. Em sua população, há 30 milhões de desgraçados submersos na indigência, no analfabetismo, na miséria absoluta.³⁴⁸

Todos aqueles que não se adaptaram a esse novo modelo econômico foram “excluídos” do mercado, já que a baixa nos custos de produção por parte das grandes empresas acabou gerando desequilíbrios nas estruturas da sociedade. Um exemplo claro desse processo foi o aumento em larga escala do desemprego, causado pela substituição da mão-de-obra braçal pelas máquinas, como também pela desqualificação do trabalhador diante de todos os avanços tecnológicos. Decorre desta situação a máxima de que o poder econômico e político da nação nunca estiveram à serviço da cidadania.

É claro que muitas outras situações históricas de ruptura social aconteceram e que poderiam ter provocado uma alteração profunda na mentalidade da sociedade brasileira, levando-a a realizar o justo social. Podemos mencionar o pós-guerra (2ª.

³⁴⁷ *idem*

³⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa.. São Paulo: Malheiros, 2003,

Guerra Mundial), o Nacionalismo, a Ditadura Militar, entre outros. Tais situações trouxeram importantes mudanças na sociedade brasileira, porém não foram suficientes para provocar as mudanças estruturais necessárias ao afastamento da decantada exclusão social que se agravava a olhos vistos, aprofundando cada vez mais o abismo econômico decorrente das desigualdades sócio/econômicas.

Estes momentos históricos são relevantes para mostrar que até nos dias atuais o processo de exclusão social esteve e está entranhado nas estruturas da sociedade brasileira. Esse é o quadro que o país ainda vive, sendo premente a necessidade de criação de mecanismos para possibilitar uma reviravolta no curso da nossa história de forma a que o milagre da igualdade social se concretize.

Nas propostas deste trabalho apresentamos o direito fundamental à inclusão social como o meio de se alcançar esta sociedade justa, solidária, igualitária e fraterna.

3.2 - RELAÇÃO DIALÉTICA EXCLUSÃO/INCLUSÃO SOCIAL

A análise histórica da exclusão social no Brasil, feita acima de forma simples e contida pela limitação do tema desta dissertação, demonstra a dificuldade em definir o que é, concretamente, exclusão social, pois sua definição está em constante evolução, assim como o está a sociedade.

Para Bader Sawaia, existem diferentes qualidades e dimensões de exclusão social, apontando a dimensão objetiva da desigualdade social, a dimensão ética da injustiça e a dimensão subjetiva do sofrimento. Tudo isso torna o fenômeno da exclusão social não um fato, um momento, uma coisa ou um estado, mas sim um processo complexo que envolve o homem por inteiro e em suas relações com os outros, processo esse que

não é, em si, subjetivo nem objetivo, individual ou coletivo, racional nem emocional. É processo sócio-histórico, que se configura pelos recalques em todas as esferas da vida social, mas é vivido como necessidade do eu, como sentimentos, significados e ações.³⁴⁹

Para Flávia Piovesan, a exclusão social pode ser analisada quanto aos seus efeitos, muito difíceis de serem eliminados e, nesse aspecto, são estáticos ou pode ser analisada a partir de suas causas, que estão em constante transformação e dinamicamente em fluxo. Segundo a autora, as causas atuais da exclusão social “consistem, sobretudo nas conseqüências da assim chamada globalização que se sobrepõe às causas mais antigas, assim especialmente ao subdesenvolvimento e ao atraso das estruturas sociais.”³⁵⁰

O que se evidencia das considerações apresentadas acima acerca do processo de formação da exclusão social no Brasil e suas perversidades é que o conceito de exclusão social é multifacetário, tendo a ver com a colocação de uma pessoa na zona periférica de dada sociedade, às margens do poder econômico, social, político, cultural, tecnológico, entre outros, somente por integrar uma classe social não privilegiada ou não detentora de poder, em vista da sua condição física, econômica, cultural ou ideológica, ou ainda de sua raça, cor, religião ou gênero.

Pedro Demo afirma que a expressão exclusão social é ainda equívoca, abarcando um universo de sentidos e preocupações, tais como: “a) precariedade do emprego, ausência de qualificação suficiente, desocupação, incerteza do futuro; b) uma condição tida por nova, combinando privação material com degradação moral e dessocialização; e c) desilusão do progresso.”³⁵¹

A exclusão social, pois, não alcança apenas o pobre, mas todos aqueles que se encontrem em situações de desigualdades decorrentes das suas condições

³⁴⁹ SAWAIA, Bader (org.). As artimanhas da exclusão: análise psicossocial e ética da desigualdade social. Petrópolis: Editora Vozes, 1999, p. 8. Para o autor, esse processo configura uma dialética perversa, sendo que no lugar da exclusão como fenômeno estanque, o que se tem é a “dialética exclusão/inclusão”, onde a “sociedade exclui para incluir e esta transmutação é condição da ordem social desigual, o que implica o caráter ilusório da inclusão” (*ibidem*, p. 8). É importante observar que quando o autor menciona o “caráter ilusório da inclusão”, o faz sob o ângulo sociológico da inserção do homem no “circuito reprodutivo das atividades econômicas, sendo a grande maioria da humanidade inserida através da insuficiência e das privações, que se desdobram para fora do econômico”. (*ibidem*, p. 9). Na hipótese sugerida pelo autor, não vemos configurada a hipótese de inclusão social, mas sim de cumprimento ineficiente da obrigação constitucional imposta ao Estado, pois a inclusão social deve corresponder a medidas efetivas e concretas.

³⁵⁰ PIOVESAN, *op.cit.*, p. 581

pessoais, culturais, políticas, jurídica, sexual, espacial, tecnológica, entre outras.

Segundo Pedro Demo, o charme da exclusão social está, exatamente, na inexistência ou na destruição de *liames coesivos sociais*, resultando daí a “a perda do senso de pertença, dando a entender que tais populações experimentaram o sentimento de abandono por parte de todos, acompanhado da incapacidade de reagir”.³⁵²

Não é demais observar que a dialética do processo de exclusão social dá nascimento ao fenômeno da formação das minorias sociais, pois a exclusão social tende a dar origem a diferentes grupos de excluídos, formando aquilo que Dussel designa como “comunidade das vítimas”³⁵³. A exclusão faz nascer o sentimento de invisibilidade social, de vitimização. O encontro de pessoas vitimizadas pela exclusão faz com que se organizem em uma comunidade onde cada um possa se encontrar no outro, pois lá deixarão de ser o “invisível”, o “outro”, o “não-ser” e se identificar com alguém na mesma situação. Afirmam, assim, sua existência e, a partir dela, sua identidade de sujeitos de direitos dotados de capacidade para contestar normas sociais “excludentes”, fomentar movimentos sociais, políticos, étnicos, raciais e sexuais. É a maneira encontrada por eles de reivindicarem seus direitos frente ao Estado descumpridor da obrigação constitucional de promover a inclusão social de todos os membros da sociedade-base.

Assim, de acordo com Gentili:

As distinções de classe e outros aspectos de raça e etnia, gênero, localização geográfica ou mesmo diferenças ético-morais ou religiosas entre indivíduos geram relações sociais e ações sociais nas quais o Estado se vê obrigado a intervir, em seu papel de legislador, sancionador e executor das leis sociais, supervisionando sua aplicação e estabelecendo as práticas de punição.³⁵⁴

Percebe-se, pois, que na fixação do conteúdo axiológico da exclusão social, deve-se levar em consideração a violação da isonomia entre os membros da

³⁵¹ DEMO, O charme....p. 17.

³⁵² *Ibidem*, p. 19

³⁵³ DUSSEL, *op.cit.*, *passim*. Análise sobre os novos sujeitos de direito, minorias e comunidades de vítimas é feito no artigo A Questão do Sujeito: Emergência de Novos Sujeitos Sócio-Históricos e a Ética da Libertação, publicado na Revista Argumenta, Volume IV, Jacarezinho: UNESPAR/2006, vinculada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica.

³⁵⁴ GENTILI, Pablo.(org) Pedagogia da exclusão. Petrópolis: vozes, 1995, p 111.

sociedade, de tal forma que essa desigualdade o coloque em uma situação periférica social, não restrita apenas à questão da pobreza, o que teria efeito reducionista, pois deixaria de fora comunidades nas quais a exclusão social não está relacionada à falta de poder econômico, como por exemplo, os homossexuais, os negros, entre outros. Assim, também as desigualdades decorrentes de discriminação de cor, raça, religião e gênero levam à exclusão social³⁵⁵, agravados os seus efeitos funestos quando ocorrer a ausência de reivindicações organizadas.

Na contramão da exclusão tem-se a chamada inclusão social, entendida não como uma conduta estanque, mas sim como um processo pelo qual um membro da sociedade, até então marginalizado e excluído, passa a integrá-la de maneira digna. Com isso, terá uma efetiva melhora da sua qualidade de vida e da sua consciência de ser humano.

Muitas vezes, a “Inclusão Social” vem tomada como sinônimo de programas de políticas públicas para que se amenize ao menos a discrepância entre as rendas, aumentando a renda *per capita* da população como um todo; possibilitando assim o acesso uniforme de todos aos serviços públicos essenciais executados pelo Estado, principalmente por aqueles que vivem na zona periférica da pobreza.

Contudo, o processo de “inclusão social” não pode se limitar a dar dinheiro e comida aos necessitados, ou tratá-los como eternos tutelados por um governo paternalista, pois além da matéria não se limitar à questão da pobreza, programas assistencialistas e paternalistas só mascaram/maquiam a verdadeira cara do país. Ou seja, essas políticas não resolvem os problemas estruturais da sociedade, como por exemplo, o analfabetismo, os portadores de necessidade especiais, ou até mesmo a pobreza, porque são imediatistas.

O assistencialismo e o paternalismo “esvaziam” o cidadão de sua própria dignidade, pois não criam oportunidades para que ele possa se auto-sustentar. Ao contrário, o que se vê é um sistema vicioso de perpetuação da desigualdade, pois “(...) significa sempre o cultivo do problema social sob a aparência da ajuda”.³⁵⁶

As políticas públicas devem ter por objetivo a integração dessas pessoas e dos grupos que formam na vida em sociedade, através de programas estrategicamente montados pelo Poder Público, em parceria com toda a sociedade.

³⁵⁵ Podemos citar alguns grupos de excluídos, marginalizados dentro da sociedade concreta, dentre eles negros, índios, estrangeiros, mulheres, crianças, idosos, homossexuais, deficientes físicos e mentais, obesos, desempregados, presos, entre outros.

Uma das formas disso ocorrer é através da melhoria em alguns serviços básicos prestados à população como educação, saúde, habitação e cultura.

Desta forma torna-se necessária uma política social séria, que desperte na população a consciência política de suas necessidades. Ou seja, não se pode tomar as políticas sociais como se fossem “esmolas” ou “favores” do Estado para sua população, mas devem ser vistas como projeto social voltado à dignificação da população,

por meio do qual o necessitado gesta a consciência política de sua necessidade, e, em conseqüência, emerge como sujeito de seu próprio destino, aparecendo como condição essencial de enfrentamento da desigualdade dependente de sua própria ação organizada”.³⁵⁷

Entretanto, apenas projetos de desenvolvimento não são suficientes, é necessário também que haja grupos formuladores de tais programas que induzam o Estado a realizá-los. Ou seja, projetos de desenvolvimento não devem se limitar à formulação pelos membros dos diferentes grupos e não ter aplicabilidade alguma. Eles devem assumir uma dimensão política, convertendo-se em programas concretos, capazes de serem levados à prática. Nessa conjuntura, o Estado aparece como órgão coordenador de todas as ações voltadas para o desenvolvimento sustentável da sociedade.

O Estado quando toma como política o assistencialismo ou paternalismo gera em seu território uma desorganização estrutural, onde o problema da exclusão jamais será resolvido, ao contrário, o que ocorre é a sua perpetuação, como temos visto no Brasil desde sua colonização.

Medidas inclusivas têm efeito imediato de vencer a desigualdade concreta³⁵⁸ dos membros periféricos da sociedade excludente, o que lhes trará, também, condições de vivenciar a justiça da vida digna concreta, vencendo outras situações também excludentes. **“Qualquer pessoa socialmente integrada está também**

³⁵⁶ DEMO, Pedro. *Charme da Exclusão Social*. Campinas, Editora Autores Associados, 2002, p. 30.

³⁵⁷ DEMO, *ibidem*, *Política social*...., p. 25 .

³⁵⁸ Se determinado membro de uma dada sociedade vivencia uma situação de exclusão social por não ter acesso à educação e cultura, da mesma forma que os seus demais membros, e esta sociedade, através de seus poderes constituídos tomar medidas para que esta situação seja vencida e revertida, transmutando-se de exclusão para uma inclusão educacional e cultural, teremos, conseqüentemente, também uma transmutação da desigualdade concreta para uma igualdade concreta. .

protegida contra a pobreza e a miséria.” ³⁵⁹

Pochmann vincula a manutenção da exclusão social vivida pela população de baixa renda aos vícios presentes nas políticas públicas sociais executadas pelo Poder Público, “como a dispersão de objetivos, o clientelismo e o paternalismo” ³⁶⁰, que podem “continuar a obstaculizar a perspectiva necessária da emancipação social e econômica da população de baixa renda”. ³⁶¹

Para além das iniquidades presentes na realização das políticas públicas, onde o conjunto do gasto público baseia-se nas receitas decorrentes da arrecadação tributária no país, o “constante favorecimento dos ricos afeta negativamente o conjunto da população pobre, responsável que é pela maior contribuição na arrecadação tributária”, ³⁶² Em síntese, a estrutura da imposição tributária e sua forma de arrecadação constitui, também, além da evolução da exclusão social vista acima, um dos fundamentos que leva à manutenção e aumento das desigualdades sociais no país. ³⁶³

Para Pochmann, a insuficiente cultura democrática no Brasil se expressa não apenas pela concentração da renda e da riqueza, mas também e, sobretudo, pelo controle do acesso ao poder, onde a “pobreza também contém um importante componente político. O assistencialismo, junto com a cultura da focalização, contribui para a constituição de clientela de populações pauperizadas que funcionam como verdadeira massa de manobra das novas e velhas elites dominantes durante os anos de 1950 e 2000” ³⁶⁴, o que se evidenciou nas eleições para presidente da república de 2006.

É necessário modificar essa prática política do assistencialismo, pois ela leva ao empobrecimento do brasileiro e à pauperização de sua dignidade. Ao contrário, urge a adoção de políticas públicas inclusivas, pois a todos é garantido o direito fundamental à inclusão social.

Vistas as considerações acima sobre a problemática da exclusão e da inclusão social no Brasil, é de se observar que não se teve a pretensão, aqui, de fazer um estudo minucioso sobre ela, mas sim mostrar o contexto em que ela ocorre, especialmente no espaço da nossa vida concreta.

³⁵⁹ SCHWARTZMAN, *op.cit.*, p. 85

³⁶⁰ *op.cit.*, p. 62

³⁶¹ *idem*

³⁶² *idem*

3.3 – Políticas Públicas

Os anseios e os reais critérios de justiça da sociedade brasileira estão estampados na Carta Constitucional vigente, que prevê a obrigação do Estado de cumprir o interesse público³⁶⁵ e de prestar serviços públicos essenciais nas áreas da educação, saúde, assistência e previdência social (as três últimas formando a chamada seguridade social), habitação, saneamento e segurança pública. São eles, como visto acima, direitos coletivos de segunda geração³⁶⁶, “indispensáveis para a sobrevivência humana, na medida em que tutelam a dignidade da pessoa humana nas suas relações em sociedade”.³⁶⁷

Herman Benjamin, nesse aspecto, pontua que

pode-se dizer que o *campo ideal* de conformação, manifestação e implementação do interesse público é o universo das *políticas públicas*. Protegê-lo não depende, fatalmente, da organização de seus titulares, já que presume-se, os formuladores de políticas públicas estão conscientes da sua importância; aliás, toda a atividade legislativa, administrativa e judicial orienta-se e legitima-se pela pregação da defesa do interesse público (grifamos).³⁶⁸

O Estado cumpre suas obrigações através das chamadas políticas públicas, que no entendimento corrente, é o conjunto de ações ordenadas pela Administração Pública com o fim de promover o desenvolvimento da sociedade como um todo ou de algum setor em específico, sempre tendo como ponto de partida a Constituição Federal.

Na definição de Maria Paula Dallari Bucci política pública consiste na "coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais

³⁶³ *op.cit.*, p.62

³⁶⁴ *op.cit.*, ps. 62/63

³⁶⁵ Herman Benjamin, mencionada por Lúcia Valle Figueiredo, afirma

³⁶⁶ ver capítulo anterior

³⁶⁷ Appio, Eduardo. A ação civil pública no estado democrático de direito. Curitiba: Juruá, 2005, p. 24/25.

³⁶⁸ *Apud* FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Ação Civil Pública – Gizamento Constitucional e Legal. *In* A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios., Coord. Edis Milaré, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 347.

e privadas para a realização de objetivos socialmente (ou economicamente) relevantes e politicamente determinados" ³⁶⁹

Segundo Áppio,

o traço caracterizador das políticas públicas consiste na utilização de instrumentos cogentes de intervenção do Estado na sociedade, motivo pelo qual o Estado-providência representa, no inconsciente coletivo da comunidade jurídica – seu maior símbolo. ³⁷⁰

As Políticas Públicas abarcam os direitos sociais e políticos, com a atuação do Estado através de prestações positivas, traduzindo estas atividades por metas, objetivos ou fins públicos. Segundo ÁPPIO, busca-se também a maior eficiência da gestão pública e da própria tutela legal, determinando um prolongamento temporal para estas metas, evitando, assim, que a vontade política vença a necessidade social.

A repartição do exercício do Poder Público em ramos autônomos do Estado atende a critérios orgânicos (a enfatizar quem exercita o poder, o que foi primeiramente vislumbrado por Aristóteles) e funcionais (em que se destaca o conteúdo da decisão, como percebido por Montesquieu) e se torna uma necessidade para o controle dos mecanismos do poder, tanto entre os próprios órgãos estatais, como da própria sociedade e de cada indivíduo ou grupo social.

Enquanto a função legislativa fica restrita à elaboração de normas genéricas e abstratas, a função executiva faz atuar, no caso concreto, o interesse público. Já a atividade da jurisdição tem por escopo não só o atendimento do interesse público, mas do interesse social, de cada indivíduo, de coletividades (família, entidades da sociedade civil etc) ou mesmo os interesses difusos da sociedade (como os interesses do consumidor, do meio ambiente etc).

Com isso, podemos concluir, apoderando-nos dos ensinamentos doutrinários vistos acima, que a criação e o controle imediato das Políticas Públicas é exercido pelo Poder Executivo. Porém, a elaboração de programas e planos que estabeleçam a correlação entre os instrumentos jurídicos de controle e as finalidades a serem atingidas incumbe ao Poder Legislativo, uma vez que a este cabe a elaboração das leis em sentido formal. Fechando o círculo de controle, figura o Poder Judiciário, como instância última encarregada de assegurar a legalidade do exercício do controle no âmbito dos demais Poderes.

³⁶⁹ BUCCI, *op.cit.* p. 91.

³⁷⁰ APPIO, Eduardo. Controle Judicial das Políticas Públicas. Curitiba: Juruá, 2005, p. 135

Ao Poder Judiciário cabe o controle externo desses atos, sob o plano legal e constitucional.³⁷¹

3.4 - FORMAS DE EXCLUSÃO SOCIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS

Como vimos nos dois capítulos anteriores, uma das premissas do Estado liberal e de sua vertente contemporânea, o Estado neoliberal, está no distanciamento entre governante e governado, na qual há menor intervenção do Estado na vida das pessoas e da sociedade como um todo, tendo como uma de suas principais características a livre concorrência (mercado), as privatizações de estatais, a própria diminuição da intervenção do Estado na economia, onde a preocupação não é com o social, mas sim com a manutenção das elites brasileiras em seus centros de poderes.

O Estado acaba delegando às grandes empresas privadas a “obrigação” de conduzir alguns setores do país, diminuindo assim, o seu papel na condução do desenvolvimento social. É um Estado centrado para o mundo dos negócios, com uma prestação de serviços mais eficiente e, objetivando, com isso, diminuir a desigualdade existente no território³⁷².

Para alcançar uma sociedade justa, solidária, igualitária e fraterna, o Estado brasileiro não poderá distanciar-se dos seus governados, nem poderá adotar medidas meramente assistencialistas na condução da questão da exclusão social. Deverá, antes de tudo, identificar as necessidades sociais concretas – respeitando as características e diferenças de cada região -, estabelecer políticas públicas compatíveis de forma a garantir o desenvolvimento sustentável, sem se esquecer da preservação cultural e, mais do que isso, estabelecer uma agenda mínima de investimentos.

Na obra *Atlas da Exclusão Social – Agenda não liberal da inclusão social no Brasil*³⁷³, é realizado interessante estudo sobre medidas públicas ou políticas públicas

³⁷¹ *Ibidem*, p. 133 et seq.

³⁷² Porém basta uma análise superficial da realidade brasileira para que se perceba e evidencie que esse objetivo não vem sendo alcançado. Ao contrário, o que se vê na realidade é o agravamento das desigualdades e o distanciamento entre as classes existentes, e o aumento incondicional da pobreza.³⁷² Sob essa ótica, o Estado Brasil dificilmente conseguirá cumprir a agenda inclusiva proposta por Pochmann, de forma a diminuir o distanciamento social e proporcionar uma vida digna à população em geral.

³⁷³ POCHMANN, Marcio. (org). Atlas da Exclusão Social. – Agenda não liberal da inclusão social no Brasil. São Paulo: Cortez Editora, 2003.

inclusivas que, se implementadas, poderiam acabar com a exclusão social ou, pelo menos, reduzi-la a um mínimo de desigualdade que não mais colocaria qualquer pessoa na zona social periférica excludente. Constituiria, quando muito, um vício no cumprimento das medidas inclusivas por parte do Estado, passível de correção pelas vias ordinárias.

Avançando na análise e no dimensionamento dessas medidas ou políticas, bem como dos “recursos necessários para que o país possa aproximar-se do padrão internacional (intermediário ou avançado) de oferta de equipamentos e serviços públicos e de atendimento às exigências de enfrentamento da pobreza, do trabalho precário e da ausência de cobertura previdenciária”³⁷⁴ o autor elege um paradigma para que possa servir de parâmetro do que seria inclusão social satisfatória, como forma de reduzir as diversas modalidades de exclusão e diminuir

a distância que separa o Brasil de hoje das nações que apresentam, neste início do século XXI, padrões intermediários e avançados de inclusão social nos equipamentos e serviços públicos e na cobertura da população considerada pauperizada, desempregada ou subocupada, sem acesso à terra e à previdência social.³⁷⁵

A partir do exercício numérico entre o índice paradigmático escolhido e os índices do Brasil, torna-se possível apresentar uma agenda voltada às medidas da inclusão social, constituída prioritariamente pela dimensão dos recursos humanos e dos equipamentos e serviços públicos a serem efetivados e da quantidade de investimentos necessários nos próximos 15 anos, pelo Estado, de tal forma que, em 2020, o Brasil possa atingir o padrão de inclusão (intermediário ou avançado) já existente em vários países no ano de 2000.³⁷⁶

Para alcançar em 2020 o bloco de países com padrão avançado de inclusão social medido no ano de 2000, o Brasil precisa investir nada menos do que 450,7 bilhões de reais – em valores de 2004 – a cada ano (7,2 trilhões de reais acumulados de 2005 a 2020). No caso do país buscar tão somente o padrão intermediário de inclusão social, o volume anual de recursos a ser investido alcança a soma de 241,2

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 122 et. Seq.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 123

³⁷⁶ *idem*

bilhões de reais (3,9 trilhões de reais acumulados de 2005 a 2020).³⁷⁷

3.4.1 – Situações concretas de exclusão social

a) mulheres

Entre os casos mais conhecidos de exclusão, podemos destacar o das mulheres, que mesmo após anos de luta pela igualdade ainda sofrem discriminação, principalmente no mercado de trabalho, e enfrentam luta diária pela igualdade de condições de trabalho e de salário em relação aos homens.

A idéia de que o sexo feminino é “frágil” ainda perpassa pelas estruturas da sociedade. As mulheres que trabalham como empregadas domésticas, além de receberem salários baixíssimos, são as mais prejudicadas no que diz respeito à previdência social, pois muitos dos direitos dos trabalhadores não cabem a elas, e os que cabem, ainda são facultados aos seus patrões pagá-los ou não, caracterizando assim um alto grau de informalidade, em que apenas uma minoria delas apresenta carteira assinada³⁷⁸. Mesmo o seguro desemprego, que é uma conquista recente, não é igual a dos outros trabalhadores, porque a quantia paga é inferior e o tempo do benefício é menor em relação aos demais trabalhadores.

Outro fator importante é em relação à aposentadoria, pois em decorrência dessa informalidade, há o problema do tempo de contribuição previdenciária. Assim sendo, elas se vêem cada vez mais à mercê da vontade de seus patrões e não tendo o respaldo necessário que cabe ao Estado garantir.

b) homossexuais

Outro caso a ser citado é a luta dos homossexuais pela legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo, bem como a adoção de crianças. O preconceito também é outro problema enfrentado por eles, muitas empresas deixam de contratar pessoas pela sua opção sexual, deixando de lado sua capacidade e seu

³⁷⁷ *idem*

³⁷⁸ Entende-se como trabalhadores domésticos, aqueles que prestam serviços de limpeza em casas de famílias, que podem ser tanto pessoas do sexo feminino como do sexo masculino.

conhecimento e se baseando apenas em sua aparência.

c) indígenas

Já os indígenas reivindicam a demarcação de suas terras. Lutam por melhor qualidade de vida, proteção por parte do Estado em relação a suas terras. Pois ao longo do tempo a diminuição do território indígena é notória, processo esse que começou desde nosso descobrimento quando foram “assaltados” e depostos de suas terras e isso continuou acontecendo durante toda nossa colonização até os dias atuais, bem como a diminuição da população indígena.

d) portadores de necessidades especiais

A luta existente por parte dos deficientes físicos em prol de uma melhor condição de vida é um fato. Facilmente são encontrados obstáculos que os impedem de ter uma vida independente. Pode-se fazer uma alusão, por exemplo, ao caso daqueles que necessitam de cadeiras de rodas para se locomover. A própria estrutura física das cidades não está preparada para atendê-los, são ruas com calçadas mal feitas, em desnível, ônibus que mal comportam suas cadeiras, falta de rampas de acesso a prédios, inclusive prédios públicos e uma outra gama de fatos.

e) pobreza

O desemprego ou subemprego é um fator que merece destaque, pois atrelada à falta de oportunidades de serviço está a falta de qualificação por parte dos profissionais. A escassez de vagas e oportunidades de emprego no plano formal, faz com que cada vez mais cresça dentro da população o chamado emprego informal, em que trabalhadores realizam suas atividades, muitas vezes de maneira clandestina, bem como sem contribuir financeiramente para a máquina do Estado, não garantindo assim seus direitos previdenciários. Cidadãos como estes, provavelmente passarão todos os seus dias apenas sob o jugo do trabalho e quando se depararem com a velhice, provavelmente terão que continuar trabalhando e não poderão assim gozar de alguns privilégios que o Estado assegura aos cidadãos contribuintes.

f) idosos

Uma classe que merece ser citada é a dos idosos, que ano após ano de trabalho e contribuição, se vêem obrigados a voltar a trabalhar para suprir suas despesas, pois o sistema previdenciário não dá o respaldo necessário para que tenham condições de se manter materialmente. É cada vez mais crescente o número de idosos que, após a aposentadoria, acabam retornando ao mercado de trabalho (informal na maioria das vezes) para complementar sua renda. Deste modo, segundo Demo (1994), encontra-se

o idoso em condições precárias. Em si, após anos de vida útil, admite-se que não deveriam preocupar-se com a auto-sustentação, via aposentadoria. Na realidade, porém, muitos deles necessitam trabalhar, para completar a aposentadoria ou para colaborar no orçamento doméstico, ou precisam ser mantidos por outrem, já que não podem mais dedicar-se a tarefas produtivas.³⁷⁹

3.4.2 – A educação como solução para a inclusão social

Entre as políticas públicas que poderiam ser desenvolvidas para concretizar a inclusão social está a de maior investimento na educação da população brasileira, com ampliação, inclusive, da pesquisa tecnológica.

A este respeito Pochmann pondera que

Em relação à educação no cenário nacional, é possível observar claramente a disparidade entre o estágio atual brasileiro e dos países capitalistas avançados (...) Isso resulta em um processo no qual o acesso à educação de qualidade está restrito a uma parcela limitada da população, geralmente condicionada a uma elite branca no país.³⁸⁰

Na questão da educação, várias são as facetas a serem analisadas, mas a mais importante delas, que a história da humanidade constantemente deixa evidente, é que sem educação o povo não consegue evoluir na sua escalada social; e, sem que

³⁷⁹ DEMO, op. Cit., p. 27

o povo possa evoluir, o Estado do qual ele faz parte também não evolui. E isso é evidente no Brasil, onde a falta de educação é que impede o seu pleno desenvolvimento econômico e tecnológico e, conseqüentemente, da sua sociedade.

É sabido que os esforços governamentais para que haja a inclusão do cidadão brasileiro pelo viés da educação são insuficientes e inadequados. É claro que o sistema educacional brasileiro está sucateado, com escolas em condições precárias, professores mal remunerados, falta de recursos pedagógicos de qualidade e classes superlotadas. Estes são alguns dos pontos nocivos do sistema. Mas não basta simplesmente oferecer ensino, é preciso que ele tenha qualidade, para que todos, tanto pobres quanto ricos, possam competir de forma justa nos vestibulares e no mercado de trabalho.

O próprio acesso à Educação também é escasso, pois, ainda segundo Pochmann

Considerando-se os indicadores da população na faixa etária avançada (15 a 17 anos) para estar cursando o ensino médio ou 'secundário', verifica-se que o Brasil possui apenas 34,75% da população nesta condição (...). Caso o Brasil deseje estar em 2020 numa posição semelhante a de um país com indicadores avançados no ensino médio, precisará chegar a 85,5% (em vez de 34,7%) de sua população na faixa etária de 15 a 17 anos no ensino médio. Isso representa a abertura de 4,9 milhões de novas vagas, tendo por conseqüência a contratação de cerca de 509 mil novos docentes, a criação de 140 mil novas turmas e de 46,7 mil novas salas de aulas.³⁸¹

Pochmann ressalta que o acesso à educação em nível superior é ainda pior, visto que apenas uma pequena parcela da população tem acesso ao ensino público e gratuito nesse nível. Quando se fala em inclusão no ensino superior das camadas mais pobres da população, esse índice cai ainda mais: o número de ingressantes em faculdades gratuitas vindos do ensino médio gratuito é infinitamente menor do que dos alunos oriundos das escolas particulares. Porém o próprio número de vagas oferecidas não é suficiente, pois

No caso da população na faixa etária considerada avançada para estar cursando o ensino superior (18 a 24 anos), nota-se que o Brasil possui

³⁸⁰ *op.cit.*, p 68

³⁸¹ *ibidem*, p. 137,138.

apenas 7% dos jovens matriculados em universidades. (...). Para que o Brasil possa estar em 2020 numa posição semelhante a de um país com indicador avançado no ensino superior, precisará registrar 33,9% (em vez de 7,4%) de sua população na faixa etária avançada matriculada em universidades. Isso corresponde a um aumento do número de alunos em 5,7 milhões, de 466,7 mil novos professores, exigindo a construção de 54 mil novas salas de aula, ao longo do período de 1995 a 2020.³⁸²

Num país onde existem tantos analfabetos, esfomeados e excluídos, chega-se à conclusão que é necessário, antes de tudo, um incremento na educação, na alfabetização das pessoas, no acesso das pessoas excluídas ao ensino e à tecnologia, critério primordial para o acesso à cidadania e às informações básicas sobre os seus direitos.

Sobre o tema da exclusão na educação, Joaquim Benedito Barbosa Gomes aponta que ela piora em relação aos negros e configura uma verdadeira “tirania legal”:

Sim, é disso que se trata. Uma ‘tirania legal’, eis que formalmente ancorada em normas emanadas dos órgãos legislativos e executada por órgãos que supostamente encarnam a soberania popular. No caso brasileiro, não é preciso muito esforço para se convencer disso. Vejamos. No estado atual das coisas, a exclusão social de que os negros são as principais vítimas no Brasil deriva de alguns fatores, dentre os quais figura o esquema perverso de distribuição de recursos públicos em matéria de educação. A Educação é a mais importante dentre as diversas prestações que o indivíduo recebe ou tem legítima expectativa de receber do Estado. Trata-se, como se sabe, de um bem escasso. O Estado alega não poder fornecê-lo a todos na forma tida como ideal, isto é, em caráter universal e gratuito. No entanto, esse mesmo Estado que se diz impossibilitado de fornecer a todos esse bem indispensável, institucionaliza mecanismos sutis através dos quais proporciona às classes privilegiadas aquilo que alega não poder oferecer à generalidade dos cidadãos. Com efeito, o Estado ‘financia’, com recursos que deveriam ser canalizados a instituições públicas de acesso universal, a educação dos filhos das classes de maior poder aquisitivo, por meio de diversos mecanismos. Isto se dá principalmente através da ‘renúncia fiscal’ de que são beneficiárias as escolas privadas altamente seletivas e excludentes. (...) Esses são alguns dos elementos que compõem a formidável *machine à exclure* que tem nos negros as suas vítimas preferenciais. Essa forma de ‘exclusão orquestrada e disciplinada por lei’ produz o extraordinário efeito de contrapor, de um lado, a escola pública, republicana, aberta a todos, que deveria oferecer ensino de boa qualidade a pobres e ricos, a uma escola privada e largamente financiada com recursos que deveriam beneficiar a todos.³⁸³

³⁸² *idem*

³⁸³ GOMES, JOAQUIM BENEDITO BARBOSA, Seminário Internacional – As minorias e o Direito – Séries Cadernos do CEJ, nº 24, p. 108/109

Prossegue Joaquim Benedito Barbosa Gomes na sua análise do mecanismo de exclusão social que ocorre na educação, afirmando que outro momento da exclusão está na seleção ao ensino superior, quando a situação se inverte. O ensino superior de qualidade no Brasil está quase que inteiramente nas mãos do Estado, que ao invés de instituir mecanismos para possibilitar o acesso daqueles alunos que já não conseguiram cursar um bom ensino médio, cria uma seleção que vai justamente propiciar a exclusividade do acesso, sobretudo aos cursos de maior prestígio e aptos a assegurar um bom futuro profissional, àqueles que se beneficiaram do processo de exclusão acima mencionado, isto é, os financeiramente bem aquinhoados. Para ele, “o vestibular, este mecanismo intrinsecamente inútil sob a ótica do aprendizado, não tem outro objetivo que não o de ‘excluir’. Mais precisamente, o de excluir os socialmente fragilizados, de sorte a permitir que os recursos públicos destinados à educação (canalizados tanto para as instituições públicas quanto para as de caráter comercial, como já vimos) sejam gastos em prol de todos, mas para benefício de poucos.”³⁸⁴

Prossegue o autor afirmando que

esta é, pois, a chave para se entender por que existem tão poucos negros nas universidades públicas brasileiras, e quase nenhum nos cursos de maior prestígio e demanda: os recursos públicos são canalizados preponderantemente para as classes mais afluentes, restando aos pobres (que são majoritariamente negros) ‘as migalhas’ do sistema.³⁸⁵

A falta de qualificação é um dos maiores fatores do desemprego, isso num país onde uma considerável parcela da população está desempregada. Atrelada à educação está a questão cultural, pois uma grande parcela da população não tem acesso a bibliotecas, museus, cinemas, teatro etc.

A sociedade brasileira convive com diferentes formas de exclusão, inclusive a cultural, que carrega em seu conteúdo a inacessibilidade à produção de determinados bens culturais como uma das suas características principais. Afirma Pochmann que uma política cultural bem elaborada pode ser um instrumento eficaz de transformação intrínseca da população.³⁸⁶

³⁸⁴ *idem*

³⁸⁵ *idem*

³⁸⁶ POCHMANN, p.87

3.4.3 - Outras políticas públicas para a concretização da inclusão social

A falta de habitação decente é um outro exemplo de exclusão, pois segundo as considerações de Pochmann,

Morar é uma das necessidades básicas do cidadão, pois é impossível viver sem ocupar espaço. Ao longo do tempo, as características de habitação podem sofrer alterações, mas suas funções principais permanecem: servir de abrigo – um local para dormir, para ter privacidade, fazer as refeições, higiene pessoal; enfim, um ambiente doméstico (...)³⁸⁷

Basta observar em grandes centros o crescimento acelerado das favelas, para entender que nem todas as pessoas têm realmente um lar decente e seguro para morar. Barracos se multiplicam em meio a morros, barracos esses que abrigam famílias inteiras num espaço que mal caberia uma pessoa. Com saneamento básico inexistente, crianças crescem em condições subumanas. E para reverter este quadro, Pochmann aconselha:

Para o avanço da inclusão na habitação brasileira, deve-se considerar não só os investimentos direcionados à construção e reparação das habitações, mas também à melhora nas condições de abastecimento de água e energia elétrica e do destino adequado do lixo e do esgoto nos domicílios brasileiros.³⁸⁸

Com o avanço da modernidade e o aumento da população, há também o aumento do número de dejetos sólidos produzidos. Como estes dejetos nem sempre são depositados em lugares apropriados ou são encaminhados à reciclagem, acabam causando transtornos à população. Assim cabe ao Estado ampliar o sistema de coleta de lixo. “Para que o Brasil alcance o nível de um país intermediário de resíduos, com 90% dos domicílios com coleta, torna-se necessário instalar o sistema de coleta de lixo em mais 9,4 milhões de moradias, de 2005 a 2020”.³⁸⁹

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 80.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 140

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 142.

Arelada a todos esses fatores está a criminalidade. Em um lugar onde existem leis paralelas, onde quem manda são os bandidos, a população muitas vezes fica à mercê desses marginais e em alguns casos tem seus direitos de transitar pela favela cassados. Isso acontece à medida que o Estado deixa de satisfazer as necessidades básicas a que a população tem direito. No caso da segurança pública, por exemplo, ela deve ser assegurada pelo Estado, que por meio das polícias civil e militar, tem por obrigação garantir ao cidadão comum o mínimo de segurança. No entanto, o que se vê é justamente o contrário.

Essa realidade não diz respeito unicamente aos habitantes de favelas e bairros periféricos (apesar de estar presente de forma mais evidente neles), a classe média e a classe alta também são vítimas dos desmandos praticados pelos marginais. Um exemplo dessa afirmação são os seqüestros relâmpagos, em que cidadãos são retirados de sua própria residência e são privados do convívio em sociedade por um curto período de tempo. Ficam à mercê desses marginais e são obrigados a “pagar” para ter novamente sua liberdade assegurada.

A saúde é um dos casos mais delicados referentes à inclusão da população, pois o sistema está todo sucateado. Hospitais com excessos de enfermos, escassez de profissionais qualificados para o pronto atendimento, negligência, despreparo, são alguns dos muitos problemas apresentados pelo sistema de saúde. É dado que nos últimos anos houve um certa melhora na qualidade do atendimento, porém, não foi suficiente para atender às necessidades básicas da população. É necessário ainda um investimento maior para que a melhora seja notada a olhos nus.

No que diz respeito ao material físico e humano há necessidade do aumento do seu contingente, já que o número de médicos e de enfermeiros não é suficiente para atender a população e proporcionar um atendimento de qualidade. Paralelamente aos recursos humanos é imprescindível a melhoria em equipamentos.

A questão da previdência social é um tema que perpassa há anos os debates acadêmicos e não-acadêmicos de nossa sociedade. É sabido que aqueles que dependem única e exclusivamente da previdência pra prover seu sustento sentem grandes dificuldades, pois o montante reservado a eles não basta para suprir suas necessidades básicas. É preciso levar em conta também que nem todos trabalhadores são segurados pela previdência social, apenas uma parcela deles. Sobre isso, Pochmann adverte:

A proteção oferecida pela previdência em meio ao tecido social brasileiro, de acordo com as informações da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (PNDA/IBGE), cobre 61,7% do total dos trabalhadores entre 16 e 59 anos de idade (...) Mas por outro lado, há 38,3% do conjunto dos trabalhadores excluídos da previdência social, o que representa 27.041.787 pessoas não cobertas contra riscos de doença, acidente, velhice, morte etc.³⁹⁰

Deve-se destacar ainda que fora desse índice estão os aposentados e pensionistas, que recebem algum tipo de benefício do Estado, e outra grande parcela que não tem nenhum tipo de benefício, “(...) os desprotegidos ainda chegam a 2.957.765, o que representa 18,5% dos idosos brasileiros”. (POCHMANN, p.108).

Dados como estes demonstram que apesar do esforço do Estado em beneficiar (incluir) os cidadãos com alguma renda, uma grande parcela da população brasileira ainda hoje não recebe nenhum tipo de auxílio financeiro da previdência, ou seja, são excluídos por ela.

Há a necessidade de o Estado incorporar os trabalhadores que não fazem parte dos contribuintes da previdência. Isto é, estimular a contribuição por conta própria dos trabalhadores, como autônomos, assalariados privados sem carteira, trabalhadores domésticos etc. “Porém, o Estado tem papel fundamental ao estimular, inclusive por meio de isenções fiscais, a contribuição dos segmentos com capacidade de auto-financiarem a sua previdência”³⁹¹

3.4.4 – A inclusão social no Brasil em 2020

No tocante à situação do Brasil como nação no cenário internacional e qual seria sua importância em 2020, interessante o que foi apresentado por Heródoto Barbeiro na obra *O Relatório da Cia: Como será o mundo em 2020*, quando trata das novas geometrias do poder. Segundo seu prefácio à obra em questão, aponta o autor mencionado que os Estados Unidos continuará dando pouca importância à América do Sul, especialmente ao Brasil, mantendo a prática centenária de exclusão daqueles que se encontram abaixo da linha do equador. Mas mesmo diante desta indiferença norte-americana, o Brasil estará “cada vez mais aberto aos investimentos internacionais e

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 106

com a economia mais integrada ao Capitalismo global" e a resistência às privatizações irá, praticamente, desaparecer.³⁹² Prossegue o autor afirmando que

a tendência até 2020, com ou sem o PT no governo, é de que a privatização de estradas e do setor de infra-estrutura se aprofunde. O Estado investidor encolhe cada vez mais e é lembrado apenas em determinadas épocas da história do Brasil como indutor do crescimento e guardião das riquezas naturais estratégicas.³⁹³

Para Heródoto Barbeiro, o distanciamento entre economia e política no Brasil aprofundar-se-á ainda mais em vista do afastamento do Estado do investimento na economia, somado ao desenvolvimento de atividades cada vez mais ligas aos setores privados. No Brasil,

O empreendedorismo passou a ser uma opção para a mudança das estruturas econômicas, uma alternativa para o desemprego estrutural e conjuntural. Surpreende o relatório da CIA dar tão pouca importância ao Brasil e superdimensionar a Índia e a China, as duas novas potências citadas inúmeras vezes. É verdade que o relatório é uma fotografia do futuro e, à medida que as mudanças ocorrerem, suas constatações podem tanto ser consolidadas quanto modificadas.³⁹⁴

Por fim, constatamos que a situação da massa da população brasileira, já marcada pela exclusão social, se não forem realizadas as políticas públicas inclusivas, necessárias ao cumprimento da proposta da Assembléia Constituinte de 1988 de criar uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, continuará na sua trajetória de dor e sofrimento social, pois a situação mundial tende a se agravar com o recrudescimento entre os Estados Unidos e as novas potências mundiais (China, Índia, Coréia do Norte), com o terrorismo piorado com as lutas islâmicas e com a descarada desapropriação de nossas riquezas bio-minerais, deixando-nos à margem do desenvolvimento tecnológico.

³⁹¹ *Ibidem*, p. 150

³⁹² BARBEIRO, Heródoto. Introdução à edição brasileira: O Dilema da Supremacia. In O Relatório da CIA: Como será o mundo em 2020. São Paulo: Ediouro, 2006, p. 30/31. A obra em questão trata de um relatório preparado pelo Conselho Nacional de Inteligência –CIA vinculado ao Governo de Georg Bush, o centro de análises estratégicas da comunidade de inteligência daquele país, e “inscreve-se na tradição dos ‘estudos do futuro’. Mas seu horizonte é 2020, ou seja, um futuro-quase-presente que a maioria de nós viverá para ver”. (trecho extraído da Apresentação feita por Demétrio Magnoli, p. 7).

³⁹³ *idem*

³⁹⁴ *idem*

Na luta pela causa da inclusão social, para vencer a desigualdade social, a pobreza, a violência crescente, o conhecimento em decadência e o futuro sem paz que se avizinha somente a adoção das políticas públicas inclusivas adequadas e eficientes deverão ser adotadas pelo Estado e mais, deverão ser adotadas o mais rapidamente possível, pois não há mais lugar ou tempo para ensaios.

3.5 – A inclusão social como direito fundamental

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 3º, estabelece os objetivos da República Federativa do Brasil, afirmando que a sociedade que se quer construir é livre, justa e solidária. E, para alcançá-la, é necessário garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras forma de discriminação.

Além de trazer os objetivos da nação, referida norma traz, implicitamente, o direito fundamental à inclusão social, posto que promover o bem de todos sem pobreza, marginalização e desigualdades pressupõe que todos estejam incluídos nesta sociedade livre, justa e solidária. E os indivíduos do estado democrático de direito proposto pela Constituição têm o direito de viver com dignidade e respeitadas suas diferenças.

O Estado tem um papel fundamental na garantia das condições mínimas de sobrevivência aos cidadãos, assegurando sua inclusão dentro da sociedade, proporcionando a todos os mesmos direitos de acesso aos órgãos governamentais e todas as suas competências, independente de situação financeira, cor, raça, sexo etc. Isso deve ser feito por intermédio de políticas públicas sérias, que visem o bem-estar da população. Estas políticas devem ser implantadas a partir das necessidades dos cidadãos, por meio de projetos, planejamento e leis, de forma eficiente.

Conforme foi assinalado por Assier-Andrieu³⁹⁵, a importância da análise da problemática da inclusão/exclusão social sob o ponto de vista do Direito, está ligada à escola sociológica francesa, de Durkheim, que aprofundou os seus estudos a partir do

³⁹⁴ *Ibidem*, p. 31

³⁹⁵ *op.cit.*, p. 178

pressuposto de que o Direito é dependente da realidade social. Montesquieu, no séc. XVIII, já havia, antes desta escola, sustentado tal dependência, chegando a encontrar na natureza das coisas, a fonte última do Direito. Portanto, percebeu-se que da natureza do agrupamento social depende a natureza do Direito que a reflete e a rege. “Ubi societas, ibi jus”: onde houver sociedade haverá Direito.

O autor cita, ainda, o poder social que se refere ao mecanismo sociológico da vigência do Direito. Segundo ele, o legislador irá impor suas vontades, seus interesses, que na verdade são as vontades de senso comum, através das leis e essas serão cumpridas pelo povo que irá decidir se vigorarão ou não. Portanto, se a opinião pública pressionar os tribunais, juízes e funcionários administrativos sobre uma norma, mesmo que esta já esteja regulamentada, deverá haver uma revisão³⁹⁶ para que se atenda aos interesses do povo.

Segundo o autor citado,

o conflito humano é um processo gerido pela sociedade segundo um elenco de soluções que se presta ao exame tipológico, desde o acordo negociado até o julgado coercivo. Mas, para além de qualquer consideração formal, o próprio estatuto do conflito constitui um ponto problemático: pode ser considerado tanto o fracasso do Direito como sua fonte mais universal e mais dinâmica.

O Direito reflete o humano que ele gere. Parte da vida social contribui para lhe estruturar a existência. Ademais, como reflexo e como ator, o Direito está orientado para uma direção. Encarnando uma tensão positiva direcionada à harmonia social ou servindo, negativamente, para conjuntar o caos, ele concentra em suas formas e em seus conteúdos diversos o projeto, não tanto de “reproduzir” o humano ou a sociedade segundo uma mecânica de repetição, mas de lhe modelar a organização.³⁹⁷

O principal responsável em garantir uma sociedade igualitária e justa é o Estado e cabe a ele criar mecanismos, ou seja, políticas públicas eficientes que possam incluir o cidadão dentro da sociedade. Há a necessidade de se ter um Estado capaz de suprir as necessidades de seus cidadãos, onde todos sejam tratados com a mesma condição e possam se auto-sustentar. Para isso, necessário desenvolvermos mecanismos para a diminuição da desigualdade e a integração dos excluídos na sociedade.

³⁹⁶ Seria, na teoria adotada por Eros Roberto Grau, o direito pressuposto suplantando o direito posto e, a partir, transformando-se em direito posto

³⁹⁷ ASSIER-ANDRIEU, *op.cit.*, p. 310 et. Seq.

Para Pedro Demo ³⁹⁸, em primeiro lugar caberia ao Estado fornecer subsídios e “acompanhar” o desenvolvimento da cidadania nos indivíduos, ficando isento de qualquer participação no processo. Caso contrário surgiria uma “cidadania estatal” em que a participação da população seria podada. Isso poderia ser nocivo para ele mesmo, pois provavelmente a própria população se voltaria contra o Estado.

Deste modo cabendo ao Estado a função de criação de condições para que a população exerça a cidadania, deve “(...) ocupar a posição de instrumentador, sobretudo no sentido de garantir às associações populares acesso a informações estratégicas, à justiça e à segurança, a serviços públicos de qualidade, para o exercício da cidadania” ³⁹⁹ garantindo a gratuidade e a qualidade de serviços públicos voltados para a formação da cidadania.

Políticas sociais como identidade cultural, política sindical, associativismo e cooperativismo não podem ser submetidas ao Estado, mas podem ser normatizadas por ele como forma de galgar a plena justiça da vida concreta digna.

Há a necessidade de o Estado promover políticas sérias para a melhoria nas condições de vida da população, visando que estes tenham o mínimo social, ou seja, que a população possa ter ao menos acesso às condições básicas para sua sobrevivência. Desta forma é indispensável que alguns setores da nossa sociedade sofram algumas alterações, como educação, habitação, saúde, cultura e previdência social.

Como expressava a teoria do início deste século, “o direito manifesta sua existência através dos fatos de consciência, mas só pode ser percebido por inteiro por meio da razão e depois de uma penosa elaboração”. Entre a “violência pura e a beatitude eterna” sempre existiria um espaço para o direito, cuja tarefa prometéica seria “ampliar a democracia na medida da cidade mundial cuidando ao mesmo tempo do destino das gerações futuras”
⁴⁰⁰.

Os critérios de justiça que devem ser adotados, de forma a conseguir alcançar a justiça da vida concreta digna ou a justiça da dignidade concreta, como vimos no capítulo anterior, devem ser aqueles que levem à efetividade da inclusão social, conforme a vontade do povo exarada no preâmbulo da Constituição Federal.

³⁹⁸ DEMO, 1994, p. 37/38

³⁹⁹ *Ibidem*, p.38),

Para Alaor Caffé Alves,

A história concreta dos homens é que faz os valores, a realidade humana em sua *práxis* perfaz os valores ou condiciona basicamente as intenções. Portanto, ao estudar o próprio homem concreto, situado existencialmente, articulado segundo a estrutura social hodierna, na qual existem profundos conflitos em torno do lucro, do ganho pessoal, do egocentrismo, como diz o professor Eros Grau, em torno da troca, acabamos por deixar de lado o valor do uso, especialmente o valor de uso social, o valor das necessidades sociais. Então, o valor de troca dimensiona as formas sociais predominantes.

Com isso, podemos definir o direito fundamental à inclusão social como o direito de todos os integrantes da sociedade de dela participar e influenciar na realização dos objetivos comuns, com igualdade de acesso às políticas públicas governamentais previstas constitucionalmente e à justiça digna concreta, como forma de concretizar o exercício da cidadania e dos direitos fundamentais.

O Direito brasileiro, fechando o círculo em torno da inclusão social como o **bem-comum** a ser alcançado pelo Estado (artigo 3º da CF/88), adotando como critérios de justiça social aqueles elencados na Constituição Federal, possibilita o reconhecimento da existência do direito fundamental à inclusão social, extraído implicitamente dos princípios constitucionais da igualdade, liberdade, direito ao desenvolvimento, acesso à justiça, soberania popular, segurança social e dignidade da pessoa humana.⁴⁰¹

Trataremos a seguir, ainda que brevemente, dos princípios constitucionais informadores do direito fundamental à inclusão social.

3.5.1 – Igualdade

Durante o desenvolver do texto, já tratamos deste princípio, especialmente

⁴⁰⁰ *Ibidem*, p. 312/313

⁴⁰¹ Sobre a possibilidade de serem extraídos direitos fundamentais implícitos das normas constitucionais elencadas pelo Legislador Constituinte sugere-se a leitura do artigo O Direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da Teoria dos Direitos Fundamentais, de autoria de Luiz Guilherme Marinoni, encontrado no site <<http://www.professormarinoni.com.br>> e na obra de Ingo Wolfgang Sarlet, A Eficácia dos Direitos Fundamentais, *op.cit.*

quando falamos dos ideais das revoluções no século XIX e da teoria da justiça com base na igualdade. Não é o caso de repetirmos as considerações sobre a igualdade, mas apenas de reforçar o entendimento de que ela é regra de justiça, ou seja, qualquer que seja a teoria de justiça adotada, a sua aplicação deve ser feita de forma igualitária, para todos. Tal igualdade, evidentemente, não deve ser meramente formal, mas sim uma igualdade material e concreta.

O direito fundamental à inclusão social pressupõe o direito à igualdade, estampado no artigo 5º e em outros artigos do corpo da Constituição Federal, pois é exatamente a partir da igualdade que a pessoa humana tem o direito de estar inserida em dada sociedade em igualdades de condições com todos os demais membros, é exatamente a partir da igualdade que ela poderá cobrar que políticas públicas inclusivas lhe sejam destinadas como forma de concretizar a inclusão social.

3.5.2 – Liberdade

Também já tratamos deste princípio ao longo deste trabalho, mas necessário, agora, dar-lhe um enfoque voltado para o referencial teórico buscado em sustentação ao direito fundamental à inclusão social.

Segundo Alair Caffé Alves, a questão da liberdade é tema fundamental para a Filosofia, mas não só para ela, pois está a liberdade integralmente ligada e relacionada com a estrutura social, com o poder econômico e o poder político. Sem a liberdade ampla e irrestrita, propiciada pela sociedade e pelo Estado, não há como se falar em inclusão social.

Como posso dizer que uma pessoa, por exemplo, é livre, se ela não pode comprar as bases vitais de sua existência, num sistema como o nosso? Na verdade, quanto mais a pessoa possa comprar, mais livre ela é. Ela pode viajar, criar, fazer o que quiser. No entanto, a pessoa que não tem nada, tem seu bolso magro, não tem meios, não tem poder de troca, ela não é livre. Quanto menos tem mais fica adstrita àquela condição de ter que trabalhar de sol a sol. Muitas vezes nem sequer tem trabalho; então, que liberdade pode ter uma pessoa nestas condições?⁴⁰²

⁴⁰² *Ibidem*, p. 91

O próprio autor responde ao questionamento feito, expondo que a única liberdade que esta pessoa tem é a liberdade de escolha, subjetiva, “tanto quanto um preso tem liberdade, na prisão, de pensar, de imaginar que está na praia. Mas não tem liberdade real; é claro, não tem liberdade alguma, na realidade.”⁴⁰³

Assim, mesmo que a pessoa humana tenha garantido na Constituição Federal seu direito à liberdade, esta deverá ser efetivada pelo Estado a partir da inclusão social, pois cabe ao Estado fornecer todos os meios para que ele seja livre: educação, trabalho, segurança, cultura, tecnologia, respeito às diferenças, moradia, saúde, previdência, assistência social, etc.

Em outras palavras, para que os direitos individuais existam e o indivíduo seja livre, ele tem de ter acesso a direitos sociais como saúde, educação e direitos econômicos, como trabalho e justa remuneração. A democracia não se resume no ato de votar, mas na possibilidade de participação constante nos destinos do Estado, da sociedade e da economia de uma população que é livre porque tem acesso aos direitos sociais e econômicos.⁴⁰⁴

Evidente, pois, a importância das condições materiais⁴⁰⁵ (nestas incluídas tanto aquelas do ponto de vista econômico, quanto àquelas sociais e culturais) na conformação da liberdade do indivíduo.

Portanto, como conclusão, também se pode ter em conta que as condições materiais de vida refletem-se decisivamente na liberdade para agir, pensar, avaliar, conhecer e filosofar. A liberdade é, assim, um assunto profundamente humano e social. Para obtê-la precisamos não só filosofar, mas também agir para transformar o mundo social, para transformar as condições de distribuição das riquezas entre os homens.⁴⁰⁶

O direito à liberdade informa o direito fundamental à inclusão social, pois livres somente serão aqueles que estiverem incluídos dentro da sociedade que integra, não bastando apenas uma liberdade formal ou legalista, vazia, devendo o Estado dar meios concretos para que a liberdade possa acontecer livre de

⁴⁰³ *idem*

⁴⁰⁴ Fábio Konder COMPARATO, *op.cit.*, 102

⁴⁰⁵ Afirma Alaor Caffé ALVES que “ (...) não há como negar: a liberdade está também relacionada às condições materiais da vida das pessoas. Significa que a liberdade depende também da situação de classe que as pessoas se situam. A liberdade, portanto, não é algo que se tem ou não se tem. A liberdade, nesse caso, comporta graduação, comporta mediações: não é algo absoluto. (*ibidem*, p. 92)

impedimentos decorrentes de insuficientes políticas públicas.

3.5.3. - Segurança Social

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, o direito constitucional à segurança social pode ser definido como “o direito a um conjunto de direitos sociais [simultaneamente positivos e negativos] garantidores de uma vida com dignidade.”⁴⁰⁷ Estariam inseridos na contextualização positiva do direito à segurança social os direitos fundamentais sociais que garantiriam ao cidadão meios necessários para viver, trabalhar, morar, e, na hipótese de faltarem-lhe condições econômicas para sua manutenção, mediante a ocorrência de um sinistro social, prestações decorrentes da previdência e da assistência social.

Neste caso, a garantia positiva dada ao cidadão tem ligação direta com as obrigações que devem ser prestadas pelo Estado, em seu favor, garantindo-lhe o gozo de outros direitos, como o direito à vida (através do atendimento da seguridade social). Já as assecuratórias negativas decorreriam das proibições e limitações impostas ao próprio Estado, e demais cidadãos, inclusive quanto à impossibilidade de retrocesso social.

Sob esse prisma, Fábio Konder Comparato afirma que “a segurança diz respeito a qualquer bem ou interesse, individual ou coletivo, material ou espiritual.”⁴⁰⁸

Para Sarlet, a segurança social está intimamente ligada à questão da estabilidade das relações jurídicas e constitui

valor fundamental de todo e qualquer Estado que tenha a pretensão de merecer o título de Estado de Direito, de tal sorte que, pelo menos desde a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 o direito (humano e fundamental) à segurança passou a constar nos principais documentos internacionais e em expressivo número de Constituições modernas, inclusive na nossa Constituição Federal de 1988, onde um direito geral à

⁴⁰⁶ *Ibidem*, p. 92/93.

⁴⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Artigo: A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Obra coletiva: *Direito adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence, Editora Fórum, Coordenadora Cármen Lúcia Antunes Rocha, 2004, páginas 85/129.

⁴⁰⁸ COMPARATO, Para viver..., p. 178

segurança e algumas manifestações específicas de um direito à segurança jurídica foram expressamente previstas no artigo 5º, assim como em outros dispositivos da nossa Lei Fundamental.⁴⁰⁹

Para o autor citado, “o alcance do direito à segurança jurídica é muito mais abrangente e (...) implica a análise de todas as suas dimensões, o que inclui não apenas uma compreensão do significado e conteúdo do direito à segurança jurídica”, mas alcança igualmente o direito ao não retrocesso social. Segundo o autor, o direito à segurança não se limita a apenas estas dimensões, pois

abrange, para além de um direito à segurança jurídica e social, um direito geral à segurança, no sentido de um direito à proteção [por meio de prestações normativas e materiais] contra atos – do poder público e de outros particulares - violadores dos diversos direitos pessoais (...). Isto deflui tanto de uma série de previsões expressas e específicas no texto constitucional (despontando aqui a formulação genérica adotada pelo Constituinte no artigo 5º, caput, da CF), quanto do reconhecimento de deveres gerais e especiais de proteção que resultam diretamente da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, na condição de expressões de uma ordem de valores comunitária e que, pelo ângulo subjetivo, levou expressiva parte da doutrina a reconhecer a existência de correspondentes direitos à proteção.

Da mesma forma, inquestionável a conexão direta entre a segurança jurídica (nas suas diversas manifestações) e as demais dimensões referidas, notadamente da segurança social e pessoal, tal qual sumariamente delineadas, já que segurança social – aqui destacada pela sua relevância para o presente ensaio - também envolve necessariamente um certo grau de proteção dos direitos sociais (acima de tudo no âmbito dos benefícios de cunho existencial).⁴¹⁰

Flávia Piovesan, na mesma obra coletiva, trata do direito à segurança social, apresentando-o, porém, como o “direito à segurança de direitos”, centrando-o

na própria idéia de dignidade, na idéia de que existem certos direitos fundamentais, que, embora construídos historicamente, fundamentam-se em um valor intrínseco ao ser humano: a dignidade. Nesse sentido, o direito à segurança de direitos perfaz um direito ao não retrocesso, um direito à preservação de direitos já reconhecidos institucionalmente, um direito ao universalismo atemporal de direitos. A segurança é vista aqui a partir do indivíduo e não do Estado, isto é, a partir de um discurso de direitos e não de restrição de direitos.⁴¹¹

⁴⁰⁹ *idem*

⁴¹⁰ *idem*

⁴¹¹ PIOVESAN, Flávia. **Segurança Jurídica e Direitos Humanos: o Direito à Segurança de Direitos, in** Direito adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada” Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda

O arcabouço constitucional, pois, do direito constitucional à segurança social garante ao cidadão o mínimo existencial para que possa viver, primeiramente e depois em segurança, inserido em sua sociedade.

É importante componente do direito fundamental à inclusão social, pois, além de garantir ao cidadão excluído o mínimo existencial, ainda lhe dá meios de exigir que tais direitos não sejam eliminados em vista da proibição ao retrocesso social.

Exatamente por isso os representantes do povo brasileiro, na Constituinte de 1988, elegeram a segurança social como fundamento da nova sociedade que queriam implantar, anunciando-a logo no preâmbulo da Carta Política promulgada.

3.5.4 - Cidadania e Soberania Popular

A Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo^{1º}, inciso II, insere a cidadania como fundamento do Estado Democrático de Direito. E o exercício desta cidadania dar-se-á através dos direitos e garantias fundamentais do cidadão brasileiro, entre eles os direitos políticos.

Fábio Konder Comparato expõe que

os direitos do cidadão diferem dos direitos do homem, em seu sentido universal, porque os primeiros são direitos de participação política, ou de intervenção na esfera estatal; enquanto os segundos são apanágio de todos os homens, enquanto tais, independentemente de seu status político.⁴¹²

A nossa Constituição Federal foi mais além do que a simples estruturação integral do Estado. Ela dispões, também, sobre o espaço comunitário e sobre a organização dos setores da vida privada. Com isso, a cidadania deixa de ser o direito formal de votar e ser votado, e adquire a conotação de co-autoria na construção da

Pertence, Editora Fórum, Coordenadora Cármen Lúcia Antunes Rocha, 2004, páginas 47/83,

⁴¹² Comparato, Para viver a democracia, p. 75

própria sociedade. Com isso, não há como existir políticas públicas e atos governamentais divorciados dos interesses públicos que venham a afetar a cidadania.

A cidadania tem de ser pensada a partir da concepção de democracia, posto que ela depende da ação coletiva dos membros da sociedade e, a partir daí, resulta em deliberações comuns, públicas e abertas sobre todos os assuntos que afetam a comunidade política, inclusive no campo da inclusão social. Em outras palavras, é a partir da cidadania que se confere ao indivíduo a participação no poder do Estado.

Somente se pode falar de cidadania, em sua plenitude, quando a todo indivíduo, por força dos seus vínculos com determinado Estado, são assegurados direitos de participação (políticos), direitos de autodeterminação (direitos civis), direitos a prestações que favoreçam a igualdade substancial entre todos (direitos sociais) e tais direitos sejam garantidos, institucionalmente, de modo eficaz.⁴¹³

De outra feita, a cidadania é essencial para a construção da identidade de uma sociedade, especialmente quando ela deve ter sua sustentação em uma democracia real e em harmonia com o modelo de sociedade fundada nos princípios da igualdade, liberdade, justiça, solidariedade, dignidade humana e do reconhecimento das diferenças.

No tocante à soberania popular, ligada umbilicalmente ao exercício da cidadania, ela enfeixa as regras básicas de governo e de organização estrutural do ordenamento jurídico segundo Paulo Bonavides, sendo, ao mesmo passo, fonte de todo o poder que legitima a autoridade e se exerce nos limites consensuais do contrato social. Encarna o princípio do governo democrático e soberano, cujo sujeito e destinatário na concretude do sistema é o cidadão.⁴¹⁴

A soberania popular desponta já na consideração de que, nas repúblicas, todo o poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido, o que faz com que a afronta à vontade do povo configura afronta à república.

De outra feita, a soberania popular encontra voz na democracia, que traz o poder emanado de todos os indivíduos que compõem a sociedade, os quais possuem o direito de participar livremente na tomada das decisões coletivas, através da vontade

⁴¹³ CALMON DE PASSOS, J.J. Cidadania Tutelada. Salvador/Ba. Revista Eletrônica de Direito do Estado, nº 5-janeiro/fevereiro/março de 2006, p.

⁴¹⁴ Bonavides, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa, op. Cit., p. 32

da maioria ou do maior número, evidenciada em um sufrágio universal, normalmente associado à forma de investidura popular dos governantes

Não obstante a soberania popular estar intimamente ligada ao direito dos cidadãos elegerem, pelo sufrágio universal, seus representantes, há outros mecanismos diretos ou indiretos de participação popular no poder estatal e nas decisões do Estado, garantidos pela Constituição Federal. São eles o plebiscito, referendo e a iniciativa popular⁴¹⁵.

O correto, por ser o Brasil uma República, é que a maioria do povo tenha o poder, pois a soberania popular e a cidadania se manifestam como vemos na Constituição Federal, pelo voto, vencendo a maioria. Porém, não é o que ocorre. Ocorre, na verdade, um paradoxo no tocante à regra da decisão pela maioria, posto que a minoria da população, detentora da maioria do poder econômico, domina o direito político e, com isso, consegue impor regras que cada vez mais os tornam poderosos e cada vez mais levam à exclusão social.

Para Celso Fernandes Campilongo⁴¹⁶, a solução desse paradoxo está em ver a lei como uma atividade burocrática, onde em sua aplicação deve haver uma correta captação da intencionalidade do direito.

Os grupos sociais mais articulados podem eliminar ou desvirtuar os interesses dos grupos sem capacidade de organização. O que, aliás, também pode ocorrer nos processos de participação política mais convencionais. Daí a importância que o direito responsivo confere a duas estratégias distintas de enfrentamento dessas dificuldades. Primeiro, resgata da noção de legalidade não seu componente meramente burocrático, mas sua capacidade de progressiva redução das arbitrariedades do direito positivo e da ação administrativa. Uma legalidade a serviço da justiça substantiva. Em segundo lugar, valoriza a função reguladora do direito. Regulação, aqui, não se confunde com o trabalho de produção legislativa. Trata-se de função mais abrangente, que envolve novos procedimentos decisórios e novas estruturas de autoridade. Regulação significa, para Selznick e Nonet, o processo de clarificação do interesse público.

O autor em comentário, ao esclarecer a questão da regra da maioria e seu

⁴¹⁵ O art. 61, II, § 2º, da CF/88 dispõe que a iniciativa popular se dará através da apresentação, à Câmara dos Deputados, de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

⁴¹⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes, "Direito e Democracia", Max Limonad, 2ª Edição, 2000, p.52/53 e 63/65

relacionamento com o poder e com a justiça, ressalta que a maior sensibilidade social do direito está na análise das decisões públicas, de forma a buscar nelas elementos que demonstrem sua legitimidade, encontrada no momento em que se possa identificar a vontade popular, seja ela pela regra da maioria ou por outras regras. Para ele, é necessário que as regras demonstrativas da vontade popular estejam ajustadas às novas condições de produção democrática do direito, cientes de que o princípio majoritário perde seu potencial legitimador no momento em que a implementação de políticas públicas escapa do controle da maioria.

Segundo Capilongo, uma nova mentalidade na aplicação do Direito é necessária para romper com os resultados de “soma zero” que descreve, devendo o Judiciário deixar de atentar apenas às regras legais estabelecidas, ditadas pela representatividade de uma maioria, que nem sempre legisla de acordo com o que esta própria maioria gostaria que fosse legislado, observando-se, ainda, a relatividade dessa maioria (eleitores indiferentes), o que retira, muitas vezes, a legitimidade das próprias leis,⁴¹⁷ tendo como parâmetros os princípios constitucionais

A soberania popular, pois, é de especial importância para a caracterização do direito fundamental à inclusão social, especialmente pelo fato de que a efetiva vontade da maioria popular deve prevalecer na tomada das políticas públicas, sempre tendo como parâmetros os princípios constitucionais e os direitos e garantias constitucionais.

3.5..5 - Acesso à Justiça

Foi a necessidade de tornar a justiça acessível a todos, que impulsionou o movimento de acesso à justiça, afetando outros ramos do saber, como a Sociologia e a Economia.

A Constituição brasileira albergou o princípio do acesso à Justiça ao estabelecer, como visto acima, que a sociedade que quer construir é uma sociedade justa.

A expressão é vaga e permite duas acepções distintas: a primeira atribui ao termo “justiça” o mesmo sentido e conteúdo de “Poder Judiciário”; a segunda parte de

⁴¹⁷ *idem*

uma visão axiológica da expressão “justiça” e identifica o termo como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano. O acesso à justiça, pois, deixa de ser apenas o acesso ao direito de ação para refletir o direito à justiça social.

Acesso à justiça como acesso ao Poder Judiciário somente significa o acesso ao órgão encarregado da prestação da tutela jurisdicional, não importando, nesse tocante, qualquer consideração acerca do resultado do processo, o tempo de seu curso, sobre a sua efetividade e mesmo adequação da tutela.

Muito embora tal acepção não se mostre completa e não reflita o verdadeiro significado do acesso à justiça, não podemos desconsiderar que o antecedente lógico da prestação jurisdicional é o acesso ao órgão que irá prestá-la.

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco a esse respeito observam:

O princípio da inafastabilidade (ou princípio do controle jurisdicional), expresso na Constituição (art. 5º, inc. XXXV), garante a todos o acesso ao Poder Judiciário, o qual não pode deixar de atender a quem venha a juízo deduzir uma pretensão fundada no direito de pedir solução para ela. Não pode a lei ‘excluir a apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito’ (art. cit.), nem pode o juiz, a pretexto de lacuna ou obscuridade da lei, escusar-se de proferir decisão (CPC, art. 126)⁴¹⁸

A acepção do acesso à justiça como acesso ao Poder Judiciário se completa com a acepção que garante ao jurisdicionado uma tutela jurisdicional adequada ou acesso à ordem jurídica justa. Inexoravelmente o Direito, como o tempo, não pode ser estático devendo estar aberto aos hodiernos anseios da coletividade, sob pena de perder sua legitimidade.

Sem dúvida, não pode o universo, a humanidade, estar a serviço do Direito, ao revés, ele deve estar a serviço daqueles. Até porque o motivo da sua criação e aceitabilidade traduz-se no compromisso de garantir a convivência social e sua interação com o ambiente de forma sadia.

A propósito, ruma-se para o paradoxal insistir no contrário, pois, de todo

⁴¹⁸ Referencia (pp. 86/87).

improvável, que o Direito – para cumprir com seus escopos (convivência pacífica, felicidade, harmonia etc.) - consiga fazê-lo estando fechado às contribuições do saber de outras ciências e se não estiver aberto às atuais necessidades coletivas.

Muitas vezes, o acesso ao judiciário pode significar a esperança de se efetivar um direito fundamental e, assim, alcançar a concretude da justiça como ideal de vida.

O movimento de acesso à justiça ganhou maior destaque a partir da década de 1970, quando havia um projeto específico pra tanto, denominado “Projeto de Florença para o Acesso à Justiça”, por meio do qual juristas de todos os continentes relataram as experiências levadas adiante em seus respectivos países para a ampliação do acesso à justiça, e que tem como mérito não ser apenas um substrato de visão fechada de uma só ciência, pois além de envolver questões jurídicas no assunto, trouxe o enfoque de outras áreas do conhecimento como a sociologia, economia, política, antropologia e psicologia.

As lições de Mauro Cappelletti, citadas por Caio Mario Loureiro,⁴¹⁹ bem explicam o que significou o movimento de acesso à justiça como movimento de pensamento:

Como movimento de pensamento, o acesso à justiça expressou uma potente reação contra uma imposição dogmático-formalista que pretendia identificar o fenômeno jurídico exclusivamente no complexo da norma, essencialmente de derivação estatal, de um determinado país. O dogmatismo jurídico tem sido uma forma degenerativa do positivismo jurídico que levou não somente a uma simplificação irrealística do Direito, no que se refere ao seu aspecto normativo – *jus positum* – descuidando assim dos outros não menos essenciais elementos: sujeitos, instituições, procedimentos; mas tem levado também a uma não menos irrealística simplificação dos deveres e das responsabilidades dos juristas, juízes, advogados, estudiosos, deveres que segundo aquela impostação, deveriam limitar-se a um mero, asséptico, passivo e mecânico conhecimento e aplicação da norma na vida prática, no ensino e nas análises científicas. Nesta impostação formalista e degenerativa do positivismo jurídico, a interpretação da norma não é outra senão aquela do ‘resultado de um cálculo conceitual de estrutura dedutiva, fundado sobre uma idéia do ordenamento como sistema de normas fechado, completo e hierarquizado’. Com a doutrina do silogismo judicial, segundo o qual também a decisão é resultado objetivo de um cálculo dedutivo; como instrumento ‘seguro’ deste cálculo, ressaltou, o método sistemático-dedutivo que tem a dupla vantagem – pelo menos assim supõe a doutrina em exame – de garantir soluções ‘certas’ e ‘objetivas’ e de excluir a escolha subjetiva do Juiz. Não menos

⁴¹⁹ LOUREIRO, Caio Márcio. Ação civil pública e o acesso à justiça. São Paulo: Método, 2004, pp. 69 e 70

importante é o fato de que nesta impostação formalística, acaba por haver identificação do Direito positivo com a justiça, ou seja, que é o mesmo, uma recusa de avaliar o Direito positivo tendo como base os critérios de justiça, sociais, éticos, políticos e econômicos. (p. 69/70).

Vê-se que este movimento trouxe a necessidade de ser repensado o Direito, especialmente para adequá-lo aos anseios da sociedade, de maneira que não fosse visto como um sistema separado e estanque, mas sim como forma de realização e efetivação dos direitos fundamentais e humanos. Esta nova concepção do direito obrigou, conseqüentemente, a mudança na forma dos operadores do Direito atuar, já que não seria mais coerente a mera aplicação mecânica e automática da lei.

Com a mutação da sociedade, que passa a ter uma visão coletiva e não mais tão individualista, começa a mudar a posição do Estado também, passando ele a ter o ônus de responsabilidade sobre direitos sociais, assumindo uma posição ativa da indiferença. O acesso à justiça não mais se traduz em direito formal, mas fala-se em acesso efetivo à justiça, como o mais básico dos direitos humanos.

Ainda afirmam os autores que

no que concerne ao Brasil, vive-se hoje sob a égide do Estado Democrático de Direito e, como tal, o acesso à justiça deve se encarado sob o enfoque de seus fundamentos, objetivos e princípios, com os direitos e garantias fundamentais, todos consagrados no texto constitucional.⁴²⁰

Com relação aos obstáculos sociais e culturais, são constatados na medida em que se observa que a distância da população à prestação da justiça é tanto maior quanto menor o estado social e cultural, que está intimamente ligado ao fato econômico.

No contexto dos obstáculos socioculturais insere-se a falta de educação da população, o que a torna incapaz de compreender que vive em um Estado Democrático, onde o poder emana do povo e deve ser exercido a bem do povo e para ele, como também que se trata de obrigação do Estado colocar à disposição desse povo, meios que lhe garantam o acesso à justiça, bem como que existe um Estado-juiz com o encargo de lhe prestar a tutela jurisdicional.

⁴²⁰ CAPELETTI, Mauro. Acesso à Justiça, p. 84

De igual sorte, os obstáculos processuais ou formais, traduzidos em um apego ao tradicionalismo e formalismo injustificados, acabam por inviabilizar o acesso à justiça, motivo pelo qual se faz necessário repelir a forma pela forma.

Luiz Guilherme Marinoni, ao se referir à Constituição Federal brasileira, a qual fundou o Estado Democrático de Direito, menciona que

a jurisdição e o tema do acesso à justiça devem ser focalizados com base nas linhas do Estado Democrático de Direito. A jurisdição visando à realização dos fins do Estado; fins que tomam a liberdade e a igualdade em termos que diferem amplamente daqueles que influenciaram as mais prestigiadas teorias sobre a jurisdição. O acesso à justiça objetivando a superação das desigualdades que impedem o acesso, bem como a participação através do processo mediante paridade de armas, inclusive a participação do cidadão na gestão do bem comum, ponto, esse último, que também está entre os escopos da jurisdição.⁴²¹

Nesse ponto, como veremos no capítulo seguinte, a ação civil pública se coloca, hoje, como o grande instrumento para a concretização da justiça, tanto no conceito de acesso ao Poder Judiciário, como em seu contexto de acesso à justiça social concreta, ou à justiça da vida concreta digna.

ana

3.5.6 – Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana, a partir da Constituição Federal de 1988, foi erigida a fundamento e princípio fundamental da República e do Estado Democrático de Direito. Com isso, nas palavras de Fladimir Jerônimo Belinati Martins,

O exposto 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, 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. Enquanto valor inserto em princípio fundamental a dignidade da pessoa humana serve de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração de

⁴²¹ MARINONI..op.cit, p. 85.

todo o ordenamento jurídico, o que ressalta seu caráter instrumental.⁴²²

Difícil é fixar uma conceituação fechada desse princípio fundamental, pois segundo o autor em comento, amplo é o leque de possibilidades de sua atuação protetiva. Conclui no sentido de que

a dignidade efetivamente constitui qualidade inerente de cada pessoa humana que a faz destinatária do respeito e proteção tanto do Estado, quanto das demais pessoas, impedindo que ela seja alvo não só de quaisquer situações desumanas ou degradantes, como também lhe garantindo o direito de acesso a condições existenciais mínimas.⁴²³ (grifo nosso)

A dignidade da pessoa humana, nas palavras de Carmen Lúcia Antunes Rocha, deve ser analisada no contexto da realidade de cada ser humano, pois “cada qual dos seres presentes em sua humanidade como parte/membro da sociedade dos homens titulariza direitos que fundamentam a sua existência, tomada esta em qualquer das dimensões em que ela se projeta”,⁴²⁴ sendo que o direito será o instrumento de possibilitação do aperfeiçoamento do homem e da espécie para o benefício de todos.

Exatamente por isso, segundo a autora,

cada ser humano tem direito à vida digna em sua condição individual e em sua dimensão sociopolítica, plural, integralizada na espécie. No Brasil, a titularidade do direito – que é de todos – havido em sua posituação no art. 5º da Constituição da República expressa; a) que todos os homens, na fórmula da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, são sujeitos dos direitos fundamentais; b) que não apenas aos seres humanos se estende o princípio de igualdade jurídica, mas até mesmo aos seres criados no direito (pessoas jurídicas); c) que não apenas brasileiros e estrangeiros, previstos, expressamente, na redação do dispositivo, são titulares dos direitos fundamentais assegurados pelo Estado nacional, mas que todos os seres humanos titularizam tais direitos, porque o artigo tem de ser considerado em sua sistematização, e o parágrafo 2º do mesmo art. 5º contém que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou

⁴²² MARTINS, Fladimir J.B., op. Cit, p. 124

⁴²³ *Idem*, p. 127

⁴²⁴ *Op.cit.*, p. 55

dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".⁴²⁵

Pode-se, portanto, afirmar que todas as pessoas humanas são titulares de direitos fundamentais, segundo a sua condição que define os estatutos fundamentais e diferenciados em relação às pessoas humanas e às pessoas jurídicas.

Percebe-se que não basta o viver-existir. Há que se assegurar que a vida seja experimentada em sua dimensão digna, entendida como qualidade inerente à condição do homem em sua aventura UNIVERSAL.⁴²⁶

Segundo a autora mencionada, a pessoa projeta diferentes dimensões, as quais se compõem, politicamente, em status que se integram e se cumprem para a realização do destino individual e social de cada um e de toda a humanidade. O Direito manifesta, expressa, assegura e promove as condições para o aperfeiçoamento dessas dimensões. Faz isso em sua sistematização normativa, formulando estatutos jurídicos que se somam e se conjugam em épuras jurídicas que formam o conjunto dos direitos titularizados pela pessoa humana.

A pessoa dota-se de um estatuto de natureza individual, de um de natureza política, de um de natureza civil, de outro de natureza social, ajustando-se estas formações jurídicas no sistema que fundamenta as relações individuais, sociais e políticas. Cada qual destas projeções do ser e do viver humano é vislumbrada, cuidada, protegida, garantida e, quando for o caso, fomentada em suas condicionantes externas, pelo Direito, segundo princípios e regras jurídicas que se diferenciam em suas especificações, mas se identificam em seu fundamento primário, qual seja, a dignidade do ser humano.⁴²⁷

A escolha do legislador constituinte de conferir plena normatividade à dignidade humana está evidenciada na sua inserção na Carta Magna como princípio fundamental. Considerando que os princípios fundamentais são dotados de superioridade em relação aos demais princípios informativos do nosso ordenamento jurídico, a única conclusão que podemos tirar é que a dignidade da pessoa humana

⁴²⁵ *Op.cit.*, p. 78

⁴²⁶ *op.cit.*, p. 11

Formatado: Inglês (EUA)

Formatado: Inglês (EUA)

Formatado: Inglês (EUA)

Formatado: Inglês (EUA)

deverá orientar a interpretação de todas as normas jurídicas postas em nosso ordenamento. Nas palavras de Flademir Martins,

a dignidade da pessoa humana se apresenta como uma fonte aberta de proteção jurídica, não sendo casual o fato de que temas polêmicos sejam discutidos sob a ótica de seu conteúdo protetivo. A rigor, pudermos verificar que a incorporação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental na Constituição de 1988 representou um marco no constitucionalismo brasileiro, que, assim, se abriu a novas possibilidades hermenêuticas.⁴²⁸

Portanto, no sentido do direito fundamental à inclusão social, o princípio da dignidade humana tem vital importância, pois não basta à pessoa humana estar viva, mas também que esta vida tenha dignidade. Que possa viver esta vida dentro da sociedade que elegeu como local de exercer seu direito à vida. E a dignidade será alcançada quando o direito de viver dignamente se manifestar

em todos aqueles que tornam a vida processo de aperfeiçoamento contínuo e de garantia de estabilidade pessoal, compreendendo, além daqueles acima mencionados, o direito à saúde, à educação, à cultura, ao meio ambiente equilibrado, aos bens comuns da humanidade, enfim, o direito de ser com dignidade e liberdade.⁴²⁹

Em complemento a tudo o que já se viu no decorrer desta dissertação, é possível concluir, apropriando-nos das palavras de Carmen Lúcia Antunes Rocha, que
o

direito de viver é também o direito de ser: ser o que melhor pareça à pessoa de acordo com suas escolhas pessoais, sejam estas opções feitas pela própria pessoa ou por quem a represente (pais, responsáveis, etc.)
O conceito mais forte e denso (e tenso) do constitucionalismo contemporâneo parece ser exatamente o da dignidade. A respeito desse assunto nos manifestamos anteriormente e constatamos que há gente demais e humanidade de menos no mundo em que vivemos. Talvez não falte tanta humanidade quanto falte dignidade. Vivemos num mundo onde há enorme contingente de pessoas e óbvia carência de fraternidade.

⁴²⁷ *ibidem*, p.. 23

⁴²⁸ *idem*

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 26/27

O mundo cresceu, a população aumentou os problemas dos homens, também. A tecnologia evoluiu, tornou-se mais eficaz, mas busca ser o seu próprio fim. A produção – ou o seu produto – não se volta ao homem; antes, tenta fazer com que o homem se volte a ela. Se um dia o homem buscou humanizar a máquina, parece certo que atualmente acontece o inverso, ou seja, a tentativa da máquina de coisificar o homem.⁴³⁰

O homem só viverá em paz na sociedade em que inserido, quando todos os membros, inclusive ele próprio, forem vistos como “o mesmo”, e cada qual conseguir cumprir, plenamente, sua humanidade.

CAPÍTULO IV – AÇÃO CIVIL PÚBLICA E EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À INCLUSÃO SOCIAL

O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos.

(MARINONI)⁴³¹

4.1 - Processo e Inclusão Social

Bobbio⁴³² aponta que desde o aparecimento dos direitos políticos em prol da pessoa humana, houve grande evolução na consideração dos chamados direitos fundamentais. Além disso, a positivação, a generalização e a internacionalização dos novos valores representaram grande progresso para os sujeitos de direito. Observa o filósofo italiano, porém, que à medida que as pretensões de direito aumentam, a correlata efetivação desses direitos se torna cada vez mais difícil. Trata-se, na verdade, do conhecido problema da inefetividade dos direitos.

⁴³⁰ *idem*

⁴³¹ Bobbio, Norberto. A era dos direitos

⁴³² *op.cit.*

Assim, no estado democrático não é suficiente o estabelecimento dos direitos fundamentais, seja por normas constitucionais ou tratados internacionais (artigo 5º, parágrafo 2º, da Cf/88), mas se faz necessário, também, a sua efetivação no plano concreto, de forma que tais normas deixem de ser utopias e se concretizem em normas de direito de vida concreta. Nesse passo, o processo judicial se mostra o grande meio de obtenção desta efetividade, fixando-se como verdadeiro instrumento de consagração do acesso à justiça.

No entanto, este processo não poderá se limitar à roupagem do processo clássico individual, posto que os direitos fundamentais têm por destinatários grupos de pessoas que não são os mesmos da época histórica em que foi pensado e instituído o modelo processual individual. Deverá buscar uma roupagem própria e adequada.

O regular e adequado acesso à tutela jurisdicional, com o estabelecimento de meios, formas, técnicas processuais e jurisdicionais de tutela compatíveis com os direitos a serem protegidos, acompanhando sempre sua evolução com modelos processuais novos e modernos, leva, ao final, ao acesso à própria Justiça social.

Nas palavras de Clayton Maranhão, “muito se tem discutido sobre a instrumentalidade substancial do processo civil”, defendendo o autor “que todo cidadão tem direito à tutela jurisdicional efetiva e adequada”, bem como que o “Estado-jurisdição há de estar dotado de técnicas processuais efetivas e adequadas – e, mais do que isso, há que estar consciente na utilização de tais técnicas”⁴³³, tudo isso como forma de oferecer justiça efetiva à população, posto que

por intermédio dessas novas formas e técnicas de tutela é possível pensar-se em eficiência no acesso à Justiça, na realização jurisdicional dos direitos humanos e na consecução de uma das principais aspirações da nação brasileira que é a sua emancipação social.⁴³⁴

Como afirmado por Caio Márcio Loureiro, o processualista moderno deve se preocupar também com a interpretação da lei substancial mediante critérios finalísticos e axiológicos, levando em conta valores hodiernos, para que ele seja sempre “um

⁴³³ Tutela jurisdicional do direito à saúde (arts 83 e 84), Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, Volume 7. São Paulo: RT, 2003, p. 23/24

⁴³⁴ Maranhão, op. Cit., p. 24

canal de comunicação entre os valores do seu tempo e os casos em julgamento. Tudo em prol da justiça substancial do caso concreto.”⁴³⁵

A visão social do processo, como instrumento político de efetivação do próprio direito é o grande desafio a ser vencido, na construção de uma nova justiça no Brasil, dentro da perspectiva da universalização do direito. Por isso, o processo não é apenas um instrumento técnico. Tem-se destacado repetidamente o seu conteúdo ético, como instrumento que permite à jurisdição a realização de seus escopos sociais e políticos. Estes, para que sejam legítimos, necessitam representar as verdadeiras aspirações da sociedade e exprimir os seus reais critérios de justiça, de forma a alcançar a justiça da vida concreta digna.⁴³⁶

Como bem afirmado por Paulo Bonavides,

Nem todo sistema de normas postas pelo estado é, por conseguinte, direito; não é se lhe falecer a ética da justiça que faz a dignidade do ser humano nas relações sociais, porquanto representa e configura e confirma o poder da razão e da consciência.⁴³⁷

Tal perspectiva ganha especial relevância quando se trata dos direitos fundamentais, mais especificamente do direito fundamental à inclusão social aqui tratado, pois como visto anteriormente, o Estado, responsável pela obrigação⁴³⁸ de prover o desenvolvimento igualitário de toda a sociedade e especificamente de propiciar a inclusão social dos segmentos minoritários e desprotegidos da população, cumpre seu objetivo pela prestação de serviços públicos essenciais. E tais serviços

⁴³⁵ op.cit., p. 103

⁴³⁶ veja, nesse sentido, o capítulo II deste estudo, Direito e Justiça

⁴³⁷ BONAVIDES, Paulo. Prefácio da obra Controle Jurisdicional da administração Pública, MORAES, Germana de Oliveira, São Paulo, 2004, Dialética, p. 8

⁴³⁸ A respeito da obrigação de fazer e não fazer do Estado cabe a leitura do item 5.1 *As Obrigações de Fazer e Não Fazer do Estado* da obra de MOREIRA DE PAULA, Jônatas Luiz. *A Jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. Barueri: Editora Manole, 2002. Afirma o autor que “não se pode, simplesmente, transpor a estrutura civilista da relação jurídica obrigacional de fazer e não fazer à esfera pública, a despeito de os verbos *fazer e não fazer* apresentarem a mesma atividade comissiva – agir - ou comissiva por omissão – não fazer – e tais condutas são exigíveis do Estado. No entanto, alguns conceitos elaborados dentro da teoria geral do direito podem ser estendidos face ao seu emprego universal. (...) A leitura do artigo 3º da CF não deixa dúvidas: é dever do Estado, inclusive da Jurisdição, realizar a justiça social.”

públicos essenciais são prestados através do estabelecimento das chamadas políticas públicas⁴³⁹.

Exatamente por isso a efetivação do direito fundamental à inclusão social, visto este último como um direito de massa, coletivo, ou seja, um direito supra-individual do cidadão, um direito além do individual, deve dar-se por uma tutela jurisdicional própria, mediante processo sem entraves econômicos e formais – exigíveis apenas se indispensáveis -, cumprindo, assim, mandamento constitucional de pleno acesso à jurisdição como forma de concretização da justiça social, objetivo último do Estado Contemporâneo.

Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, a modernidade do direito processual está exatamente no incentivo às ações coletivas. Afirmo a processualista que

“ações coletivas (...) eis aí a modernidade do direito processual brasileiro, cuja novidade consiste na estrita fidelidade ao método científico, mas conciliando-o e fundindo-o com as preocupações sócio-políticas.”⁴⁴⁰

Assim também entende Eduardo Appio, para quem

A tutela jurisdicional coletiva é, portanto, vocacionada a discutir o tamanho do Estado e o grau de sua intervenção na economia, especialmente no tocante aos serviços públicos concedidos. À iniciativa privada, considerando-se o fato de que ‘o processo tradicional representa uma desvantagem dificilmente superável para a tutela dos interesses supra-individuais’, impõe-se um novo modelo de tutela coletiva, forjado na superação do paradigma individual-dispositivo e vocacionado à efetividade. O conceito de cidadania, na pós-modernidade, não elide a responsabilidade do Estado Nacional de prover os serviços indispensáveis para a sobrevivência das classes sociais excluídas do mercado de consumo. A cidadania se encontra atrelada à prestação de serviços públicos aos mais necessitados, bem como ao efetivo controle dos atos da administração pública na gestão dos recursos coletivos.⁴⁴¹

⁴³⁹ Já tratamos deste assunto no capítulo III.

⁴⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em evolução*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro, Editora Forense Universitária, 1988, p. 19

⁴⁴¹ Appio, Eduardo. *A Ação Civil...*, p. 25/26

Nesse diapasão, considerando que na proteção do direito fundamental à inclusão social o grande demandado é o próprio Estado, pelo descumprimento das suas obrigações constitucionais e má execução de políticas públicas, sustenta-se, aqui, que a ação civil pública ou coletiva⁴⁴² é o grande instrumento processual capaz de efetivá-lo. Tal se dá porque, como visto antes, entre as demandas coletivas a ação civil pública é a que tem especial objetivo constitucional, podendo democratizar o acesso à justiça se puder contar com um Ministério Público livre e um poder judiciário mais consciente do seu papel constitucional e da sua função social.

Mas a questão não é tão simples quanto parece, posto que

O uso da ação civil pública enquanto instrumento para a imposição ou implementação de políticas públicas consiste numa das mais interessantes e tormentosas questões relacionadas à tutela dos interesses difusos e coletivos. Quando pode o Poder Judiciário determinar que o Estado implemente políticas públicas? Como e quanto pode (se é que pode) uma sentença judicial determinar a realização de obra ou política pública para assegurar direito difuso ou coletivo? Até onde pode uma ordem judicial “invadir” o âmbito da discricionariedade dos atos políticos de governo? (...)⁴⁴³

4.2 - Da Ação Civil Pública

A importância da ação civil pública já era percebida antes mesmo da sua inclusão na Constituição Federal de 1988. Porém, foi com a promulgação da Constituição Federal que ela extrapolou o seu sentido inicial de mero instrumento processual, desconhecido para muitos, para se transformar em instrumento de proteção dos direitos difusos e coletivos. Lúcia Valle Figueiredo anota que

A ação civil pública, na nossa constituição, pode ser encontrada, de maneira clara, como embrião do garantismo social, que se pretendeu ver implantado.

⁴⁴² apenas para facilitar a visualização da diferença entre uma e outra, como se dá na prática, definimos que a primeira é a ação civil que tem no pólo ativo o Ministério Público e na Segunda os demais legitimados.

⁴⁴³ MACEDO JR, Ronaldo Porto. Ação Civil Pública, o direito social e os princípios. *In* A Ação Civil Pública após 20 anos; efetividade e desafios.,Coord. Edis Milaré, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 559

(...)

Verificamos, portanto, que os bens tutelados por meio da ação civil pública têm alto teor de importância para a coletividade.⁴⁴⁴

Entre as ações coletivas, a que mais se aproxima do ideal de efetividade dos direitos fundamentais da população excluída é, certamente, a ação civil pública. É chamada "pública" exatamente porque defende bens que compõem o patrimônio social e público⁴⁴⁵, assim como os interesses difusos e coletivos da sociedade⁴⁴⁶, pois é um "instituto criado com o escopo de tornar o direito mais justo e efetivo", é o "instrumento por excelência da viabilização do acesso à justiça".⁴⁴⁷

A primeira lei que tratou da ação civil pública foi a Lei Complementar Federal nº 40/81 (Lei Orgânica do Ministério Público), que elencou entre as funções institucionais do Ministério Público a promoção da ação civil pública, sem, no entanto, defini-la. Apenas no ano de 1985, com a Lei nº 7.347, é que o instituto recebeu disciplinamento legal, vindo, em 1988, a receber regramento constitucional.

"A lei n. 7.347/85, que regulamentou a ação civil pública, reflete a preocupação com a exigência da efetividade do processo. É um instrumento cujo escopo é fazer com que o processo civil cumpra sua função de resguardar a harmonia das relações sociais. A instrumentalização deste instituto representa a possibilidade de assegurar o resultado da jurisdição."⁴⁴⁸

No art. 1º da Lei 7.347/85, a ação civil pública é definida como sendo o instrumento processual adequado para reprimir, impedir ou ressarcir danos ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e por infrações à ordem econômica e economia popular⁴⁴⁹. Segundo este artigo a ação civil pública protege os interesses

⁴⁴⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Ação Civil Pública – Gizamento Constitucional e Legal. *In* A Ação Civil Pública após 20 anos; efetividade e desafios., Coord. Edis Milaré, São Paulo, p. 346 e 349.

⁴⁴⁵ Para Gianpaolo Poggio Smanio, Ação Civil Pública "é aquela que tem por objeto os interesses transindividuais ou metaindividuais". SMANIO, Gianpaolo Poggio. Interesses difusos e coletivos. 3ª Ed. São Paulo: Atlas S.A, 1999, p. 110.

⁴⁴⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 228.

⁴⁴⁷ GUERRA, Isabella Franco. Ação Civil Pública e o Meio Ambiente. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.83

⁴⁴⁸ Guerra, idem, p. 89

⁴⁴⁹ Importante observar que o parágrafo único do artigo 1º excepciona algumas matérias, para as quais não poderá ser utilizada a ação civil pública, sendo elas situações que envolvam tributos, contribuições

difusos da sociedade, não sendo meio adequado para amparar direitos individuais, nem à reparação de prejuízos causados a particulares pela conduta, comissiva ou omissiva, do causador do dano.⁴⁵⁰ Já o artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor prevê que poderão ser defendidos, também pela ação civil pública, os interesses e direitos dos consumidores.

Percebe-se que a edição do Código de Defesa do Consumidor ampliou a aplicabilidade da ação civil pública, seja para as questões protetivas dos consumidores, seja para a possibilidade da proteção dos direitos individuais homogêneos.

Não cabe aqui esmiuçar todos os direitos e interesses passíveis de serem defendidos pela ação civil pública, mas tão somente indicar seus âmbitos de proteção, especialmente o fato de que, através da ação civil pública é possível proteger uma relação desigual, onde o indivíduo é a parte hipossuficiente. Este cidadão, caso postulasse individualmente em juízo, estaria exposto à lentidão, onerosidade e burocracia existentes no poder judiciário. Quando se viola um direito coletivo é importante que este seja protegido através da ação civil pública, e não que cada indivíduo afetado deva socorrer-se do judiciário individualmente. Desta forma, é possível um equilíbrio entre as forças das partes envolvidas na demanda.

Alguns obstáculos devem ser afastados, para que a ação civil pública venha a cumprir seu papel constitucional, especialmente o de ser o instrumento para a efetividade do direito fundamental à inclusão social., posto que “a pacificação social também depende deste *foro* de decisão para a implementação dos direitos metaindividuais”.⁴⁵¹

Por meio da ação civil pública será possível implementar direitos fundamentais passíveis de efetivação, e que, inexplicavelmente e de forma injustificada, são negados ao corpo social.⁴⁵²

previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. ([Redação dada pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001](#))

⁴⁵⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 152.

⁴⁵¹ ALONSO JR., Hamilton. Ação civil pública e Ampliação do objeto e direitos fundamentais. *In A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios.*, Coord. Edis Milaré, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 219

⁴⁵² *Ibidem*.

É da essência da ação civil pública, diante do vasto objeto acima indicado, servir de instrumento de efetividade dos direitos fundamentais, como bem mencionado por Hamilton Alonso Jr., porém é necessário que se dê ao instituto o alcance estabelecido na Constituição Federal e nas normas acima mencionadas.

4.3 - Do objeto da ação civil pública

Atualmente, a ação civil pública é o instrumento mais moderno e democrático de tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, unindo a preocupação com a ciência jurídica com a preocupação sócio-política, se revestindo de características democráticas, onde a ação judicial passa a ter um mesmo conteúdo para todos aqueles que se inserem na mesma situação concreta, independentemente de condições econômicas melhores ou piores.

Caio Márcio Loureiro entende a ação civil pública como sendo ação coletiva e instrumento processual que tem por escopo a tutela de interesses não penais, trazendo como objeto de seu pedido a tutela jurisdicional de interesses coletivos “lato sensu” (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos).⁴⁵³

Para Eduardo Appio, o objeto das ações civis públicas

consta, basicamente, do art. 1º e incisos da Lei 7.347/85 (LACP), bem como no art.81, parágrafo único, da Lei 8.078/90 (CDC), e ambas retiram seu fundamento de validade normativa no art. 24, VIII, XIV e XV, da CF/88. Muito embora tenhamos outras fontes normativas que irão definir os objetos a serem tutelados através das ações civis públicas, o núcleo está centrado nestas duas leis as quais consistem num sistema protetivo dos direitos coletivos.⁴⁵⁴

Já Arruda Alvin observa que

⁴⁵³ *Op.cit.*, p. 123

⁴⁵⁴ APPIO, Eduardo. A ação civil pública no estado democrático de direito. Curitiba: Juruá, 2005, p. 52.

As situações suscetíveis de serem objeto de proteção coletiva não se esgotam na Lei da Ação Civil Pública nem no Código de Defesa do Consumidor, mesmo porque a própria Constituição Federal fornece um pano de fundo a esta ampla proteção a situações coletivas. Essas situações se encartam numa renovada visão da estrutura da sociedade, reconhecendo o papel dos grupos sociais e prestigiando-os.⁴⁵⁵

Nessa altura, cabe uma breve definição do que seriam os chamados direitos ou interesses supra-individuais. Pelo nosso ordenamento, eles se dividem em interesses difusos, interesses coletivos e direitos individuais homogêneos, constatando desde logo que tais definições guardam paralela correlação com a definição dada por Bobbio às gerações de direitos.

O tratamento legal a estes conceitos é encontrado no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor. Segundo o referido artigo, são **interesses ou direitos difusos** “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”; e são **interesses ou direitos coletivos** “os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”; e, ainda, são **interesses ou direitos individuais homogêneos** “os decorrentes de origem comum”.

É possível desde logo afirmar, diante do disposto nos artigos 5º, inciso XXXV, 24, incisos VII, XIV e XV, 127 e 129, inciso III, da Constituição Federal de 1988, que o objeto de proteção da ação civil pública é a tutela de quaisquer direitos supra-individuais, não sendo limitado à proteção dos direitos transindividuais previstos nos incisos do artigo primeiro da Lei nº 7.347/95, que se referem ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, à infração da ordem econômica, economia popular e à ordem urbanística, não sendo, pois, um rol taxativo. É também regido pelas normas constitucionais que instituem os direitos fundamentais e por leis infraconstitucionais.⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ ALVIN, Arruda. Ação Civil Pública e proteção às situações coletivas. *In* A Ação Civil Pública após 20 anos; efetividade e desafios., Coord. Edis Milaré, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 76

⁴⁵⁶ Podemos mencionar as seguintes leis 7.853/89 (apoio as pessoas deficientes e sua integração social), 7.913/89 (Responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários), 8.080/90 (saúde), 8429/92 (sanções aos agentes públicos por improbidade administrativa), 8.884/94 (prevenção e repressão as infrações contra a ordem econômica), 10.257/2001 (diretrizes gerais da política urbana) e 10.741/2003 (Estatuto do Idoso)

Na definição dos objetos jurídicos a serem tutelados através das ações coletivas não se pode olvidar o conteúdo político da opção feita pelo constituinte de 1988 em prol da construção de uma sociedade justa, livre e solidária, mas acompanhada do desenvolvimento nacional (CF/88, art. 3º, I e II). A proteção de bens de natureza transindividual, além de assegurar o amplo acesso à Justiça, tem por finalidade garantir a integridade de bens indispensáveis ao desenvolvimento nacional e à qualidade de vida dos cidadãos.⁴⁵⁷

Conclui-se, portanto, que os interesses difusos são valores indisponíveis, de ordem pública e cogente, que excedem o âmbito meramente individual das pessoas; pertencem a todos, não possuindo apenas um titular.⁴⁵⁸

Sob o aspecto processual, o que caracteriza os interesses supra-individuais, ou de grupo, não é apenas o fato de serem compartilhados por diversos titulares, reunidos pela mesma relação jurídica ou fática, mas, mais do que isso, é a circunstância de que a ordem jurídica reconhece a necessidade de que sua defesa individual seja substituída por uma defesa coletiva, em proveito de todo o grupo, até mesmo como forma de cumprir o mandamento constitucional da igualdade material.

Em vista das características da ação civil pública, especialmente do fato de que ela pode defender os direitos fundamentais, inclusive em situações de omissão, é possível concluir que à interpretação de seu objeto aplica-se o princípio da máxima efetividade. Segundo J. J. Gomes Canotilho,

“Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. (...) é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).”⁴⁵⁹

⁴⁵⁷ Op.cit., p. 38

⁴⁵⁸ Segundo Hugo Nigro Mazzilli, esses interesses se situam entre o interesse público e o interesse privado, pois se referem a um grupo de pessoas (como os condôminos de um edifício, os sócios de uma empresa, os membros de uma equipe esportiva, os empregados do mesmo patrão). São interesses que excedem o âmbito estritamente individual mas não chegam a constituir interesse público. (Mazzilli Hugo Nigro, A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, Saraiva, 12ª Edição, 2000)

⁴⁵⁹ (CANOTILHO, 1993, p. 227)

No limite contido deste trabalho, é de se defender que quando se trata de defesa de direitos fundamentais, a interpretação, tanto do direito material quanto do direito adjetivo, deve ser a mais ampla possível.

Por isso, através da ação civil pública é possível proteger os direitos fundamentais, ainda que a violação aconteça em face da omissão do Poder Público, pois a ação civil pública pode e deve revelar controle de constitucionalidade difuso, onde a decisão proferida não terá eficácia “*erga omnes*”.

Vista disso, não há porque apoiar a posição de parte da nossa jurisprudência, de que no tocante à omissão do Poder Público em dar efetividade aos direitos fundamentais, seria inadequada a utilização da ação civil pública, por equiparar-se à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, declaração essa de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, ou ainda, quando necessária a edição de uma regra integrativa, ao próprio mandado de injunção. Adepto desta posição é o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, que entende que

as especificidades desse modelo de controle, o seu caráter excepcional, o restrito deferimento dessa prerrogativa no que se refere à aferição de constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal em face da Constituição Federal apenas ao Supremo, a legitimação restrita para provocação do Supremo – somente os órgãos e entes referidos no artigo 103 da Constituição estão autorizados a instaurar o processo de controle -, a dimensão política inegável dessa modalidade, enfim, tudo leva a se não recomendar o controle de legitimidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição, no âmbito da ação civil pública.⁴⁶⁰

Ousamos discordar do Ministro Gilmar Mendes. Mesmo que a pretensão do autor da ação civil pública envolva a declaração da inconstitucionalidade⁴⁶¹ por omissão ou a integração normativa através de um provimento jurisdicional, ainda assim não estaríamos frente a uma hipótese de inadequação da via processual eleita, posto que o fato da Constituição admitir o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, - que revelam formas de acesso à jurisdição constitucional concentrada - não retira do Poder Judiciário como um todo, inclusive dos Juízes de Primeira Instância, a possibilidade de exercer a jurisdição constitucional

⁴⁶⁰ MENDES, Gilmar. Ação civil pública e controle de constitucionalidade. *In* A Ação Civil Pública após 20 anos; efetividade e desafios., Coord. Edis Milaré, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 205.

⁴⁶¹ “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, fundamentada em inconstitucionalidade de lei, na qual opera-se apenas o controle difuso ou *incidenter tantum* de constitucionalidade. Precedente”, *in* STF, AI-AgR 504856/DF, DJ 08/10/2004, p.p.18, relator Ministro Carlos Velloso.

através do controle difuso. Isso porque a ação civil pública não tem por objeto a simples declaração de inconstitucionalidade por omissão ou de criar regra integrativa, mas sim o reconhecimento de um direito e a sua aplicação de forma concreta àqueles que se encontram sob a situação de subsunção à norma constitucional.

O que é vedado ao autor da demanda sob comento é a sua propositura apenas para declarar a inconstitucionalidade por ato omissivo ou comissivo do Poder Público, mas se a declaração for *incidenter tantum*, nenhum óbice há à sua adequação. Neste sentido o entendimento do Supremo Tribunal federal, para quem “nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, **incidenter tantum**, de lei ou ato normativo federal ou local.”⁴⁶²

Este também, o entendimento da jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça, que se posiciona no sentido de que na ação civil pública é possível constar pedido para a declaração de inconstitucionalidade de determinada norma, desde que não configure pedido principal, mas sim pedido meramente incidental. Nesse sentido: “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, fundamentada em inconstitucionalidade de lei, exercendo o controle difuso ou “incidenter tantum” de constitucionalidade”.⁴⁶³

Deve ser repudiada, pois, a interpretação no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade não pode ser objeto de ação civil pública, sob pena da demanda tomar ares de ação direta de inconstitucionalidade, com usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, diante do efeito “*erga omnes*” da coisa julgada.

O argumento não procede, como visto acima, na medida em que nosso sistema de controle de constitucionalidade admite tanto a forma concentrada,

⁴⁶² In STF, RE 227.159-4/Go, Data da Decisão: 12/3/2002, relator Ministro Néri da Silveira, DJ 17.5.2002, Ement. 2069-3

⁴⁶³ STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL - 419781, Processo: 200200286340 UF: DF Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 19/11/2002 Documento: STJ000467759 Fonte DJ, DATA:19/12/2002 PÁGINA:339 . No mesmo sentido: “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PEDIDO DE CONDENAÇÃO DO DF A NÃO CONCEDER TERMOS DE OCUPAÇÃO EM QUADRA RESIDENCIAL DE BRASÍLIA, SOB ALEGAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI DISTRITAL 754/94. EXERCÍCIO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIAS, TANTO DOS ÓRGÃOS QUE DETÊM INICIATIVA PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, QUANTO DAQUELES QUE DETÊM A INCUMBÊNCIA DE JULGÁ-LA, JÁ QUE PRESERVADA A APLICAÇÃO DA NORMA A TODAS AS DEMAIS SITUAÇÕES E PESSOAS A QUE SE DESTINA — RESULTADO DISTINTO, PORTANTO, DAQUELE QUE SE PODERIA OBTER PELA VIA DO CONTROLE CONCENTRADO. PRECEDENTE DO STJ EM CASO IDÊNTICO. VOTO PELO PROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL” (STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Classe: AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO

efetivada pelo Supremo Tribunal Federal pelos meios postos previamente pela Magna Carta, quanto a difusa, exercida por todo o Poder Judiciário. Com isso, todos os juízes de primeiro grau exercitam parcela da chamada jurisdição constitucional, ainda que como fundamento de decidir, podendo até reconhecer violações a normas constitucionais, mesmo que mediante recurso haja a manifestação final sobre o tema pelo Supremo Tribunal Federal.

4.4 – Legitimidade para a propositura da Ação Civil Pública

O Código de Processo Civil determina que para propor uma ação a legitimidade ativa é requisito indispensável (artigos 3º e 6º). Esta, por sua vez, normalmente se refere somente àquele que possui interesse ou relação com o objeto da lide ou com a demanda judicial, para ser parte na relação jurídica. Verifica-se que na ação civil pública há um rompimento com o processo civil tradicional, pois nela nem sempre coincidem as figuras do titular do interesse e do legitimado, que é aquele a quem a lei confere o poder de agir.

Ocorre que, na ação civil pública, o legislador estipulou, taxativamente, quem são os legitimados para propor a ação coletiva. E estes legitimados não são detentores do direito ou interesse que se busca proteção.⁴⁶⁴ No caso da ação civil pública, o cidadão não tem legitimidade para a sua proposição, restando-lhe a ação popular, que constitui instrumento hábil para fazer valer os seus direitos de cidadão, especialmente contra a utilização de políticas públicas equivocadas ou que gerem despesas públicas indevidas.

Desta forma, a legitimidade para o exercício da ação civil pública deverá estar prevista em lei, expressamente.

Como ensina Édis Milaré,

⁴⁶⁴ Veremos, a seguir, a questão da classificação da legitimação para a propositura da ação civil pública

De início, entendia-se que quando se falava em 'Ação Civil Pública' se queria em verdade referir ao problema de legitimação, e não ao direito substancial discutido em juízo. Ação Civil Pública, então, era aquela que tinha como titular ativo uma 'parte pública – 'o Ministério Público.

Depois, porém, com a edição da Lei n.º 7.347/85, que conferiu legitimidade para a Ação Civil Pública da tutela de alguns interesses difusos não só ao Ministério Público, mas também às entidades estatais, autárquicas, paraestatais e às associações que especifica, não há mais exclusividade na atuação do Ministério Público como parte ativa."⁴⁶⁵

No plano da legitimidade, o Ministério Público é o primeiro e o único incondicionalmente legitimado para propô-la, recebendo a competência constitucional para a defesa dos interesses individuais e sociais indisponíveis, uma vez que as demais pessoas devem demonstrar possuir legítimo interesse para poder agir (demonstração da chamada pertinência temática), não podendo ir além daqueles interesses descritos na lei.

A previsão acerca da legitimidade para a propositura da ação civil pública, que não se esgota no Ministério Público, vem estampada no artigo 5º da Lei n. 7.347/85, bem como no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor.

Encontram-se, pois, legitimados concorrentemente para proporem a ação civil pública, além do Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, as autarquias, a empresa pública, a fundação, a sociedade de economia mista e as associações, desde que estejam constituídas há pelo menos um ano e incluam entre suas finalidades⁴⁶⁶ a proteção aos direitos e interesses definidos como passíveis de proteção pela demanda coletiva, dispensada a autorização assemblear.⁴⁶⁷

A esse rol vêm acrescidos os órgãos e entidades da Administração pública direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelas legislações indicadas. Por força do regramento constitucional vigente, também podem propor as ações coletivas os

⁴⁶⁵ MILARÉ, Edis. Ação Civil Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995., p. 5 e 6

⁴⁶⁶ Entretanto, há posições em contrário à disposição legal, entendendo pela possibilidade de uma associação, sociedade civil ou fundação promover a ação civil pública mesmo quando não haja a expressa previsão literal de proteção àqueles direitos estampados meio ambiente e ao consumidor, por exemplo. Esta é a interpretação que deve prevalecer, posto que tratando-se de proteção aos direitos difusos e coletivos, o entendimento deve ser o mais amplo possível, como visto acima.

⁴⁶⁷ Dispõe o § 1º do artigo 81 que o requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

sindicatos e as comunidades indígenas (artigos 5º e 21 da LACP, 82 e 90 do Código de Defesa do Consumidor; 5º, inciso LXX, “b”; 8º, inciso II, e 232 da CF/88).

Inegável a intenção do legislador em adotar uma solução mista de defesa de tais interesses e direitos, atribuindo a legitimidade para propor a ação civil pública a vários órgãos públicos ou privados, exatamente em vista do entendimento de que quando dela se trate, as regras devem ser o mais alargadas possível. O fato de conferir legitimização às associações não governamentais para propositura de ações coletivas ou civis públicas, configura uma contribuição para melhor tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos e, ainda, retira do Estado um grande ônus, fazendo com que haja valorização da democracia participativa e melhor funcionamento da máquina pública, sem contar o enorme benefício trazido àqueles efetivamente tutelados por tais instituições.

Nesse passo, é de se observar que há grande discussão na doutrina e na jurisprudência sobre a classificação da legitimização para a propositura das ações coletivas, não sendo ela uníssona. Três posições são mais comuns: a) entendendo que se trata de legitimização ordinária; b) legitimização autônoma; e c) legitimização extraordinária.

Ora a doutrina entende que o autor destas demandas é substituto processual, pois atua em defesa de um direito que não lhe é próprio, que escapa de sua esfera privada; ora entendem que, ao contrário, as instituições e pessoas autorizadas a propor estas demandas coletivas são legitimados ordinariamente para ocupar o pólo ativo e há, também, quem sustente que se trata de legitimização autônoma para condução do processo ⁴⁶⁸.

Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, ao estudar a matéria, conclui seu estudo afirmando que o entendimento prevalente na jurisprudência é o de que a legitimização dos entes acima relacionados, para a propositura das demandas coletivas, é extraordinária. ⁴⁶⁹

Já Kazuo Watanabe, analisado a questão da legitimização das associações para demandarem sobre direitos difusos, afirma que a

⁴⁶⁸ BRAGA, Renato Rocha Braga. A coisa julgada nas Demandas coletivas, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000, p.110; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Ações Coletivas no direito comparado e nacional. São paulo, Editora Revista dos Tribunais; 2002, p. 244/248.

⁴⁶⁹ Idem, p. 244

“(...) associação que se constitua com o fim institucional de promover a tutela de interesses difusos (meio ambiente, saúde pública, consumidor etc.), ao ingressar em juízo, estará defendendo um interesse próprio, pois os interesses de seus associados e de outras pessoas eventualmente atingidas, são também seus, uma vez que ela se propôs a defendê-los, como sua própria razão de ser.”⁴⁷⁰

Em que pesem as posições em contrário, entendemos que a legitimação dependerá da espécie de tutela que se objetiva. Explico.

Cada esfera de direito ou interesses integrantes das categorias de direitos supra-individuais deve ser tratada de forma diferenciada. Assim, para a hipótese dos interesses individuais homogêneos e para os direitos coletivos, onde há o direito determinado ou determinável, respectivamente, a hipótese que se apresenta é a da figura da substituição processual (legitimação extraordinária), porque há realmente a defesa, em nome próprio, de direito alheio. Já no caso das demandas que envolvem direito difuso, quando este direito é de todos e de ninguém, especificamente, apresenta-se uma legitimação ordinária das instituições autorizadas, pela Constituição e pelo direito positivado, a representar toda a coletividade.

Não obstante a divergência estampada com a classificação da legitimação para a propositura da ação civil pública, resta concordar com o entendimento corrente de que a legitimidade ativa - extraordinária ou ordinária - é concorrente e disjuntiva, visto que todos os entes relacionados pela lei podem propor a demanda, atuando em separado ou conjuntamente, já que nenhum deles tem legitimação exclusiva.

Todavia, há uma particularidade a ser observada, pois caso um dos legitimados proponha a ação civil pública, os outros não poderão ingressar com outra demanda coletiva sob mesmo fundamento, porque estaria caracterizada litispendência. Isso sem esquecer que a propositura da ação civil pública por qualquer dos legitimados, não impede a propositura de ações individuais sobre o mesmo objeto, pelos indivíduos interessados diretamente na solução do litígio, fato este que não induz litispendência.

⁴⁷⁰ (WATANABE, 1984, p. 94)

Arruda Alvin bem sintetiza o assunto ao afirmar que a ação civil pública proporciona aos bens, interesses e direitos supra-individuais uma ampla proteção, pois

(...) o resultado exitoso da ação abrange a todos, com eficácia *erga omnes*, e só será julgada improcedente – com o predicado de obstar nova e idêntica ação – quando comprovadamente existir ilícito, i.e, dano ou obrigação de fazer ou não fazer (este o âmbito originário dos efeitos possíveis dessa ação).⁴⁷¹

Tal condição proporciona uma maior efetividade à ação civil pública, que não perderá sua essência nos melindres do processo civil editado para o trâmite das ações individuais. Ao contrário, dá uma maior proteção à demanda coletiva, levando a que o acesso à justiça se dê da forma mais ampla possível, beirando à igualdade judicial.

Exatamente por isso, entendemos que deve ela ser aprimorada para que um maior número de pessoas possa ter acesso à justiça, inclusive a social, através de um comando judicial único.⁴⁷² Uma medida que deve ser tomada neste sentido é a ampliação dos legitimados para propô-la, estendendo-a aos grupos sociais sem regularidade formal, mas que congregam interesses e direitos coletivos de seus membros. Exemplos desses grupos são o MST (Movimento dos Sem Terra), comunidades indígenas, ONGs não inscritas.

⁴⁷¹ Op. Cit. , p. 78

⁴⁷² Estão em andamento diversos projetos de lei visando a alterar estes documentos. Veja-se, nesse sentido, o PL n. PROJETO DE LEI Nº _____, DE 2006 (Da Comissão de Legislação Participativa)SUG nº 106/2005, Altera dispositivos da Lei nº 7.347, de 24 de Julho de 1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e dá outras providências. O Congresso Nacional decreta: Art. 1º Esta Lei altera a Lei nº 7.347, de 24 de Julho de 1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e dá outras providências. Art. 2º A Lei nº 7.347, de 24 de Julho de 1985, passa vigorar com a seguinte redação : "Art. 8º.....§ 3º Caso seja necessário poderá estabelecer determinações ao autor do fato considerado ilegal, bem como fixar multa pelo descumprimento ao determinado pelo ordenamento jurídico e expressamente pela legislação. § 4º Ao final , após concessão do direito de defesa, poderá aplicar as penalidades de advertência ou multa, conforme valores previstos em lei. § 5ºCaberá recurso com efeito suspensivo ao Conselho Superior, no prazo de dez dias, a contar da intimação do autor do fato. (NR) Art. 11.§ 1º Nas ações em que se questiona ato originário da função estatal, bastará a citação pessoal do ente responsável pela edição do mesmo, bem como notificação da autoridade responsável no prazo legal. § 2º Os eventuais beneficiários do ato administrativo serão notificados por edital, onde constará a resenha do caso e narrando a existência da demanda judicial e que os interessados poderão habilitar nos autos a qualquer tempo, mas na fase em que o processo se encontra. § 3º Os prejudicados que discordarem poderão ajuizar ação judicial questionando a ilegalidade do ato administrativo e eventual direito, mas deverão provar que têm o direito alegado ou que não se inserem na questão posta como ilícita. § 4º Os prejudicados com a anulação do ato administrativo e que agiram de boa-fé poderão pleitear indenização. § 5º Julgado nulo o ato administrativo e de forma irrecorrível, caberá ao órgão estatal providenciar a efetivação das anulações em até 60 dias. (NR) Art. 11-A: O Ministério Público poderá ajuizar ações coletivas na defesa de interesses individuais homogêneos desde que haja relevância social no objeto, onde caracterizaria um interesse coletivo pela extensão e pelo dever de defesa da ordem jurídica justa. Parágrafo único As ações de natureza coletiva têm caráter de direito social Art. 11-B: Nas ações na defesa do patrimônio público decorrente de atos ilícitos, caso o ente estatal interessado não tome as providências em 30 dias a contar da descoberta do fato, caberá ao Ministério Público a legitimidade ativa." Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação."

A formalidade exigida pela lei para a caracterização da legitimidade para a propositura da ação civil pública limita o acesso a esta espécie de garantia constitucional e impede a concretização do objetivo maior do instituto, que é o de possibilitar o verdadeiro acesso à justiça e de dar efetividade aos direitos fundamentais estampados na CF, entre eles o direito fundamental à inclusão social.

4.5 – Coisa julgada na ação civil pública

Na ação civil pública, a coisa julgada opera “*erga omnes*” e “*secundum eventum litis*”, conforme dispõe o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, que já representava tratamento adequado aos interesses tutelados por ela, e que veio a ser sistematizado com maior precisão pelo Código de Defesa do Consumidor, em seus arts. 103 e 104.

Com a nova disciplina trazida pela Lei nº 8.078/90, aplicada às normas já existentes na Lei 7.347/85, passou-se a ter as seguintes hipóteses possíveis no desfecho da ação civil pública:

a) O processo é extinto sem o julgamento do mérito, ou seja, por sentença terminativa: a decisão não fará coisa julgada material, mas apenas formal, a exemplo do que ocorre nas demais ações;

b) O pedido é julgado improcedente por deficiência de provas: a sentença, igualmente, não fará coisa julgada material, podendo o autor ou qualquer outro co-legitimado propor ação idêntica;

c) O pedido é julgado improcedente por outro motivo que não a eficiência de provas: a sentença fará coisa julgada material “*erga omnes*” (ou “*ultra partes*”), mas apenas em relação aos legitimados ativos para ação civil pública. Os interessados individuais, componentes do grupo determinado ou indeterminado de pessoas representado na ação civil pública, não serão atingidos pela autoridade da coisa julgada, valendo o princípio geral “*res inter alios iudicata nullum aliis facient*”;

d) O pedido é julgado procedente: a sentença fará coisa julgada “*erga omnes*” (ou “*ultra partes*”) em sua plenitude, inclusive para beneficiar os interessados, que não precisarão ajuizar ações para a defesa de seus interesses, bastando, para tanto, que

promovam a liquidação de seu crédito e a execução do mesmo (conforme art.103, §3.º; “in fine”, do CDC).

No campo da coisa julgada, ferrenha crítica deve ser dada à redação atual do artigo 16⁴⁷³ da Lei da Ação Civil Pública, que dispõe que "a sentença civil fará coisa Julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator (...)", especialmente quando conjugada com o artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor.

Mesmo que a lei não o dissesse expressamente, o tratamento dos direitos transindividuais demanda uniformidade, único modo de conferir, na expressão de André Carvalho Ramos, "substância ao princípio constitucional da universalidade da jurisdição e do acesso à justiça."⁴⁷⁴ Realmente, se os direitos cuja defesa é feita através de ação civil pública, em especial os difusos, têm em sua essência a indivisibilidade, como limitar os efeitos da coisa Julgada a uma área territorial restrita? Ou o direito existe, e é assim para todos, ou não existe.

Sobre a alteração trazida no artigo 16 da LACP, afirma Hugo Nigro Mazzilli que

a alteração foi infeliz e inócua. Confundiram-se limites da coisa julgada (a imutabilidade *erga omnes* da eficácia subjetiva e objetiva da sentença) com competência territorial (embora, na ação civil pública, a competência não seja territorial, e sim absoluta)... Ademais, a alteração incidiu apenas sobre a LACP, mas não alcançou o sistema do CDC. Ora, o CDC estabelece um sistema harmônico, que se integra à LACP, para a disciplina da coisa julgada nas ações civis públicas e coletivas, e este sistema dispõe corretamente sobre a matéria e ainda está mantido. E, enfim, a alteração legislativa causou grave incoerência, pois, não raro, a mesma matéria pode ser objeto de ação popular e ação civil pública e, na ação popular, não existe a mesma restrição que se quis impor no tocante à eficácia da sentença proferida em ação civil pública (produção de efeitos apenas nos limites da competência territorial do juiz prolator)."⁴⁷⁵

⁴⁷³ A alteração no art. 16 da Lei nº 7.347/85 foi veiculada pela Medida Provisória n. 1.570/97 e, posteriormente, pela Lei nº 9.494/97, cujo art. 20, todavia, em nada alterou a disciplina dos efeitos da coisa julgada nas ações coletivas, conforme regra expressa no artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, aplicável integralmente às ações civis públicas por força do disposto no art. 21 da Lei 7.347/85, não objeto de qualquer modificação pela indigitada lei.

⁴⁷⁴ *In* A Abrangência Nacional de Decisão Judicial em Ações Coletivas: o caso da Lei 9.494/97, RT 755, setembro de 1998, p. 113.

⁴⁷⁵ obra citada, págs. 344/345

Nesse mesmo sentido, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, na Reclamação 602-6, na qual o relator, Ministro Ilmar Galvão, concluiu:

“(...) inevitável é reconhecer que a eficácia da sentença, no caso, haverá de atingir pessoas domiciliadas fora de jurisdição do órgão julgador, o que não poderá causar espécie, se o Poder Judiciário entre nós, é nacional e não local. Essa propriedade, obviamente, não seria exclusiva da ação civil pública, revestindo, ao revés, outros remédios processuais, como o mandado de segurança coletivo, que pode reunir interessados domiciliados em unidades diversas da federação e também fundar-se em alegação de Inconstitucionalidade de ato normativo, sem que essa última circunstância possa inibir o seu processamento e julgamento em Juízo* de primeiro grau que, entre nós, também exerce controle constitucional das leis.”

Como bem entendeu o Supremo Tribunal Federal, aceitar a validade e eficácia da interpretação resultante da combinação dos dois dispositivos mencionados traz uma indevida limitação aos efeitos da coisa julgada no âmbito da ação civil pública, que o legislador constituinte não quis e que de maneira alguma interessa ao direito brasileiro.

A abrangência da coisa julgada das decisões em ações civis públicas, em se tratando da defesa de direitos difusos ou individuais homogêneos, operará “*erga omnes*”. Se assim é, tal deve se dar em face de todos que estejam sob a égide da situação fática, pois não há qualquer lógica que a eficácia se dê limitada a um grupo de pessoas em decorrência de um determinado espaço territorial.

A limitação da abrangência da coisa julgada, na verdade, confundiu competência com limites subjetivos da coisa Julgada, ferindo a garantia constitucional de tutela dos interesses transindividuais, de modo que não pode subsistir, sob pena de não se solucionarem adequadamente os conflitos coletivos e o que é pior, de impedir a concretização de seus objetivos constitucionais.

De fato, o efeito “*erga omnes*” da coisa julgada material na ação civil pública será de âmbito nacional, regional ou local conforme a extensão e a indivisibilidade do dano ou ameaça de dano, atuando no plano dos fatos e litígios concretos, por meio, principalmente, das tutelas condenatória, executiva e mandamental, que lhe

asseguram eficácia prática.⁴⁷⁶ Jamais será limitado, simplesmente, pelo território, sob pena de indevida limitação aos efeitos subjetivos da coisa julgada, o que é inadmissível, como asseveram Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, *in verbis* :

Confundiram-se os limites subjetivos da coisa julgada erga omnes, isto é, quem são as pessoas atingidas pela autoridade da coisa julgada, com jurisdição e competência, que nada têm a ver com o tema. (...) Não se trata de discutir se os limites territoriais do juiz de São Paulo podem ou não ultrapassar seu território atingindo o Rio de Janeiro, mas quem são as pessoas atingidas pela sentença paulista. O equívoco (...) demonstra que quem a redigiu não tem noção, mínima que seja, do sistema processual das ações coletivas. De outra parte, continuam em vigor os artigos 18 da LAP e 103 do CDC, que se aplicam às ações fundadas na LACP; por expressa disposição do CDC 90 e da LACP 21.⁴⁷⁷

Assim também se posicionou Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, afirmando que

Constatando que a eficácia *erga omnes* é problema de limites subjetivos da coisa julgada material, que, por sua vez, está atrelado ao critério da extensão e indivisibilidade do dano ou ameaça de dano (nacional, regional ou local), não tem consistência jurídica a limitação introduzida pela Lei nº 9.494/97 ao art. 16. da Lei nº 7.347/85.⁴⁷⁸

Frise-se, por fim, que entender de modo diverso equivale a contrariar a própria teleologia das ações coletivas, de garantir o acesso à jurisdição a um sem-número de pessoas que se encontram à margem da tutela jurisdicional bem como de evitar a sobrecarga do Poder Judiciário com milhares de ações versando sobre matéria idêntica. Entender restritivamente sobre o âmbito da coisa julgada impede a efetividade da ação civil pública e de seus objetivos constitucionais.

⁴⁷⁶ STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL - 403355 Processo: 200200024056 UF: DF Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA Data da decisão: 20/08/2002 Documento: STJ000452034 Fonte DJ DATA:30/09/2002 PÁGINA:244 Relator(a) ELIANA CALMON

⁴⁷⁷ NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade, *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, RT, 3ª ed., São Paulo, pág. 109

⁴⁷⁸ Yoshida, Consuelo Yatsuda Moromizato. Ação Civil Pública: Judicialização dos Conflitos e redução da litigiosidade. *In A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*, Coord. Edis Milaré, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 123.

Caio Márcio Loureiro, afirma que nas peculiaridades das características dos interesses coletivos e difusos sociais, o que torna pouco provável, ou até mesmo impossível, é a identificação de todos os interessados, em razão da indivisibilidade do bem jurídico. Pressupõe o sistema clássico de prestação da tutela jurisdicional que a imutabilidade da coisa julgada atinja as partes. Porém, como, pois, conceder tutela adequada a interesses coletivos “lato sensu”, neste sistema da coisa julgada? ⁴⁷⁹

Ora, se o legislador considerou a relevância do interesse em juízo, bem como sua transindividualidade e a indivisibilidade do bem jurídico, estabelecendo que: a) a deficiência de prova não poderia conduzir a coisa julgada; b) coisa julgada poderá ser “erga omnes” e “ultra partes”, dependendo da espécie de interesse coletivo lato sensu que se está tutelando; c) a coisa julgada será também in utilibus, podendo os lesionados individualmente, após fixado o dever de indenizar na sentença, aproveitar o julgado, bastando liquidá-lo e executá-lo; d) por fim, a sentença de improcedência não impede que os interessados lesionados individualmente proponham ação; não há dúvida que tratou corretamente os interesses coletivos lato sensu, fazendo com que o processo seja adequado e adaptado à natureza da causa.

4.6 - Do papel do Ministério Público nas ações civis públicas

A Constituição de 1988 foi um marco na organização do Ministério Público, sendo a redefinição do seu papel um dos grandes avanços da nossa Carta Magna. A defesa da sociedade, o cumprimento da lei e o combate à corrupção constituem destaques na atuação do Ministério Público, definido como *instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis* (artigo 127 da CF/88).

Nessa norma constitucional, além da definição constitucional do Ministério Público, como verdadeira instituição permanente essencial à função jurisdicional, confere-lhe, ainda, a incumbência de fiscalizar o cumprimento da Constituição e das leis, bem como a defesa da própria democracia e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, perante os poderes públicos.

⁴⁷⁹ op.cit, p. 203 et seq.

Tal preceito, por ser norma constitucional, que confere direitos ao povo e deveres a uma função essencial da soberania do Estado, deve ser interpretado da forma mais ampla possível.

As funções atribuídas ao Ministério Público pela Constituição de 1988 já eram parcialmente previstas de forma dispersa na legislação infraconstitucional, como no caso da ação civil pública, cuja legitimidade ativa foi atribuída ao Ministério Público pela Lei nº 7.347/85, com o objeto já mencionado acima.

Ressalte-se que a Lei da Ação Civil Pública não incluía expressamente a defesa de outros "interesses difusos e coletivos" e do "patrimônio público e social", lacuna suprida pelo disposto no inciso XI, do Art. 129, da Constituição Federal.

No inciso II do art. 129 da CF, o Ministério Público recebe o encargo de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, com a obrigação de promover as medidas necessárias à sua garantia. Já por conta do prescrito no inciso III do mesmo artigo, o Ministério Público tem legitimidade para "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos". Portanto, o Estado delega ao *parquet* o poder-dever de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Através das atribuições conferidas pelas normas constitucionais em comento, o Ministério Público foi habilitado à promoção de qualquer ação de defesa do patrimônio público-social, não se limitando àquela de reparação de danos, podendo agir, inclusive, preventivamente.⁴⁸⁰ Em síntese o papel constitucional do Ministério Público é o de fiscal da lei, guardião da Constituição e do regime democrático, ficando claro seu papel de "advogado da sociedade".

O Ministério Público, como "defensor da sociedade", desempenha o papel primordial na defesa dos interesses das partes mais fracas. Além disso, a atuação do Ministério Público visa impedir o desrespeito sistemático às normas Constitucionais, o que comporta grande relevância social.

⁴⁸⁰ (Veja-se, nesse sentido, os precedentes do STJ ED Resp 586307, Rel. Min. Luiz Fux, DJ DATA:28/03/2005 PÁGINA:191, AARESP 229226 / RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 07/06/2004; RESP 183569/AL, Rel. Min. Luiz Fux Primeira Turma, DJ de 22/09/2003; RESP 404239 / PR ; Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ de 19/12/2002; ERESP 141491 / SC ; Rel. Min. Waldemar Zveiter, Corte Especial, DJ de 01/08/2000).

Neste sentido, Nelson Nery Júnior observa que:

“(…) as normas do CDC são, ex lege, de ordem pública e interesse social (art. 1º, CDC). Ao definir o perfil institucional do Ministério Público, o art. 127 da CF diz ser o parquet instituição que tem por finalidade a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Assim, o ajuizamento, pelo Ministério Público, de ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos tratados coletivamente está em perfeita consonância com suas finalidades institucionais, sendo legítima a atribuição, ao Ministério Público, dessa legitimidade para agir, pelos arts. 81 e 82 do CDC, de conformidade com os arts. 127 e 129, IX, da CF.”⁴⁸¹

Não é demais acrescentar que o Ministério Público como defensor da democracia, Constituição, e demais leis vigentes, amparado pelos poderes que lhe foram conferidos pelo legislador constituinte, tem o dever, não só de fiscal da lei, mas também de representante dos interesses da coletividade, devendo protegê-los através da ação civil pública, inclusive na defesa dos interesses individuais homogêneos, utilizando-se da melhor interpretação do texto legal, cumprindo, assim seu papel constitucional.

Alerta Antonio Gidi que

O próprio Ministério Público, entretanto, deve permanecer atento para não promover ações coletivas que tutelem interesses genuinamente privados sem qualquer relevância social (...) sob pena de amesquinamento de relevância institucional do Parquet. Poder-se-ia mesmo dizer que, em casos que tais, o Ministério Público não teria interesse de agir.

Mas isso é válido não somente em relação à defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos, como também em relação à defesa coletiva dos direitos supraindividuais, notadamente os coletivos. Para legitimar a atuação do Ministério Público é preciso que haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido, para usar, analogicamente, as próprias palavras da lei (CDC, art. 82, parágrafo primeiro).⁴⁸²

⁴⁸¹ NERY JR, Nelson, NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 785

⁴⁸² autor citado, Coisa julgada e Litispêndência em ações coletivas, Saraiva, pág. 50/51

O poder conferido ao Ministério Público é tão sério que

Várias vezes em doutrina advogam que o Ministério Público é, em verdade, um 'quarto Poder', o Poder Fiscalizador, na medida em que a doutrina da tripartição dos Poderes do Estado, de Montesquieu, 'não dá conta' das complexidades e a especialização das funções no Estado brasileiro pós-moderno.⁴⁸³

Nesse passo, interessante discussão se coloca acerca da legitimidade do Ministério Público para propor ações protetivas de interesses individuais homogêneos.⁴⁸⁴

Não há qualquer dúvida, pois, quanto à legitimidade do Ministério Público em propor as ações civis públicas em defesa dos direitos e interesses difusos e coletivos. A dúvida que se põe está exatamente em relação a sua legitimidade para a defesa dos direitos e interesses individuais homogêneos através da ação civil pública. Parte da doutrina e parte da jurisprudência vinha entendendo que não possuía ele legitimidade para propor ação civil pública em defesa desta espécie de direito pois não havia qualquer menção a ela na Lei da Ação Civil Pública. Depois de anos de discussão sobre a matéria⁴⁸⁵, a jurisprudência evoluiu para aceitar a legitimidade do Ministério

⁴⁸³ APPIO, Eduardo. A ação civil pública no estado democrático de direito. Curitiba: Juruá, 2005, p. 170.

⁴⁸⁴ No que diz respeito à atuação no Ministério Público, o assunto já vem sendo decidido nos tribunais, em inúmeros acórdãos, sendo que alguns merecem destaque. STF: RE 163.231 – SP, DJ 5/3/1997; no STJ: REsp 38.176-2-MG - 4ª Turma do STJ - Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; Resp 108.577-PI, DJ 26/5/1997, e Resp 95.347-SE, DJ 1º/2/1999; : Resp 105.215-DF, DJ 18/8/97, e Resp 58.682-MG, DJ 16/12/1996; (no mesmo sentido: Superior Tribunal de Justiça. Resp 168.859-RJ. Relator: Ministro Ruy Rosado, julgado em 6/5/1999.

⁴⁸⁵ O Superior Tribunal de Justiça vinha se manifestando em jurisprudência majoritária que o *Parquet*, só poderia utilizar-se de ação civil pública para a tutela dos interesses individuais homogêneos visando a reparação dos danos pessoalmente sofridos pelos *consumidores* ou pelas *vítimas de produtos ou serviços* - não se subsumindo a tal hipótese, outras hipóteses de direito individual homogêneo, como as questões estatutárias dos servidores públicos, as questões tributárias ou outras inseridas no âmbito da disponibilidade jurídica não poderiam ser objeto da demanda coletiva, pois os interesses e direitos individuais homogêneos são divisíveis e *disponíveis*, na medida em que os interessados deles podem abrir mão se o desejarem.. Nesse sentido: “*Processual Civil. Ação Civil Pública visando impedir o aumento de imposto predial. Ilegitimidade do Ministério Público. A Lei nº 7.347/85 disciplina o procedimento da ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao consumidor (meio ambiente, etc.), incluindo sob a sua égide, os interesses e direitos individuais homogêneos. A lei de regência, todavia, somente tutela os “direitos individuais homogêneos” através da ação coletiva, de iniciativa do Ministério Público, quando os seus titulares sofrerem danos na condição de consumidores. O Ministério Público não tem legitimidade para promover a ação civil pública na defesa do contribuinte do IPTU, que não se equipara ao consumidor, na expressão da legislação pertinente, desde que, nem adquire, nem utiliza produto ou serviço como destinatário final e não intervém, por isso mesmo, em qualquer relação de consumo. In casu, ainda que se trate de tributo (IPTU) que alcança considerável número de pessoas, inexistente a presença de manifesto interesse social, evidenciado pela dimensão ou pelas características do dano, para perlarvar a legitimação do Ministério Público. Recurso a que se nega provimento. Decisão indisciplinada.*” (Recurso Especial nº 57.465/94-PR. 1ª Turma. Relator Ministro Demócrito Reinaldo. DJ de 19.06.95, p. 18.643) (grifei Outro acórdão tratando da mesma matéria. “*Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público. Ilegitimidade. O Ministério Público só tem legitimidade para promover ação pública civil na defesa de interesses difusos ou coletivos, sendo-lhe vedado valer-se desse instrumento para perfilar na defesa de direitos individuais afetos a determinado grupo. As atribuições do Ministério Público são as previstas na Constituição ou na lei, sendo defeso ao Estado conferir-lhe outras*

Público para a propositura da ação civil pública para a proteção de direitos individuais homogêneos quando, apesar de disponíveis os interesses ou direitos, envolverem eles evidente interesse social.

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça bem explicita a posição majoritária da jurisprudência acerca da legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação civil pública que envolva direitos fundamentais individuais homogêneos. Não é demais transcrever parte da sua ementa, pois absolutamente pertinente a tudo o que vimos discutido neste estudo até o presente momento, especialmente a importância da ação civil pública como instrumento de efetividade dos direitos fundamentais e do papel do Ministério Público na defesa dos direitos e interesses difusos e coletivos:

3. O novel art. 129, III, da Constituição Federal habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa do patrimônio público social não se limitando à ação de reparação de danos. 4. Hodiernamente, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da legitimação ad causam do MP para a Ação Popular, a Ação Civil Pública ou o Mandado de Segurança coletivo. 5. Em consequência, legitima-se o Parquet a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público (neste inserido o histórico, cultural, urbanístico, ambiental, etc), sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade). 6. Deveras, o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. (...) Nas ações que versam interesses individuais homogêneos, esses interesses transindividuais participam da ideologia das ações difusas, como sói ser a ação civil pública. A despatrimonialização desses interesses está na medida em que o Ministério Público não veicula pretensão pertencente a quem quer que seja individualmente, mas pretensão de natureza genérica, que, por via de prejudicialidade, resta por influir nas esferas individuais. 9. A indisponibilidade está exatamente na órbita de atingimento da decisão judicial a um grupo indeterminado de pessoas. Aliás, a ratio essendi do surgimento da ação civil pública foi exatamente a constatação que se empreendeu ao verificar-se que o cidadão isolado não teria aptidão para mover uma ação capaz de gerar decisão de tamanho espectro. (...) Pelo simples fato de o interesse ser supra-individual, por si só já é indisponível, o que basta para legitimar o Ministério Público para a propositura dessas ações. (...)⁴⁸⁶

(atribuições) através de convênio. Recurso provido. Decisão por maioria de votos." (1ª Turma. Recurso Especial nº 46.130/94-PR. Relator para o acórdão Ministro Demócrito Reinaldo. DJ de 20.06.94, p. 16.062).

⁴⁸⁶ Superior Tribunal de Justiça, EDResp n. 586307, Processo: 200301512700 UF: MT Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 08/03/2005, Documento: STJ000599598 Fonte DJ DATA:28/03/2005 PÁGINA:191 Relator(a) Ministro LUIZ FUX

A súmula nº 643 do Supremo Tribunal Federal espanca qualquer dúvida que tenha restado acerca da legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública envolvendo direitos individuais homogêneos, não obstante ter seus termos vinculação restrita à questão das mensalidades escolares (“O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública cujo fundamento seja a ilegalidade de reajuste de mensalidades escolares”), reconhecendo-se, com isso, a existência de evidente direito social à educação. Mas tal entendimento, à evidência, pode ser estendido a outras demandas propostas pelo Ministério Público e que tenham claro conteúdo social, especialmente demandas que envolvam questões de inclusão social.

Salientando haver interesses diversos, o Ministério Público tem legitimidade para defender os interesses individuais homogêneos, desde que esses interesses tenham repercussão social. Isto não quer dizer, todavia, que este órgão é obrigado a propor a ação civil pública. O juízo de necessidade, possibilidade e tipicidade é da Instituição, pois a legitimidade constitucional é disjuntiva e concorrente.

No mesmo sentido, leciona Renato Rocha Braga que “o Promotor tem legitimidade para defender direitos individuais homogêneos desde que sejam indisponíveis.”⁴⁸⁷

4.7 - Acesso à tutela jurisdicional justa

Como se viu acima, a ação civil pública se coloca, hoje, como o grande instrumento de acesso à ordem jurídica justa, garantindo-se ao jurisdicionado instrumentos adequados à tutela de direitos e à superação dos obstáculos que surjam para tanto, de maneira a conceder aquilo que for necessário e justo aos usuários do Poder Judiciário.

A ação civil pública surgiu primordialmente para viabilizar a defesa daqueles direitos sem autor, na feliz expressão de Cappelletti, ou, em outras palavras, daqueles que, por não possuírem um titular específico e identificável, ou serem de difícil judicialização individual, acabavam ficando

⁴⁸⁷ BRAGA, 2000, p. 63

alijados da tutela judicial, não obstante expostos a toda sorte de atentados próprios de um mundo massificado e altamente espoliador.⁴⁸⁸

Nestas condições, direito à tutela jurisdicional adequada significa, mediatamente, a garantia do acesso à justiça e, imediatamente, o direito a uma sentença que se revele útil e necessária para solução da lide. É direito a uma resposta adequada do Poder Judiciário, levando em conta a situação que lhe é apresentada. Assim, presta tutela jurisdicional adequada o Estado quando concede aquilo que é necessário e útil à pacificação social.

Com a análise do objeto da ação civil pública, restou evidenciado que qualquer espécie de providência jurisdicional pode ser veiculada na ação civil pública, para proteção de interesses coletivos “lato sensu”, sendo que as regras que regem o processo civil (e hoje também o penal) individual já não podem prevalecer nessas demandas. No plano processual, deve haver uma integração dos sistemas processuais da Lei da ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, em substituição às regras processuais tradicionais. Assim se posiciona Arruda Alvin, afirmando que

A ação civil pública integra uma série muito grande de alterações a que o processo civil tem sido submetido, como também revela sintonia com as modificações verificadas no direito material. Tanto o processo civil quanto o direito material, herdados do liberalismo, sofreram mutações profundas com vistas a dotar as sociedades contemporâneas de um aparato protetor de determinados bens, antes inexistentes (...).⁴⁸⁹

Por isso, em sede de ações coletivas e mais precisamente da ação civil pública, não há que ser aplicado com rigor proposto pelo processo civil clássico, baseado na prestação da tutela individual, alguns princípios e institutos, entre eles os princípios dispositivo, da substanciação e da correlação ou congruência entre o objeto da ação (pedido) e a sentença. Valendo reiterar que a regra do art. 460, “caput”, do

⁴⁸⁸ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Das origens ao futuro da Lei de Ação Civil Pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade. In A Ação Civil Pública após 20 anos; efetividade e desafios.,Coord. Edis Milaré, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 29

⁴⁸⁹ Op.cit., p. 80

Código de Processo Civil, não pode ser levada ao extremo nessa modalidade de demanda, pois seu conteúdo vai além do direito subjetivo.

Isso implica que o juiz, ao prolatar a sentença, deve decidir pela tutela adequada à proteção dos interesses trans-individuais, e não filiar-se, necessariamente, ao pedido formulado. Especialmente porque nela se busca proteger interesses de manifesta relevância social, com características peculiares, e quem efetiva o pedido para defesa de tais interesses coletivos “lato sensu” não é o titular do direito, mas os legitimados indicados pela lei.

A importância da otimização dos resultados concretos da ação civil pública mais se revela quando se atenta para a relevância não apenas jurídica, mas social e política da tutela jurisdicional coletiva, que tem nessa modalidade de ação seu principal veículo, e que está atrelada à relevância da gama crescente e diversificada de bens e valores difusos, coletivos e individuais, passíveis de serem tutelados por essa via, e prestigiados pela ordem constitucional brasileira.⁴⁹⁰

É claro que a crescente *coletivização das questões judiciais*⁴⁹¹ tem trazido dificuldades para os juízes encarregados de julgarem tais demandas, impregnadas de interesses sociais, pois muitas vezes são chamados a julgar uma lide coletiva que envolve “*áreas de conhecimento estranhas à ciência jurídica, visto que a transdisciplinariedade é uma das mais marcantes características da tutela jurisdicional coletiva*”⁴⁹².

Afirma GAVRONSKI, ainda, que as demandas coletivas também colocam em xeque “*a clássica divisão de poderes quando se questiona em juízo a adequação de uma determinada política pública à Constituição ou o desatendimento de direitos sociais legalmente previstos*”⁴⁹³.

⁴⁹⁰ Yoshida, op.cit., p. 135

⁴⁹¹ GAVRONSKI apresenta esta expressão ao mencionar que tal fenômeno ocorre quando há a propositura de demandas para a defesa daqueles direitos que não interessam especificamente a nenhum dos outros legitimados para a sua propositura, mas que têm importante repercussão social para a coletividade, onde o resultado interessa a todos. op. Cit, p. 31

⁴⁹² *ibidem*

⁴⁹³ *ibidem*

Se a conclusão que se coloca é a de que qualquer espécie de providência jurisdicional pode ser veiculada na ação civil pública para proteção dos interesses coletivos “lato sensu”; se a sentença é o ato jurisdicional pelo qual a função jurisdicional realiza a tarefa mais nobre e significativa como meio de solução do litígio e de pacificação da sociedade, não há como escapar da conclusão óbvia: a de que a ação civil pública representa verdadeiro instrumento de implementação de acesso à tutela jurisdicional adequada, sendo indubitável sua contribuição para o acesso à justiça dos detentores desses interesses ou que possam vir a sê-lo.

Resta evidente que a ação civil pública reflete instrumento implementador do acesso à justiça com a prestação da tutela jurisdicional adequada, posto que é hábil a atender a situação concreta, considerando que o juiz, ao sentenciar, decidirá a lide e pacificará a sociedade.

Tais considerações vêm muito bem sintetizadas nas palavras de Ronaldo Porto Macedo Júnior, para quem

A tutela dos interesses coletivos está impregnada pela natureza polêmica e contraditória do direito social. A ação civil pública, enquanto mecanismo privilegiado da tutela de interesses coletivos, não é apenas uma forma mais racional ou adequada à sociedade de massa, mas também um instrumento pelo qual os seus agentes, em especial ONGs e o Ministério Público estão ampliando os foros do debate público sobre Justiça Social, em particular nas políticas públicas, o meio por excelência de sua realização. Isto significa que a ação civil pública se tornou um instrumento de política e de influência na gestão de políticas e que, em grande medida, o meio de sua operacionalização se realiza e vivifica por meio de regras de julgamento fundadas em princípios gerais de direito. (grifamos).⁴⁹⁴

A questão de fundo do estudo do acesso à justiça encontra respaldo ainda, na análise das respostas que a sociedade dá diante da tutela jurisdicional que está sendo prestada, ficando claro que o Direito não se basta em si mesmo, devendo estar em compasso com a sociedade para ser prestada uma tutela jurisdicional adequada.

Por tudo isso, a ação civil pública se transforma em instrumento implementador do direito fundamental à inclusão social e, conseqüentemente, do acesso à justiça, tanto no sentido de acesso à tutela jurisdicional adequada, como à justiça social, visto que, em seu objeto imediato, qualquer espécie de providência

⁴⁹⁴ Op.cit., p. 565

jurisdicional pode ser veiculada; seu objeto mediato pode ser a proteção de qualquer espécie de interesses coletivos “lato sensu”, seja ele integrante dos interesses difusos, coletivos “stricto sensu” ou individuais homogêneos.

Tão importante o acesso à justiça que lembra Cappelletti que ele “*pode ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir , e não apenas proclamar, os direitos de todos.*”⁴⁹⁵

Assim, a ação civil pública é o instrumento implementador do direito fundamental à inclusão social, na medida em que possibilita um verdadeiro acesso à justiça, onde todos recebem prestação jurisdicional igualitária.

Entender a ação civil pública como o grande instrumento processual de obtenção e de efetivação do direito fundamental à inclusão social não significa excluir outros meios aptos ao mesmo objetivo, seja individual (modelo processual tradicional) ou mesmo coletivo (mandado de segurança coletivo, ação popular e/ou mandado de injunção), mas apenas o de explicitar suas qualidades na proteção coletiva de direitos protegidos pela Constituição Federal como essenciais à dignidade humana e, por isso mesmo, indisponíveis, merecendo defesa por qualquer entidade e meio, inclusive e especialmente pela ação civil pública.

4.8 - Função Social do Judiciário

Muito já se discutiu na história do direito e na verdade ainda se discute, sobre a posição que o Judiciário ocupa nos Estados Modernos, passando da posição extrema que o apresenta como mero órgão técnico prestador de serviço público jurisdicional, submetido ao soberano e às leis editadas por este para aquela que o aponta como um dos poderes⁴⁹⁶ do Estado, responsável, também, pela concretização dos objetivos sociais.

⁴⁹⁵ *Apud GAVRONSKI, op. cit., p. 22*

⁴⁹⁶ “no vocabulário político, poucas palavras suscitam tantas paixões quanto ‘poder’. É um termo que desperta os ânimos dos pensadores por sua rica sugestividade e fomenta intermináveis discussões por sua incontestável vagueza. Com observa José Zafra Valkverde, as palavras ‘poder’ e ‘poderes’ são utilizadas como designação para três dados diferentes da realidade: a) capacidade de decisão de uma pessoa com primazia sobre a de outras; b) as diversas funções ou tarefas concretas em que se encontra articulada a ação de governo dentro de um grupo; c) os governantes individuais ou coletivos que

Paralelamente a esta discussão, também se debate sobre o difícil dilema de fixar o papel dos juizes em um governo republicano, encontrando quem sustente, como bem alertado por Sérgio Fernando Moro⁴⁹⁷, que aqueles que são nomeados ou concursados, por não terem sido eleitos pelo povo, perdem sua legitimidade como membro de “poder” e, por isso, não teriam legitimidade para responder aos anseios da sociedade e, menos ainda, realizar o controle dos atos praticados pelos demais poderes da República.

No Brasil, o Poder Judiciário, apesar de criado pela Constituição Federal, ainda luta para ver reconhecida sua legitimidade como Poder da República, em vista da escolha do Constituinte para o acesso de seus membros à carreira, ora por concurso de provas e títulos, ora mediante nomeação pelo chefe do Poder Executivo. Da mesma forma, busca demonstrar para a coletividade a importância da função social que desempenha, mesmo em meio à crise política que vivencia, reflexo da crise atual do Estado Contemporâneo, que busca adaptar-se à nova realidade econômico-social, piorada com os conflitos decorrentes da globalização.

A essa crise somam-se velhos e novos problemas que atingem o Judiciário. Apenas exemplificativamente, podemos apontar, entre os primeiros, alguns já conhecidos de todos, como o desconhecimento dos direitos por parte da população mais carente, lentidão na prestação jurisdicional, excesso de formalismo das leis processuais, excesso de demandas e recursos, pragmatismo dos magistrados e falta de estrutura material/humana. Quanto aos novos problemas, podemos apontar, entre os muitos já existentes, a falta de aptidão administrativo/gerencial dos magistrados, dependência econômico/orçamentária, dependência política na nomeação dos membros dos tribunais – tanto dos intermediários como dos superiores -, falta de integração tecnológica, elevação dos custos da atividade, produção legislativa excessiva decorrente de lobbies em prol das minorias dominantes e despreparo sociológico dos magistrados.

desempenham essas funções e detém a capacidade de agir”. CHALITA, Gabriel. O poder. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.17

⁴⁹⁷ MORO, Sérgio Fernando. Jurisdição Constitucional Como Democracia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Dalmo de Abreu Dallari também trata deste assunto na sua obra O Poder dos Juizes, São Paulo: Saraiva, 1996

Nos últimos anos várias medidas vêm sendo tomadas sob a roupagem de reforma do Judiciário⁴⁹⁸, para dar efetividade à prestação jurisdicional, e com isso, fugir dos malefícios da morosidade judicial e suas vicissitudes. Mas de concreto pouco resultado se obteve até hoje, pois ainda não se mexeu na parte estrutural do processo judicial brasileiro (as mudanças processuais implementadas são insuficientes para conter a crescente litigiosidade da sociedade brasileira, até porque muitas vezes são feitas de fora para dentro, sem qualquer conhecimento do funcionamento da máquina judiciária ou para atender interesses de algum grupo poderoso, enquanto a tão anunciada reforma do Judiciário nada mais representa do que uma retaliação contra os membros do Judiciário, como foi o controle externo e a súmula vinculante, ocorrendo “a cada vez que um julgamento desfavorável não é absorvido por estamentos poderosos – demais poderes, grandes grupos ou integrantes dos poderosos *mass media*”⁴⁹⁹).

Uma medida simples, mas que daria uma grande guinada na prestação da tutela jurisdicional no país seria a adoção de medidas incentivando ou ampliando as hipóteses de cabimento das ações coletivas, que ainda são processadas e julgadas, na maioria das vezes, como se individuais fossem. Na verdade, a comunidade Jurídica, tirando o Ministério Público, ainda não tomou consciência da importância e riqueza do instrumental oferecido pelas ações coletivas. Nem mesmo o Judiciário, que pela Jurisprudência de seus Tribunais superiores, ao invés de processá-las e julgá-las com os olhos voltados para sua efetividade, limitam, ao contrário, sua eficácia.

Esses fatores, todavia, não podem ser suficiente a afastar o Poder Judiciário de sua importantíssima missão na garantia da efetividade da tutela jurisdicional coletiva, para o que é imprescindível uma ativa, crítica e compromissada participação de juizes atentos aos escopos maiores da jurisdição, mormente o da pacificação social com justiça, o da educação da sociedade e o da atuação concreta da lei, garantindo efetividade à essa. E tudo isso não interessa apenas à sociedade, mas ao próprio Poder, visto que é Cappelletti quem adverte sobre o risco que corre o judiciário caso se recuse a entrar na arena dos conflitos coletivos e de classe, da importância cada vez mais capital nas sociedades modernas (...)⁵⁰⁰

⁴⁹⁸ O que o legislador brasileiro ainda não percebeu é que a reforma deve ser feita não apenas na estrutura do Poder Judiciário Brasileiro, mas sim em todo o Estado Brasileiro, esse sim em total crise, o quê, como visto, reflete nas suas três esferas de poder.

⁴⁹⁹ NALINI, José Renato. O futuro das Profissões Jurídicas. São Paulo, Editora Oliveira Mendes, 1998, p.

Preme urgência a modificação da estrutura do Judiciário e mais do que isto, da mentalidade de seus próprios julgadores, para que perceba o poder da República que é, e em o sendo, que possa efetivamente exercer a função social prevista na Constituição Federal. Pertinentes, pois, as palavras de José Renato Nalini, ao afirmar que

(...) o Judiciário brasileiro, que não tem sabido ser poder, e está em riscos de perder essa natureza no futuro, também não tem se servido do instrumental posto à sua disposição para a única reforma efetivamente necessária: aquela da **consciência** de seus integrantes, a partir de integral reformulação dos sistemas de seleção e educação continuada dos juízes.⁵⁰¹ (grifei)

Para Nalini, tal mudança de consciência dos juízes se faz necessária porque “uma sociedade fragilizada como a brasileira, com o crescimento da miséria e da exclusão, com uma das mais cruéis distribuições de renda do planeta, não está a necessitar de juízes burocratas. Precisa de juízes humanos.”(grifei)⁵⁰²

Na hipótese do Judiciário não mudar sua mentalidade a tempo, assumindo a função social que a Constituição Federal lhe outorgou, só lhe restará, segundo o autor, a redução da sua importância, “*convertendo-se em estamento burocrático destinado a exercer pressão sobre os desvalidos e a cuidar de questões menores*”⁵⁰³.

Não obstante a falta de vontade legislativa e administrativa dos representantes do povo, eleitos para cumprir os ditames constitucionais, de realizar uma reforma digna e adequada do Poder Judiciário, não para enfraquecê-lo como poder, mas para fortalecê-lo como instituição democrática, alguns de seus membros, lenta, interna e solitariamente – mesmo com todas as limitações orçamentárias e políticas, muitas vezes sem apoio até mesmo dos seus Tribunais - vêm buscando apresentar soluções criativas e caseiras para transpor o abismo entre Judiciário e jurisdicionados, e em consequência facilitar o acesso à Justiça. Com isso vão

⁵⁰⁰ Idem, pp.31/32

⁵⁰¹ ibidem, p. 93

⁵⁰² ibidem, p.92

⁵⁰³ ibidem, p. 93.

realizando uma reforma silenciosa e se aproximando da sociedade, especialmente das classes sociais periféricas.⁵⁰⁴

As críticas perpetradas contra o judiciário não escondem que seu objetivo é desmoralizar o Judiciário nacional e, com isso, retirar-lhe a legitimidade de poder de controle da legalidade e constitucionalidade dos atos dos três poderes, que mais do que nunca vem sendo chamado a intervir na área pública e política, seja através das ações diretas de inconstitucionalidade propostas por partidos políticos, governadores de Estado, confederações, entidades sindicais e pelo Procurador-Geral da República, seja ainda por meio de demandas coletivas e individuais discutindo a ineficiência da prestação dos serviços públicos ou políticas públicas, intervindo em atos concretizados pelo Executivo e Legislativo

Neste quadro crescente de litigiosidade, as demandas envolvendo as questões de inclusão social⁵⁰⁵ tomam acento de grande relevância, já que a cada dia encontram em parte do Judiciário Nacional – ainda visto por muitos como um poder meramente formal e positivista - uma resposta corajosa aos seus anseios. Nos últimos anos têm crescido as reações internas contra esta visão equivocada da atuação do judiciário, pelo menos por parte de grande parcela da magistratura de primeira Instância que se encontra face-a-face com o povo e conhece suas agruras, colocando-se a favor de uma renovação interna e de uma mudança de mentalidade, comprometidos com a Constituição Federal.

De tudo o que vimos até este ponto, é possível afirmar que o Poder Judiciário nacional vem se mostrando, cada dia mais, como uma instituição essencial à democracia brasileira, quer no que se refere à intervenção na esfera propriamente política, quer no que diz respeito à sua intervenção no âmbito social, ocupando o espaço deixado pelas instituições privadas, pela coletividade e pelo próprio Estado, levando a um grande movimento de procura e acesso ao Poder Judiciário em busca da proteção de direitos fundamentais violados, justamente porque o Estado-administração não está conseguindo prover suas necessidades mínimas essenciais

⁵⁰⁴ O conteúdo destes projetos pode ser encontrado na obra A Reforma Silenciosa da Justiça: O judiciário do século XXI, I Prêmio Innovare organizado pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro Justiça e Sociedade, Rio de Janeiro, 2006..

⁵⁰⁵ No Brasil, o crescimento alarmante das demandas judiciais justamente no período posterior à promulgação da Constituição de 1988, coincide com a retomada do Estado de direito, produzindo uma crise monumental da Justiça.

provocando aquilo que Werneck Vianna chama de “*jurisdicionalização das relações sociais*”.

AS demandas por direitos sociais, colocando em pauta os meios governamentais estabelecidos para a captação das receitas públicas (mediante tributos) e os critérios de distribuição das riquezas entre a população, além do pluralismo jurídico (com novas fontes normativas e as instâncias pioneiras de negociação desestatizadas, como a mediação, arbitragem, a justiça negociada, a justiça proposta) e “da nova realidade globalizada, inspirada pelas idéias de parceria e controle, que reclamam novos institutos e categorias”, segundo Nalini, serão os grandes desafios do Juiz do futuro, que deverá adotar uma via judiciária mais flexível, menos dogmática e impositiva, “*sob pena de vir a ser recusado pelo justiciável*”.⁵⁰⁶

O Poder Judiciário, apontado por muitos como um Poder elitista e distante das classes marginalizadas representa, hoje, a grande esperança de inclusão social dos excluídos.

Para uma maior efetividade dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário deverá afastar-se de uma postura de auto-contenção judicial e partir para a análise pontual dos direitos fundamentais, ainda que para isso tenha que examinar o mérito dos atos políticos ou atos de governo, recuperando ou reassumindo seu papel de efetivo guardião da Constitucionalidade que lhe foi conferido pelo Legislador Constituinte, fazendo-o através da Jurisdição Constitucional.

Quando se retrai atrás do princípio da separação dos poderes para não reconhecer ou não dar guarida a um direito fundamental, o juiz constitucional deixa de atuar como Poder que é, esquecendo-se e negando efetividade a uma das garantias constitucionais que é a própria função jurisdicional, um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

O Poder Judiciário, não obstante sua composição não se dar por membros eleitos pelo povo, na forma da democracia representativa (como se vê em relação ao legislativo e o executivo), mantém sua legitimidade enquanto poder republicano dentro da concepção constitucional estabelecida em 1988, pois sua formulação responde à fórmula determinada pela Constituição e idealizada pelo Poder Constituinte originário, uma vez que

⁵⁰⁶ ibidem, p. 96

a Constituição é uma entidade lógico-axiomática sem que com isso deixe de expressar as tensões e contradições do tempo histórico em que nasce, vive, se desenvolve, e no qual é interpretada, aplicada e revista”, pois a “a função primeira de uma justiça constitucional é fazer prevalecer – como parece ser óbvio – o princípio da constitucionalidade, qual seja, a submissão de todos os poderes do Estado à Constituição (Constituição da República, artigo 1º). Ou seja, não à judicialização da política ou à politização da justiça, mas sim à judicialização da Constituição.”³⁴.

Nem se alegue que a legitimidade da maioria legislativa manifestada na edição de uma lei sobrepe-se à legitimidade da Jurisdição Constitucional em desconstituí-la, até porque “deve prevalecer o princípio da constitucionalidade como princípio de maior relevância que o princípio da maioria, e como limite desta, pois o contrário seria o arbítrio e a falta total de fronteiras ao poder dos mais fortes”.³⁵

No tocante aos atos de governo que geram o descumprimento de direitos fundamentais quase sempre sociais, é evidente que o juiz constitucional não pode, por si, determinar a realização de atos que caberia àquele que tem a função de governo realizá-los. Mas pode, na medida em que aquele deixou de fazê-los em violação aos direitos fundamentais ou os realizou a descontento, ainda que tipicamente tidos por atos de governo ou atos políticos, adentrar no mérito da questão, reexaminá-los fazendo uso dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e ponderação. Exige-se, pois, neste contexto, um ativismo judicial, no lugar da retração ou auto-contenção.

³⁶

Sérgio Fernando Moro sugere a adoção de salutar ativismo judicial para o aprofundamento da democracia, mas para ele isso deve ocorrer em casos limitados e específicos:

“a) para proteção e promoção dos direitos necessários ao funcionamento da democracia, especialmente a liberdade de expressão, o direito à informação e os direitos de participação; b) para a proteção judicial de direitos titularizados, ainda que não de forma exclusiva, pelos pobres, considerando a pobreza como obstáculo ao ótimo funcionamento da democracia; c) para o resguardo do caráter republicano da democracia,

³⁴ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição*, 2004, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p.283 e 291.

³⁵ PALU, ob. Cit., p. 292

³⁶ PALU, ob. Cit., p. 294

evitando-se a degeneração do processo político em processo de barganha”.³⁷

Nos casos em concreto, a jurisdição constitucional em relação aos atos de governo, mais especificamente em relação às políticas públicas não têm sido efetiva, recebendo crítica por parte dos Poderes Executivos em todos os níveis e também dos legislativos, sob os argumentos de que o Judiciário não pode atuar de forma positiva, já que as definições dos programas de políticas públicas a serem desenvolvidos nas áreas sociais dependem da vontade política dos governos. Estas alegações, na maioria dos casos, é que vêm prevalecendo nas decisões judiciais, especialmente nos tribunais. Porém, se persistirem, a afronta aos direitos fundamentais também persistirá.

Hoje, é uma mistificação falar-se em olímpica neutralidade da magistratura, assim como o é ao se referir à imparcialidade da lei genérica e abstrata ou da neutralidade do Poder. Afirme-se que o Poder, inclusive a função jurisdicional, não pode ficar impassível em face dos graves problemas sociais que enfrentamos. Não se diga que a lei é imparcial ao tratar das relações entre patrão e empregado; nem é olímpicamente indiferente ao prever a proteção do consumidor. Os que necessitam de Justiça (e a sua clientela habitual é justamente a mais carente) exigem que o julgador não seja impassível, mas sensível tanto quanto o é a própria Constituição, como se vê, por exemplo, ao proclamar no art. 3º, como tarefa do Poder Público, a correção da sociedade altamente discriminadora em que vivemos.

4.9 - Jurisdição Constitucional

Doutrinando sobre os critérios de controle de constitucionalidade adotados pelo Constituinte pátrio, afirma José Afonso da Silva que no Brasil vigem dois: o controle difuso (ou jurisdição constitucional difusa) e o controle concentrado (ou jurisdição constitucional concentrada): “verifica-se o primeiro quando se reconhece o

³⁷ **MORO**, Sérgio Fernando. *Jurisdição Constitucional Como Democracia*. São Paulo, 2004, Editora Revista dos Tribunais, p. 315.

seu exercício a todos os componentes do Poder Judiciário, e o segundo, se só for deferido ao tribunal de cúpula do Poder Judiciário ou a uma corte especial".⁵⁰⁷

Em suma, à vista da Constituição vigente, temos a inconstitucionalidade por ação ou por omissão, e o controle de constitucionalidade é o jurisdicional, combinando os critérios difuso e concentrado, este de competência do Supremo Tribunal Federal. Portanto, temos o exercício do controle por via de exceção e por ação direta de inconstitucionalidade e ainda a referida ação declaratória de constitucionalidade. De acordo com o controle por exceção, qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo.

Segundo o autor, a ação direta de inconstitucionalidade compreende três modalidades: (1) a interventiva, que pode ser federal por proposta exclusiva do Procurador-Geral da República e de competência do Supremo Tribunal Federal (arts. 36, III, 102, I, a, e 129, IV) ou estadual por proposta do Procurador-Geral de Justiça do Estado (arts. 36, IV, e 129, IV); interventivas, porque destinadas a promover a intervenção federal em estado ou do Estado em Município, conforme o caso; (2) a genérica: (a) de competência do Supremo Tribunal Federal, destinada a obter a decretação de inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, federal ou estadual, sem outro objetivo senão o de expurgar da ordem jurídica a incompatibilidade vertical; é ação que visa exclusivamente a defesa dos princípios da supremacia constitucional (arts. 102, I, a, e 103, incisos e § 3º); (b) de competência do Tribunal de Justiça de cada estado, visando a declaração de inconstitucionalidade, em tese, de leis ou atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição estadual (art. 125, § 2º), dependendo da previsão nesta; (3) a supridora de omissão: (a) do legislador, que deixe de criar lei necessária à eficácia e aplicabilidade de normas constitucionais, especialmente nos casos em que a lei é requerida pela Constituição; (b) do administrador, que não adote as providências necessárias para tornar efetiva norma constitucional (art. 103, §2º).

Ao Judiciário, por meio do Supremo Tribunal Federal e dos juízes de primeira instância, portanto, cabe a tarefa de controlar a constitucionalidade das normas e dos atos normativos no caso concreto. E bem realizar esta tarefa é de fundamental importância quando se trata da proteção dos direitos fundamentais do homem.

⁵⁰⁷ SILVA, JOSÉ AFONSO, "Curso de Direito Constitucional Positivo" 23ª edição, 2003, Malheiros Editores, p.49/50

Urgente que o Judiciário reencontre seu papel neste controle sobre o correto cumprimento das regras constitucionais, através de um confronto corajoso entre a realidade e as verdades da crise do descumprimento dos direitos fundamentais, para que a sociedade se reencontre com a dignidade humana. Para que, enfim, proclamemos nem tanto “a democracia que queremos, mas a democracia que somos” pois

“en la realidad, no siempre se cumple el fin de afianzar la justicia del Estado de derecho democratico y humanista. A veces, se procura sólo una justicia meramente formal, sumisa a la letra de la ley, que margina el substratum ideológico o el contenido político de la norma. Al marginarse la consideración sobre la orientación filosófico-política de la ley, el juez deja de cumplir su misión, esencial de confrontar la compatibilidad de la norma con la ideología constitucional”⁵⁰⁸

Na chamada jurisdição constitucional, pode o juiz, no julgamento dos casos concretos que lhe são submetidos, deixar de aplicar a norma genérica e abstrata que repute inconstitucional, desde que o faça fundamentadamente, cabendo, de sua decisão, recursos que podem até mesmo chegar ao Supremo Tribunal Federal, órgão constitucionalmente encarregado de velar pela guarda da Constituição. Por outro lado, seguindo o modelo continental europeu, os tribunais de cúpula das justiças federal e estadual ganham atribuições de corte constitucional e, em controle concentrado de constitucionalidade, mediante provocação de determinados órgãos públicos e entidades não governamentais, podem suspender *erga omnes* a eficácia de normas genéricas e abstratas., ou, como recentemente instituído, podem excluir a eficácia das declarações de inconstitucionalidade que o juiz pronuncia incidentalmente.

Porém, como alertado por Germana de Oliveira Moraes,

Para dar vida à Constituição, para que os princípios ganhem corpo e alma, deve lembrar-se o juiz constitucional – seja no exercício, no mais das vezes, solitário do controle difuso, seja no exercício colegiado do controle concentrado – de valer-se, com consciência, da razão, de saber usar, com

⁵⁰⁸ DROMI, Roberto. *El Poder Judicial*. Buenos Aires, 1996, Ediciones Ciudad Argentina, p. 234. A tradução livre do texto: Na realidade, nem sempre se cumpre a finalidade de se garantir a justiça do Estado de direito democrático e humanista. Às vezes, o que se procura é somente uma justiça formal, meramente submissa à letra fria da lei, que margeia a essência ideológica ou o conteúdo político da norma. Ao se colocar à margem e não se considerar a orientação filosófico-política da lei, o juiz deixa de cumprir sua missão essencial de confrontar a compatibilidade da norma com a regra constitucional.

sabedoria, a razão, sem contudo, jamais perder a ternura e a sensibilidade tão determinantes do que seja *ser humano*...⁵⁰⁹

Evidentemente, todo esse conjunto impõe ao magistrado brasileiro deveres e responsabilidades. Se não bastasse todo esse complexo e emergente sistema jurídico, não se deve esquecer que o Brasil é país que se encontra em rápido desenvolvimento e, por isso, submetido às crises próprias de tal processo, inclusive quanto às contradições sociais e políticas de uma sociedade diferenciada. Por isso, o Judiciário, na sua função precípua de pacificar a sociedade, deve sempre pautar suas decisões no princípio da dignidade da pessoa humana, transformado, segundo Fladimir Martins, em parâmetro objetivo de harmonização dos diversos dispositivos constitucionais,

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. Enquanto valor inserto em princípio fundamental a dignidade da pessoa humana serve de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração de todo o ordenamento jurídico, o que ressalta o seu caráter instrumental. Quando a Constituição elencou um longo catálogo de direitos fundamentais e definiu os objetivos fundamentais do Estado, buscou essencialmente concretizar a dignidade da pessoa humana.⁵¹⁰

Não é demais insistir que na prestação da tutela jurisdicional, o Poder Judiciário deverá efetivar os direitos fundamentais tendo por norte, sempre, a dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro.

4.10 - Legitimidade do Judiciário na efetivação do direito fundamental à inclusão social

⁵⁰⁹ op.cit., p. 217

⁵¹⁰ MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. *Dignidade da Pessoa Humana*. Curitiba, 2003, Juruá, p. 124

Resta, por fim, analisar se o Poder Judiciário tem condições, na forma prescrita pela Constituição Federal, de participar da implementação do direito fundamental à inclusão social e, em sendo positiva tal resposta, em que medida tal se dará.

Tratando da legitimidade do Poder Judiciário como poder do Estado apto a proferir decisões voltadas à efetivação do “princípio constitucional de valorização da pessoa humana como centro de irradiação de todo o sistema e destinatária de todas as preocupações e atenções”⁵¹¹, aponta Mauro Nicolau Júnior que o caminho a ser trilhado leva em conta a atuação dos membros do Poder Judiciário, que deverá dar-se

com independência e consciência de sua relevância, de forma a tornar real a norma até então existente apenas no plano da abstração. A força da hermenêutica se faz presente no sentido de buscar a aplicação das normas legais e constitucionais de forma que propiciem o respeito aos direitos humanos e fundamentais, até mesmo como caminho de tornar concreto o mandamento de que todo o poder emana do povo”⁵¹².

Percebe-se ainda nos dias atuais, que os sistemas normativo e constitucional são insuficientes para diminuir a exclusão social e garantir o acesso aos direitos fundamentais à maioria dos habitantes marginalizados do Brasil, motivo pelo qual vem sendo necessário socorrer-se cada vez mais do Judiciário, com a propositura de demandas com a maioria do pólo passivo ocupado pelo próprio Estado.

Neste passo, cabe um papel fundamental aos operadores do direito e em especial, ao Judiciário, de conduzir tais questões de forma a assegurar à massa desprotegida, o mínimo necessário à sua sobrevivência.

No entanto, é preciso que homens e mulheres investidos no poder da magistratura atentem para que as garantias constitucionais, enlaçadas pelo princípio da dignidade humana, estejam acima de qualquer norma positivada, já que são inerentes à própria condição humana, e têm que ser respeitadas e colocadas em prática, ainda que não exista uma norma infraconstitucional dispondo sobre sua aplicação. Isto porque os direitos fundamentais – explícitos ou implícitos - inscritos na

⁵¹¹ NICOLAU JÚNIOR, Mauro. A DECISÃO JUDICIAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS DA DEMOCRACIA. Artigo publicado em 28/8/2005. Mnicolau@tj.rj.gov.br.

⁵¹² id., op.cit.

nossa Carta Constitucional, têm eficácia imediata e independem de positivação na legislação infraconstitucional.

José Eduardo Faria⁵¹³, analisando a questão da efetividade dos direitos fundamentais, afirma que

Embora o Judiciário brasileiro esteja profundamente afetado e condicionado por esse paradigma de caráter normativista, muito tempo antes de seu advento e de sua consolidação o formalismo a ele inerente já era um dos principais traços característicos das estruturas organizacionais desse poder. Desde seus primórdios no Brasil colonial, como uma instituição com feições inquisitórias construída pelo Estado português a partir das raízes culturais da Contra-Reforma, aos dias de hoje, com seu intrincado sistema de recursos movimentando papéis, serventuários, cartórios, advogados e magistrados sem conduzir objetivamente os processos a uma solução definitiva num prazo de tempo minimamente razoável, o Judiciário brasileiro sempre foi estruturado como um sistema de procedimentos escritos, impessoais e altamente burocratizados. O que nele até hoje prevalece, como influência tardia do ancestral procedimento romano formal, é mais o apego ao processo e ao rito do que a preocupação com as especificidades dos casos sub-judice; é mais a aversão à idéia de se desviar de qualquer procedimento rotineiro, com seus jargões obscuros e com expressões latinas exigindo das partes a contratação de advogados pra defender seus interesses e atuar como tradutores da linguagem legal, do que o desejo de pacificação do conflito de modo rápido, direto e lógico, evitando que sejam 'desvirtuados' na dinâmica processual pela manipulação sistemática dos recursos judiciais.⁵¹⁴

Inês Virginia Prado Soares afirma que a legitimidade de determinada lei ou ato administrativo está condicionada ao reconhecimento da validade das instituições básicas do Estado. Segundo a autora, no caso específico do Judiciário, sua legitimidade depende da certeza, por parte da sociedade, de que suas sentenças serão públicas, da certeza por parte do Estado que as partes irão acatá-las e da confiança generalizada de todos os setores e segmentos sociais na firmeza da instituição como fator impeditivo da multiplicação dos conflitos.⁵¹⁵ Segundo ela, o Poder Judiciário está perdendo, paulatinamente, a confiança dos cidadãos em sua capacidade de pacificação, o que decorreria

⁵¹³ FARIA, JOSÉ EDUARDO, "O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas", Série monografias do CEJ, volume 3, 1996, Brasília-DF, p. 29/31

⁵¹⁴ Op.cit., p. 56/59

(...) do esvaziamento de muitas de suas prerrogativas, em face aos múltiplos centros normativos emergentes, dos diferentes processos de negociação paraestatal e dos mecanismos auto-regulatórios comuns ao fenômeno da globalização econômica, bem como da timidez revelada até agora pela magistratura na aplicação dos direitos sociais, o Judiciário, evidentemente, tende a perder o reconhecimento da sociedade; a confiança dos atores sociais em sua atuação tende a se exaurir; e as partes, no âmbito de um processo judicial, tendem a acatar seletivamente as sentenças, cumprindo-as quando lhes são favoráveis ou negociando sua execução, quando desfavoráveis. O que temos aí, portanto, é um caso exemplar de tensão entre mudança sócio-econômica e .mudança jurídica, entre a concepção estática e uma concepção dinâmica de justiça, entre a aplicação de leis tradicionais a situações novas e a necessidade de leis novas para conflitos tradicionais, entre conflitos envolvendo demandas por novos direitos (moradia e reforma agrária, por exemplo) e conflitos envolvendo demandas pela aplicação mais efetiva de antigos direitos em novos contextos (v.g., a luta contra as discriminações sociais, raciais, sexuais etc.).⁵¹⁶

A tensão entre os direitos fundamentais previstos na Carta Magna e os interesses econômicos e políticos estampados na legislação infra-constitucional faz com que o Judiciário efetue interpretações nem sempre condizentes com os interesses da grande maioria excluída no nosso país, surgindo, então, afirmações nem sempre corretas e expectativas falsas em relação a ele, o que acaba refletindo na visualização de seu papel constitucional e não reconhecimento de sua legitimidade como Poder da nação. Surgem, então, visões equivocadas a seu respeito. Entre estas visões distorcidas, podemos mencionar algumas:

a) que o Poder Judiciário é um órgão meramente técnico, criado apenas para aplicar as leis aos casos concretos, diferente dos Poderes Executivo e Legislativo, que seriam poderes políticos. Por isso, não poderia, nunca, afastar uma decisão política ou um ato de governo exarados por quem foi, legitimamente, eleito pelo povo;

2) somente o juiz que fosse escolhido pelo sufrágio universal seria legítimo representante da vontade popular, sendo que suas sentenças devem expressar a vontade do povo, o que tornaria desnecessário o direito a recurso.

⁵¹⁵ SOARES, INÊS VIRGÍNIA PRADO SOARES, "Direito ao Meio Ambiente sob a ótica dos Direitos Humanos e sua Efetividade Ante a Omissão do Poder Público", Boletim dos Procuradores da República, ano III, nº 31, novembro – 2000, p. 22

⁵¹⁶ op.cit., p. 23

3) o controle externo das atividades do Judiciário deveria incidir, também, sobre a atividade jurisdicional, porque os representantes dos outros Poderes, legitimados pelo voto popular, é que têm condições de fazer aplicar a justiça que o sentimento popular exige.

Tais conclusões, se fossem transportadas para a realidade, atentariam contra o Estado Democrático de Direito, deixando o cidadão totalmente nas mãos dos políticos eleitos, em total retrocesso às vitórias garantidas pelos movimentos sociais dos anos 80, que culminaram nas eleições diretas e na promulgação da Constituição Federal de 1988, após anos a fio de sacrifícios sociais coletivos, especialmente na época do regime militar.

A separação dos poderes do Estado (legislativo, Executivo e judiciário) é princípio que norteia a organização do Estado Democrático de Direito, não sendo apenas perfumaria. É meio de exercício das atividades do Estado, mas vai mais além: é modo, também, de garantir a limitação do exercício do poder de cada um dos poderes. É exatamente por isso que a Constituição Federal garante ao Judiciário a possibilidade de analisar os atos de governo ou atos políticos praticados pelos outros dois poderes.

Não retira a legitimidade do Judiciário, como poder, o fato de seus membros não terem acesso aos seus cargos mediante a representatividade popular pura (eleição), já que esta não foi a única forma eleita pelo legislador constituinte como expressão de democracia. O ingresso inicial dos membros do Poder Judiciário através de concurso público foi escolha do legislador constituinte, diante da história de desmandos políticos vivenciados pelo país em épocas recentes. Mitigou esta escolha através do sistema híbrido de acesso aos cargos nos Tribunais, ora mediante critério objetivo de antiguidade, ora de merecimento, este último com nomeação direta pelo chefe do Poder Executivo, representante do povo. Também garantiu que pelo menos 1/5 dos membros dos tribunais venham de nomeações políticas entre representantes da advocacia e do Ministério Público. E por fim, a alta corte constitucional, o Supremo Tribunal Federal, é composto por membros indicados pelo Presidente da República, eleito pelo povo.

De outra feita, o fato do Judiciário poder rever os atos de governo ou atos políticos não viola preceitos constitucionais – como o da soberania popular, e separação dos poderes da República -, posto que o sistema constitucional vigente coloca várias esferas de atuação judicial, com inúmeros recursos, ações rescisórias,

ações anulatórias e outros instrumentos para que a vontade de um único juiz não se imponha sobre a dos demais. Ademais, o próprio Poder Judiciário, como visto anteriormente, sofre controle dos dois outros poderes⁵¹⁷, além dos controles interno (pelos seus órgãos de fiscalização, como as corregedorias) e externo (este último pelo Conselho Nacional de Justiça).

A legitimação do Judiciário brasileiro, centrada na Constituição Federal, especialmente no seu artigo 3º, não encontra nenhum entrave para ser reconhecida, a não ser nas suas próprias vicissitudes, posto que, apesar da melhoria em termos de ampliação do acesso à justiça da parcela carente de atendimento, há a necessidade de democratização da participação processual de todos os interessados. Deve o processo democrático ser entendido não no sentido estritamente liberal de escolha de representantes, mas no seu verdadeiro sentido de democracia direta, da faculdade de participação no poder como direito da cidadania (arts. 1º, parágrafo único, e 14, da Constituição).

Nas palavras de Jônatas Luiz Moreira de Paula,

Com isso, possibilita-se a atuação jurisdicional à medida que as partes litigantes estão equilibradas no processo e propicia a realização da Justiça social. Daí afirmar que a legitimidade da atividade ocorrerá com a igualização das partes na relação processual e com o atendimento dos fins prescritos do artigo 3º, da CF.⁵¹⁸

4.11 - O controle judicial das políticas públicas no Brasil

O art. 2º da Constituição Federal de 1988 estabelece: “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Torna-se fácil concluir que, embora harmônicos, cada poder tem seu âmbito de atuação, não podendo ou não devendo ocorrer invasão de competências.

⁵¹⁷ no plano administrativo orçamentário, do Poder Executivo, e da aprovação de projetos de lei que lhe afetam diretamente e pela atuação do Tribunal de Contas, do Poder Legislativo

⁵¹⁸ MOREIRA DE PAULA, Jônatas Luiz. A Jusrisição como elemento de inclusão social. Barueri, Ed. Manole, p. 57

Em se tratando de políticas públicas, estas são prioritariamente tarefas do poder Executivo e Legislativo nos três níveis de governo: federal, estadual e municipal. Entretanto, a interferência do Judiciário está a cada dia mais presente em assuntos de competência do Executivo e Legislativo, sobretudo quando se trata de políticas O grande problema que se coloca, pois, está exatamente na prestação jurisdicional requerida nas demandas sociais, quando elas implicam intervenção direta do Judiciário no espaço de atuação dos dois outros poderes da República: Executivo e Legislativo⁵¹⁹, posto que a partir daí a atuação judicial deixa o campo meramente jurídico e entra no campo político. Neste segundo campo de atuação, a atividade do Judiciário

(...) assume a função política de controle dos atos do Poder Legislativo e Executivo em face da Constituição Federal de 1988, seja no âmbito normativo, seja no âmbito administrativo, de forma a assegurar uma ampliação do debate democrático sobre as decisões que afetam todos os cidadãos. Neste caso, estará definindo limites à atuação dos demais Poderes, os quais não poderão atuar com discricionariedade plena, porque vinculados a deveres e objetivos impostos pela Constituição. (grifei)⁵²⁰

Através do direito de ação, exercido por qualquer do povo, será o Judiciário chamado a exercer um controle das políticas públicas. Num primeiro momento, poder-se-ia entender que pelo princípio da separação dos poderes, o Judiciário não teria competência para realizar tal controle.

Entretanto, o Judiciário não extrapola sua competência, pois não visa a revisão da conveniência e oportunidade do ato, mas sim sua legalidade quando aplicado, não se tratando, portanto, de uma atuação política do Poder Judiciário, visto que a discricionariedade do Administrador não pode ser substituída pela do juiz. Aliás, nenhuma das duas vontades deverá prevalecer, devendo, sim, prevalecer a vontade da Constituição Federal e, se de acordo com ela, a vontade da Administração Pública como um todo.

⁵¹⁹ “A atividade do Poder Judiciário no Estado brasileiro contemporâneo pode ser dividida em dois segmentos básicos. Na primeira atividade, o Poder Judiciário atua como um representante estatal, dotado de prerrogativas funcionais e limitações estatutárias ...incumbindo-lhe resolver conflitos individuais que não afetam as políticas governamentais. Já a Segunda atividade – a qual interessa ao presente estudo – consiste na atribuição aos juizes de um controle político da atividade dos demais poderes, a partir dos valores constantes na Constituição Federal. “ APPIO, Eduardo. Controle, op.cit. p.64

⁵²⁰ APPIO, op. Cit. Controle..., p. 65/66

Segundo Appio, o controle judicial das políticas públicas se dá, (1) em caráter preventivo, (2) concomitante e (3) sucessivo à implementação dos programas públicos sociais e econômicos. O controle judicial das políticas públicas pode-se, portanto, dar em três momentos distintos, ou seja, na sua formulação, execução ou avaliação.⁵²¹

O judiciário ao exercer o controle das políticas públicas, irá julgar se tal política está de acordo com as normas constitucionais e legais vigentes, pois a este poder não é permitido legislar ou executar leis. Este controle só incide sobre condutas da administração Pública, anulando-as quando forem ilegais, mas não atua sobre o Estabelecimento das políticas, devendo estas decorrer da vontade popular através da participação do povo nas elaborações destas políticas. . Não é demais observar que a omissão é uma conduta da Administração Pública e deve ser combativa, também.

Com isso, concluímos, desde já, que o Judiciário não julga as metas e finalidades das políticas públicas, mas sim as normas ou atos que decorrem da aplicação desta política pública.

Caso o Judiciário, além de anular o ato, decida sobre a política pública em si, alterando seu conteúdo, realizando uma atividade substitutiva, promovendo medidas de cunho prático a partir de direitos previstos de modo genérico na Constituição, este poder estaria assumindo uma função substitutiva. Neste caso, estar-se-ia ferindo o princípio da separação dos poderes.

Não obstante críticas à atuação judicial que leva ao controle de políticas públicas, tal não procedem, pois o Judiciário é a última instância de que se socorrem aqueles que não encontram, nos outros dois poderes do Estado – Executivo e Legislativo – e nem na sociedade (primeiro, segundo ou terceiro setor), apoio às suas angústias.

Segundo Mario Nicolau Júnior,

Por força da indigitada limitação de recursos, parcela substancial da doutrina vem defendendo que apenas o “mínimo existencial” poderia ser garantido, isto é, apenas esse conjunto – formado pela seleção dos direitos sociais, econômicos e culturais considerados mais relevantes, por integrarem o núcleo da dignidade da pessoa ou por decorrerem do direito

⁵²¹ APPIO, *ibidem*,

básico da liberdade – teria validade erga omnes e seria diretamente sindicável. (...)⁵²²

Conclui o autor dizendo que a inexistência de receitas públicas suficientes para a realização de todas as políticas públicas necessárias à realização do justo social impediria a possibilidade de se exigir esta obrigação de fazer do Estado. Mas se a inexistência de verba impede a realização das políticas públicas, para o autor a inexistência de lei não impede o acesso ao Judiciário para a obtenção de direitos subjetivos a prestações sociais.

(...) Para a definição do patamar mínimo a permitir a superação da limitação imposta pela reserva do possível, ressalvado o limite real de escassez há que se ter como parâmetro demarcatório o valor fundamental da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, CRFB), que representaria o verdadeiro limite à restrição dos direitos fundamentais, coibindo abusos que pudessem levar ao seu esvaziamento ou à sua supressão e essa tarefa incumbe ao juiz, ainda que dele não seja exclusiva. Alguns argumentam que, em tempos de crise, até mesmo a garantia de direitos sociais mínimos poderia colocar em risco a estabilidade econômica, impondo-se o “embalsamamento” do Poder Judiciário, como o fez o documento 319 do Banco Mundial. No entanto, é importante salientar, com Alexy, que, justamente em tais circunstâncias, uma proteção de posições jurídicas fundamentais na esfera social, por menor que seja, revela-se indispensável, mas, para tanto, o Judiciário há que se mostrar independente o suficiente dos demais poderes, de ingerências e influências.⁵²³

Appio afirma que o juiz pode mandar implementar políticas públicas já definidas em lei e em plano de governo, mas não pode determinar, de acordo com sua vontade em substituição à vontade do legislador e do administrador público, quais políticas deverão ser realizadas ou cumpridas. O entendimento esposado pelo autor encontra subsídio nos julgados do Supremo Tribunal Federal.⁵²⁴

Na verdade, o que tem que ser avaliado é a preconizada independência dos poderes e, em que medida e quando é oportuno e constitucional a revisão das

⁵²² op. Cit, p.13

⁵²³ op. Cit., p. 16

⁵²⁴ Vários são os exemplos: citamos, entre lês, o que segue: STF, Segunda Turma, Recurso Especial 322.348 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, publicado no DJ de 06.12.2002)

atividades legislativas e administrativas pelo Poder Judiciário. Questiona-se ainda a questão da intervenção de juízes não-eleitos no processo de tomada de decisões governamentais.

A Constituição Federal de 1988 em seu art.1º fala dos princípios e fundamentos que a norteiam, assim como no parágrafo único diz: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Quando afirma que todo poder emana do povo que poderá exercê-lo diretamente ou através de seus representantes eleitos está, ao mesmo tempo, reafirmando o Estado Democrático de Direito.

Nos moldes em que estabelece a Constituição, a democracia no Brasil deve ser mais que representativa: deve ser participativa. Não objetiva com isso diminuir o poder dos representantes eleitos dentro do processo eleitoral democrático, mas democratizar ainda mais todo o processo de administração em que prevaleça acima de todas as questões o interesse público. Segundo Frischeisen (apud, Appio, 2000, 165) o modelo de democracia representativa se mostra insuficiente, afirmando que

Especificamente na produção de políticas públicas locais, os conselhos municipais e a adoção do orçamento participativo concorrem com a Câmara de Vereadores e com os Executivos Municipais na escolha das prioridades; a participação política da população não se esgota nas eleições, subvertendo a lógica tradicional da democracia representativa, que passa a ser substituída pela democracia participativa.

Falta ainda à nossa sociedade, maiores informações técnicas e consciência de como participar efetivamente. No momento atual, os Conselhos Municipais e demais tipos de associações participam mais com sugestões ou indicações, sem caráter deliberativo. As leis municipais que instituem os conselhos deveriam prever o poder de deliberação para esses órgãos da sociedade civil, de modo que o Poder Executivo se tornasse obrigado a inserir na lei orçamentária anual as verbas necessárias para atender àquilo que foi deliberado pelos conselhos, enfim pela sociedade. Quando os agentes públicos são comprometidos com a democracia e respeitam as redes sociais, existe o conseqüente aumento da confiança e da auto-estima dos cidadãos. Quando se arquitetam arranjos institucionais que proporcionam meios adequados de participação popular incrementa-se o capital social existente nas comunidades, criando condições apropriadas para a viabilização do desenvolvimento e da democracia.

Não se trata de substituir a democracia representativa pelo modelo participativo, mas de ampliar o espaço democrático, originando um modelo que compreende representatividade e participação popular ao mesmo tempo.

Seria surpreendente se a tentativa de controle e interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas não suscitasse polêmica. Na verdade a apregoada harmonia entre os poderes não é suficiente para atenuar uma disputa que pode ser considerada natural entre os mesmos. Como afirma Appio, “(...) a *Constituição* é, *justamente o espaço das diferenças, da tolerância necessária à convivência dos diversos segmentos da população(...)*”.

Quando se discute a interferência ou controle judicial das políticas públicas, a questão que se impõe é a de até que ponto estará ferindo os princípios democráticos estabelecidos pela nossa Lei Maior. A partir daí, é que se pode avaliar com maior clareza o que significa e que tipo de contribuição pode trazer ao processo de ampliação democrática e ao interesse público. De acordo com Appio,

“(...) muito embora o princípio da separação dos poderes seja um dos pilares do constitucionalismo, o espaço destinado ao Poder Judiciário, no Brasil, foi ampliado, não por obra da doutrina ou teorização da ideologia dos juízes, mas sim, por conta de demandas concretas, de natureza social, que surgem como decorrência da redefinição do papel do Estado”(...).

Para o autor em comento, foi justamente esse descaso com as políticas públicas sociais que levaram à criação das condições necessárias para o decisionismo e intervenção judicial no país. Appio admite que “(...)os *riscos desse comportamento são os mesmos que os derivados de um populismo do Poder Executivo*”.

Para alguns autores, esse decisionismo do Poder Judiciário seria uma espécie de populismo dos juízes, com interesse em freqüentar a mídia nacional, e existem aqueles que, conservadores, defendem uma menor participação dos juízes na vida política do país, posição essa arcaica e ultrapassada.

A frustração com as políticas sociais não pode legitimar uma ação judicial arbitrária. Entretanto, quando o controle judicial das políticas públicas, tanto no âmbito do administrativo como do legislativo surge em decorrência da inserção dos direitos sociais no bojo das Constituições contemporâneas, justifica-se a intervenção direta dos juízes em áreas de competências exclusivas dos poderes executivo e legislativo.

É correto afirmar que, a pretendida legitimidade das decisões judiciais está alicerçada no debate democrático sobre o conteúdo dos princípios e valores constitucionais. Porém, esse entendimento ainda é objeto de diferentes interpretações, por isso, qualquer estudo sobre o assunto tem sempre que ser feito dentro de uma visão crítica.

Segundo Áppio, exemplo da intervenção judicial, em áreas de competência dos outros poderes, ocorre nas políticas econômicas, sobretudo quando existe a omissão administrativa que resulta em “desserviço” para o cidadão. Neste caso, a decisão judicial visa suprir a omissão administrativa, sobretudo quando se trata da prestação de serviços públicos por empresas particulares. Caso, por exemplo, da malha viária federal ou mesmo dos serviços de transporte coletivo prestado por empresas particulares nos municípios (concessões).

Appio afirma ainda que, não existem dúvidas acerca do fato de que os governos procuram moldar a Constituição às suas necessidades, ao contrário de serem normatizados por ela. A intervenção do Poder Judiciário, em sede de controle da constitucionalidade das emendas à Constituição, apesar de tímida revela-se assaz importante.

Um outro momento em que se faz premente a intervenção do judiciário, diz respeito ao cumprimento da lei orçamentária anual, aliás, claramente definida na Constituição Federal, a ponto de sujeitar o Presidente da República ao processo de impeachment (CF/88, art. 85, VI) em caso de sua inobservância. O mesmo acontece com relação as dotações orçamentárias já previstas na lei orçamentária anual, como os 15% destinados à saúde ou os 25% destinados à educação, muito embora a aplicação desses recursos mínimos tenha expressa previsão constitucional, e o controle desse gastos seja feito pelo Poder Executivo, ocorre que nem sempre esse percentual mínimo é cumprido. Os Tribunais de Contas apontam a irregularidade e a decisão judicial poderá determinar a liberação dos valores já previstos em lei. Trata-se portanto, de mera revisão de um ato administrativo, na medida em que o Poder Executivo não tem o poder discricionário de não cumprir a lei aprovada.

Nas palavras de Germana de Oliveira Moraes, não pode o Poder Judiciário deixar de prestar a tutela jurisdicional, normalmente coletiva, revendo atos políticos ou de governo praticados pelos dois outros poderes, posto que

No direito brasileiro, os princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da separação de poderes são compatíveis entre si, pois quando, da atividade não vinculada da administração pública, desdobrável em discricionariedade e valoração administrativa dos conceitos verdadeiramente indeterminados, resultar lesões ou ameaça a direito, é sempre cabível o controle jurisdicional, seja de legalidade (art. 37, *caput*, da Constituição Federal Brasileira), seja de juridicidade, em sentido estrito, à luz dos demais princípios constitucionais da Administração Pública, de publicidade, impessoalidade, moralidade e eficiência (art. 5º, inciso II, da Constituição Federal Brasileira) e dos princípios gerais de direito da razoabilidade e da proporcionalidade, para o fim de invalidar o ato lesivo ou ameaçador de direito e, em certas situações mais raras, ir ao ponto extremo de determinar a substituição de seu conteúdo por outro indicado judicialmente.⁵²⁵

E a autora tem razão em suas conclusões, uma vez que todos, pessoas físicas, pessoas jurídicas e os órgãos da Administração Pública, se submetem, indistintamente, ao controle judicial, quando violarem a lei ou a Constituição Federal. Se assim é, maior razão há no controle da prestação das políticas públicas, necessárias para o cumprimento dos direitos fundamentais, entre eles o direito fundamental à inclusão social. E como visto acima, quando os direitos violados residirem na esfera do coletivo e do difuso, na quase maioria dos casos, a tutela jurisdicional de revisão desses atos é prestada no bojo das ações civis públicas.

A sentença de procedência do juiz, na ação civil pública, será utilizada por todos aqueles que preenchem os requisitos jurídicos nela previstos, de forma igualitária, a qual irá regular os direitos subjetivos públicos que emergem diretamente da Constituição, assumindo, assim, as funções equivalentes às conferidas à lei/ato normativo, ou seja, uma injunção judicial dirigida ao Poder Público ou mesmo ao particular.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Encontramos, nas centenas de páginas anteriores mais perguntas do que respostas sobre a problemática social envolvendo Homem, Sociedade, Estado, Direito e Justiça e efetividade da inclusão social. Mas vimos, também, que somente mediante

⁵²⁵ MORAES, Germana de Oliveira. Controle jurisdicional da administração pública. São Paulo. 2004. Dialética. P. 196.

a colocação de problemas através de proposições é que poderemos chegar às respostas. Sem perguntas não haverá respostas, assim como sem problemas não teremos soluções. Este é o eterno caminhar do estudioso do direito: encontrar problemas e propor soluções.

‘O que é o homem?’, pergunta na qual mergulhava Kant. ‘Mas existe o homem?’, mais fundo o mergulho do poeta gauche.

*Tão-só um ser em construção, ou uma resultante histórica, uma testemunha física, uma fração do ser coletivo Humanidade, ou algo que passa, um itinerário a percorrer, um dos trânsitos de existir, ou só alguém para lembrar, ou esquecer, ou uma pergunta eterna, uma resposta cercada de dúvidas por todos os lados, ou um animal que ri, e que chora, ou o vaso que o contém, ou um organismo consciente de que é, ou de que está, ou de que se torna, ou de que morre, um brinquedo (in)feliz de Deus, um espírito encarnado, uma carne ainda verde para ser humano, um organismo universal ou individual, **mens ou res extensa**, um substantivo comum ao outro, de caráter pronominal, alterativo, elemento social, ou um substantivo próprio, ensimesmado, autista, elemento individual,, ou uma célula do universo ou um universo de células (...)?⁵²⁶*

A pergunta inicial deste trabalho lançada logo na introdução - sobre o quê ou sobre quem é o homem - não conseguimos responder, assim como também não conseguimos. Adão Longo, em sua obra O Direito de Ser Humano. Porém, sobre as outras proposições lançadas por nós, no correr deste trabalho, encontramos algumas soluções, algumas práticas, outras teóricas.

Não se pretendeu e nem se pretende, aqui, encerrar as discussões sobre os temas tratados. Ao contrário, apenas servem de ponto de partida para nova discussão dialética, porque dialéticas, complexas e multifacetárias são as necessidades humanas.

E as conclusões a que chegamos podem ser resumidas da seguinte forma:

a) Nosso Estado Democrático de Direito exige um direito com sustento na liberdade e na justiça. Um direito que mantenha, com estabilidade e inalterabilidade, os valores fundados na dignidade da pessoa humana, que são seu substrato

⁵²⁶ Longo, Adão. O Direito de Ser Humano, ibidem, p.

essencial. Um direito nacional que responda ideologicamente aos valores políticos consagrados na Constituição. Um direito que explicita as condutas devidas na relação pública entre autoridade (exercício das prerrogativas públicas) e liberdades (exercício dos direitos subjetivos públicos), bem como as condutas necessárias nas relações sociais entre os cidadãos.

b) o direito, cumprindo seu papel primordial de regular os conflitos que por ventura possa haver entre seus componentes, deverá regular as relações humanas buscando, no seio da sociedade os anseios, interesses, direitos que devem ser resguardados;

c) Na construção da justiça concreta que a sociedade brasileira quer, eleita pela Constituição Federal como sendo aquela que, através da erradicação da pobreza e da efetivação da dignidade da pessoa humana, dê vida a uma sociedade igual, justa e solidária, necessário dar efetividade, através dos três poderes da República, aos direitos fundamentais explícitos na Magna Carta e mais especificamente ao direito fundamental à inclusão social.

d) O direito fundamental à inclusão social pressupõe identificar pessoas ou classes de pessoas em situação de desigualdade social, não devendo essa ser vista, erroneamente, a partir de um critério exclusivamente econômico. Não é apenas a pobreza que identifica o homem excluído do meio da sociedade a que pertence, pois existem dentro da sociedade outras formas de manter pessoas ou grupos sociais fora da assistência dos projetos e programas do Estado, como se dá com os portadores de necessidades especiais, negros, mulheres, presos, índios, entre outras minorias excluídas.

e) existem grupos sociais que participam simultaneamente de vários tipos de exclusão. Dada a complexidade desse processo e a heterogeneidade das necessidades dos grupos envolvidos, as possíveis soluções para a inclusão social se tornam difíceis.

Mas é nesse momento que devemos reafirmar o papel fundamental do Estado, pois é ele quem deve organizar o procedimento da inclusão, uma vez que é o garantidor de todos os direitos dos cidadãos dentro de uma sociedade. Não podemos perder de vista também que essas medidas devem ser sempre tomadas visando proporcionar aos cidadãos condições de igualdade.

f) O direito humano fundamental à inclusão social, ao ser concretizado pelos poderes da República, entre eles o Poder Judiciário, de acordo com os critérios de justiça da dignidade concreta, estará cumprindo, também, outros princípios

constitucionais, entre eles, os da igualdade, liberdade, cidadania, soberania popular, segurança social, acesso à justiça e dignidade da pessoa humana, porque estes princípios constitucionais são o arcabouço teórico que dá sustentação a este direito.

g) Na concretização do direito fundamental à inclusão social, as políticas públicas a serem implantadas pelos poderes da república não podem e não devem ser insuficientes, ineficientes ou de cunho assistencialistas, sob pena de não cumprirem o comando constitucional e não promoverem a efetivação da necessária inclusão social. Elas, com estas características, apenas servem como solução imediatista, e não proporcionam ao cidadão - já vitimizado pelas más condições sociais -, possibilidades para que possam se auto-sustentar e não fiquem dependentes única e exclusivamente do Poder Estatal e das correspondentes políticas públicas.

O anseio do cumprimento da Justiça, ao alcance e acessível a todos, cumpridos os preceitos constitucionais, é objetivo da nação e princípio constitucional, pelos quais todas as ações do Poder Público deverão ser vertidas para concretizar a Justiça social para todos.

h) Na hipótese do Poder Público brasileiro, mais precisamente os poderes Executivo e Legislativo, não conseguirem exercer, de modo minimamente eficiente e congruente, seu papel de provedor de políticas públicas necessárias e aptas à inserção dos cidadãos excluídos, diante das mazelas próprias das conquistas políticas disputadas no seio dos núcleos de poder, partilhados até as migalhas pelos detentores do poder social, econômico, político, cultural, tecnológico, será o Poder Judiciário chamado a prestar a tutela jurisdicional adequada à efetividade de mais este direito fundamental.

i) Para que o Poder Judiciário dê sua resposta aos anseios populares, tal acesso deverá ser feito através da utilização do instrumento processual adequado e, no caso do direito fundamental à inclusão social, este instrumento é a ação civil pública.

Nessa esteira, as ações civis públicas assumem um caráter funcional, tornando-se instrumento eficaz para a ampliação do debate em torno das políticas públicas, aproximando o cidadão de uma democracia representativa, possuindo ela todos os predicados para, efetivamente, concretizar o acesso à justiça da parcela da população excluída dos direitos fundamentais mínimos, seja no tocante à obtenção da prestação de serviços públicos essenciais, seja no tocante ao controle dos atos da Administração Pública voltados à execução de políticas públicas, ambos analisados sob o aspecto da legalidade/constitucionalidade.

j) Deve ser alargada a legitimidade para a propositura da ação civil pública, posto que a formalidade excessiva imposta pela lei limita o acesso a esta espécie de garantia constitucional e impede a concretização do objetivo maior do instituto, que é o de possibilitar o verdadeiro acesso à justiça e de dar efetividade aos direitos fundamentais estampados na CF, entre eles o direito fundamental à inclusão social.

l) O novo ordenamento constitucional, ao manter as atribuições anteriores e ampliá-las com novas funções de caráter institucional, deu ao Ministério Público uma nova feição, tornando-o um órgão de grande responsabilidade na defesa do estado democrático de direito, onde deve predominar o absoluto respeito às leis, e a defesa intransigente dos direitos sociais inclusive judicialmente, o cumprimento de normas protetoras constitucionais por parte dos diferentes poderes que compõem o Estado Brasileiro (Art. 129, 11, CF). e mais do que isso, deverá ele funcionar como advogado da sociedade, na construção da nova ordem social justa..

m) O Poder Judiciário será chamado a dar sua contribuição para a construção desta nova sociedade, e o deverá fazer através do exercício da função social de pacificador que lhe foi destinada pelo Constituinte de 1988, cumprindo a ampliação do acesso à justiça, vista esta na sua concepção mais democrática e livre possível, como meio de concretização da justiça social a que os cidadãos brasileiros anseiam. E a visão social do processo, como instrumento político de efetivação do próprio direito é, grande desafio a ser vencido, na perspectiva da construção de uma nova justiça no Brasil e no mundo, dentro dessa perspectiva da universalização do direito.

n) O acesso à justiça social pressupõe um bom acesso ao Judiciário. Assim, além de prestar a tutela jurisdicional na forma preconizada na Constituição Federal, o Judiciário deve perceber a importância de sua função social e a partir de então, voltar seus olhos para os novos tempos, tempos em que será chamado, diuturnamente, a apreciar questões sociais, especialmente aquelas que decorrem do direito fundamental à inclusão social e, para tanto, deverá estar preparado para entender suas origens, suas extensões, sua subjetividade, a fim de que se torne efetiva a valorização do homem, considerando, sempre, sua dignidade humana.

o) O Ministério Público pode e deve pleitear ao Judiciário que enfrente as questões de políticas públicas quando estas se colocam em prol daquela parcela excluída da sociedade. Essa é a função e importância do controle judicial da atuação do Executivo expressa pela adoção de políticas públicas.

p) O Poder Judiciário tem legitimidade para controlar políticas públicas dos outros dois poderes quando o fizer no exercício da sua tarefa constitucional de guardião da Constituição e pacificador da sociedade. Deverá cumprir seu papel

através de uma efetiva jurisdição constitucional, concentrada ou difusa, na exata medida do poder conferido pela Constituição Federal de 1988, sem qualquer limitação, devendo a jurisdição atuar sempre como poder, porque como tal tem a seu cargo a soberania do povo, a custódia da supremacia constitucional, a tutela dos poderes constituídos e a proteção dos direitos reconhecidos. Assim, estará cumprindo a contento o seu papel na democracia brasileira.

q) Do Judiciário depende a vigência de todo um sistema institucional, de toda uma comunidade formada por inúmeros grupos sociais carentes, de todas as coisas públicas, não bastando, para isso, uma análise centrada apenas na legalidade formal ou na igualdade perante a lei.

r) A Justiça a ser garantida é aquela justiça humanista que visa a pacificação social, centrada na dignidade da pessoa humana, pressuposto do nosso Estado Democrático de Direito. Para este fim, para alcançar a efetividade do objetivo constitucional, o Poder Judiciário deve funcionar como poder de controle de toda atuação do Estado, com o efeito de reprimir os abusos das instituições, inclusive do próprio judiciário, e retificar, se for necessário, o rumo da sociedade.

s) A justiça para todos pressupõe, evidentemente, que todos estejam integrados na sociedade, que todos formem uma massa uniforme, que todos estejam incluídos. Sem inclusão social, não há igualdade, não há justiça, não há segurança, não há dignidade.

t) Por fim, por entender importante, acrescentamos que é necessário reafirmar o ideal, de toda a sociedade brasileira, pela efetivação da justiça concreta através do efetivo cumprimento do direito fundamental à inclusão social.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, João Batista de. Aspectos controvertidos da ação civil pública: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ALMEIDA, Selena Maria de. O paradigma processual do liberalismo e o acesso à justiça. Revista Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. . Número 22. Ano VII. Setembro de 2003

ALVES, Alaôr Caffé. As raízes sociais da filosofia do direito. *In* O que é a Filosofia do Direito?: Barueri, Manole, 2004

ALVIN, Arruda. Ação Civil Pública e proteção às situações coletivas. *In* A Ação Civil Pública após 20 anos; efetividade e desafios.,Coord. Edis Milaré, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005

APPIO, Eduardo. A ação civil pública no estado democrático de direito. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. Teoria Geral do Estado e da Constituição. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2005.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. O direito nas sociedades humanas. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. Artigo publicado na Revista da Escola Nacional da Magistratura, Ano I, n. 2, outubro 2006

BASTOS, Celso Ribeiro. Teoria do Estado e Ciência Política. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2004.

BEMFICA, Francisco Vani. Curso de Teoria do Estado – Direito Constitucional I. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. A Teoria das formas de Governo. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

_____. Thomas Hobbes. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. Teoria Constitucional da Democracia Participativa (Por um direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade). 1ª Ed. PC Editorial Ltda., 2001.

_____. Teoria do Estado. 3ª. Ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. Teoria Constitucional da Democracia participativa. 2ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Prefácio da obra Controle Jurisdicional da administração Pública da autora MORAES, Germana de Oliveira, São Paulo, Dialética, 2004.

BRAGA, Renato Rocha. A Coisa Julgada nas Demandas Coletivas. Rio de Janeiro: Lumen, 2000.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. Brasília: Revista de Informação Legislativa n. 133, jan/mar 1997.

CALMON DE PASSOS, J.J. Cidadania Tutelada. Salvador/Ba. Revista Eletrônica de Direito do Estado, nº 5-janeiro/fevereiro/março de 2006

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, 1993.

Centro Justiça e Sociedade da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. A Reforma Silenciosa da Justiça: O judiciário do século XXI, I Prêmio Innovare. Rio de Janeiro, 2006.

CHAUI, Marilena. Convite à Filosofia. São Paulo: Ática, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. Para Viver a Democracia. São Paulo: Editora Brasiliense, 1989.

CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade Corrêa. A Questão do Sujeito: Emergência de Novos Sujeitos Sócio-Históricos e a Ética da Libertação. Revista Argumenta, volume IV, Publicação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi, 2004.

CRUZ, Paulo Márcio. Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo. 3ª Ed. 3ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 24ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. O poder dos juízes. São Paulo: Saraiva, 1996.

DEL ROIO, Marcos. Globalização e crise do Estado brasileiro. In Globalização e Dimensões da crise Brasileira. Marília: Marília Publicações Unesp, 1999.

DEMO, Pedro. Política Social, Educação e Cidadania. Campinas: Papius, 1994.

_____. Charme da Exclusão Social. Editora Autores e Associados, 2002.

DROMI, Roberto. El Poder Judicial. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

DUSSEL, Enrique. Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Vozes, 2002.

ENGELS, Friedrich. A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado, tradução Ciro Mioranza. Editora Escala, 2003.

ESTEVEES, Julio. As críticas ao utilitarismo por Rawls. *ethic@*. Florianópolis: 2002, v.1 n.1, p.81-96, Jun. 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Ação Civil Pública – Gizamento Constitucional e Legal. *In A Ação Civil Pública após 20 anos; efetividade e desafios.*,Coord. Edis Milaré, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Das origens ao futuro da Lei de Ação Civil Pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade *In A Ação Civil Pública após 20 anos; efetividade e desafios.*,Coord. Edis Milaré, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005

GENTILI, Pablo (org.). Pedagogia da Exclusão. Petrópolis: Vozes, 1995.

GIACÓIA, Gilberto. Justiça e Dignidade: Argumenta – Revista Jurídica, n. 2 – Fundinopi, Jacarezinho/PR, , p.16 , Ano 2002

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto, o Direito Pressuposto.**In O que é a Filosofia?*:Barueri, Manole, 2004

GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer publicado na Revista de Direito do Consumidor. Ed. RT, vol. 5., 1998

GUERRA, Isabella Franco. Ação Civil Pública e o Meio Ambiente. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

HERKENHOFF, João Baptista. Como aplicar o direito. Rio: Forense, 2a. ed.,1.986

HOBBS, Thomas. Do Cidadão, Coleção Obra Prima de Cada Autor. São Paulo: Martin Claret, 2004.

_____. *Leviatã*, Coleção Obra Prima de Cada Autor. São Paulo: Martin Claret, 2004.

HÖFFE, Otfried. Justiça Política: Fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado. Petrópolis: Vozes, 1991.

JULIARD, Jacques. O Fascismo está voltando? : a queda do comunismo e a crise do capitalismo, tradução Guilherme João de Freitas. Petrópolis: Vozes, 1997.

LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o Pensamento de Hannan Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. Direitos Humanos no Brasil:Desafios à Democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

LOCKE, John. Segundo tratado Sobre o Governo, Coleção Obra Prima de Cada Autor. São Paulo: Martin Claret, 2004.

Longo, Adão. O Direito de Ser Humano. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004

LOUREIRO, Caio Márcio. Ação civil pública e o acesso à justiça. São Paulo: Método, 2004.

LUDWIG, Celso Luiz. Da ética à filosofia política crítica na transmodernidade: reflexões desde a Filosofia de Enrique Dussel. In Obra Coletiva Repensando a Teoria do Estado. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

LUKACS, John. O fim de uma era. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

MACEDO JR, Ronaldo Porto. Ação Civil Pública, o direito social e os princípios. In A Ação Civil Pública após 20 anos; efetividade e desafios.,Coord. Edis Milaré, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. Tipos de Estado (Globalização e Exclusão). Artigo publicado no site www.cjf.gov.br/revista/numero6/artigo4. Acesso em 06/02/2006.

MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado, atualização Prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARANHÃO, Clayton. Tutela jurisdicional do direito à saúde (arts 83 e 84), Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, Volume 7. São Paulo: RT, 2003

MARINONI, Luiz Guilherme "O Direito à Tutela Jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos Direitos Fundamentais.", extraído do site www.professormarinoni.com.br.

MARTINEZ, Vinício Carrilho. Artigo "Por que estudar a disciplina "Teorias do Estado"?. Texto inédito.

_____. Artigo Estado do Bem Estar Social ou Estado Social?. Texto inédito.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. Dignidade da Pessoa Humana. Curitiba: Juruá, 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data. São Paulo: Malheiros, 1995.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Ações Coletivas no direito comparado e nacional. São paulo, Editora Revista dos Tribunais; 2002

MENDES, Gilmar. Ação civil pública e controle de constitucionalidade. In A Ação Civil Pública após 20 anos; efetividade e desafios.,Coord. Edis Milaré, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005

MILARÉ, Edis. Ação Civil Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MORAES, Germana de Oliveira. Controle jurisdicional da administração pública. São Paulo. 2004.Dial[ética

MOREIRA DE PAULA, Jônatas Luiz. A Jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático. Barueri: Editora Manole, 2002.

MORO, Sérgio Fernando. Jurisdição Constitucional Como Democracia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MÜLLER, Friedrich. Democracia e Exclusão Social em face da Globalização. Artigo obtido junto ao Site <http://www.presidencia.gov.br/ccivil.03/revista/Rev.72/artigos>. Consulta em 30/01/2006.

NAVES, Nilson. Acesso à justiça. Revista Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Ano VII. Setembro de 2003. Número 22.

NERY JR, Nelson, NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. Código de Defesa do Consumidor; Interpretado pelos Autores do Anteprojeto, 1997.

_____. Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. Teoria discursiva da Constituição. O Sino do Samuel. Belo Horizonte: UFMG, 1997.

PALU, Oswaldo Luiz. Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PEREIRA, Valéria Feres Borges Rolim. O Contrato de gestão nas esferas pública e Privada – O terceiro Setor. Jacarezinho: Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas, UNESPAR/Fundinop, 2003.

PIOVESAN, Flávia (org.). Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional (Desafios do Direito Constitucional Internacional). São Paulo: Max Limond, 2002.

POCHMANN, Marcio. (org). Atlas da Exclusão Social. – Agenda não liberal da inclusão social no Brasil. São Paulo: Cortez Editora, 2003.

RAMOS, André de Carvalho. A Abrangência Nacional de Decisão Judicial em Ações Coletivas: o caso da Lei 9.494/97. RTJ 755, setembro de 1998.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REBELO, José Henrique Guaracy. O processo civil e o acesso à justiça. Revista Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Ano VII. Setembro de 2003, número 22.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Vida digna: direito, ética e ciência (Os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos, coordenação ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. In: O Direito à vida digna. Belo Horizonte: Fórum Belo Horizonte, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. São Paulo: Coleção Nova Cultural, Os Pensadores II, 2005.

SAES, Décio. A formação do Estado burguês no Brasil. São Paulo: Companhia das letras, 1991.

SANTIN, Valter Foletto. Controle Judicial da Segurança Pública: Eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS, Boaventura de Souza. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000.

SARAIVA, Paulo Lopo. Manual de Direito Constitucional. São Paulo: Acadêmica, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SCHWARTZMAN, Simon. Pobreza, exclusão social e modernidade: uma introdução ao mundo contemporâneo. São Paulo: Augurium Editora, 2004.

SILVA, José Afonso da. Constituição e Segurança Jurídica. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SILVA, José Antônio da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Interesses difusos e coletivos. 3ª Ed. São Paulo: Atlas S.A, 1999.

SODRÉ, Nelson Werneck. Capitalismo e revolução burguesa no Brasil. Belo Horizonte: Oficina dos Livros, 1990.

STRECK, Lênio Luiz. Hermêutica Jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Dois Palavras. In O Que é a Filosofia do Direito?*, Barueri/SP, Manole, 2004

VIANNA, Luiz Werneck. Liberalismo e sindicato no Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976.

VIOLIN, Tarso Cabral. Uma análise crítica do ideário do "terceiro setor" no contexto neoliberal e as arcerias entre a administração pública e sociedade civil organizada no Brasil. Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção de grau de Mestre, pelo Curso de Pós- Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho, site,

<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/2920/1/DISSERTA%3F%3FO+UFPR+TARSO+BANCA+pdf.pdf> em 28.04.2006.

Yoshida, Consuelo Yatsuda Moromizato. Ação Civil Pública: Judicialização dos Conflitos e redução da litigiosidade. *In A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios.*,Coord. Edis Milaré, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005

WATANABE, Kazuo. Tutela dos Interesses Difusos: a legitimação para agir, coordenação Ada Pelegrini Grinover. In: A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos. São Paulo: Max Limonad, 1984.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos novos direitos. In: Os Novos Direitos no Brasil: Natureza e Perspectivas. Uma Visão Básica das Novas Conflituosidades Jurídicas. São Paulo, Saraiva, 2003.

