



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

MORGANA BELLAZZI DE OLIVEIRA CARVALHO

**JURISDIÇÃO NO ESTADO DO BEM ESTAR E DO
DESENVOLVIMENTO**

Salvador
2008

MORGANA BELLAZZI DE OLIVEIRA CARVALHO

**JURISDIÇÃO NO ESTADO DO BEM ESTAR E DO
DESENVOLVIMENTO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, na linha de pesquisa: cidadania e efetividade de direitos, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Edvaldo Pereira de Brito

Salvador
2008

M847

Carvalho, Morgana Bellazzi de Oliveira.

Jurisdição no Estado do bem-estar e do desenvolvimento/Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho. – Salvador, 2008.
197f.

Orientador: Prof. Dr. Edvaldo Pereira Brito.
Dissertação (mestrado) Universidade Federal da Bahia.
Faculdade de Direito.

1. Direitos públicos. 2. Jurisdição 3. Estado do Bem-estar social e do desenvolvimento.

I. Título.

CDU: 342

MORGANA BELLAZZI DE OLIVEIRA CARVALHO

**JURISDIÇÃO NO ESTADO DO BEM ESTAR E DO
DESENVOLVIMENTO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal da Bahia, na linha de pesquisa: cidadania e efetividade de
direitos, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Orientador Prof. Dr. Edvaldo Pereira de Brito

Agradeço a todos os meus familiares e amigos que contribuíram para que eu realizasse mais esse projeto, que dedico a meus pais, a meu marido Francisco Bertino, e a nossos filhos João Joviniano e Maria.

Nosso mundo corre o risco de explosão e implosão. Tem de mudar.
HOBSBAWN, 1995.

RESUMO

O tema desta dissertação é a jurisdição no Estado do Bem-estar e do desenvolvimento. O estudo está dividido em duas partes, sendo abordadas na primeira parte as premissas e bases para a compreensão da segunda parte, que reflete especificamente o tema. O objetivo é analisar a jurisdição sob a ótica do Estado do bem-estar e do desenvolvimento, em face da globalização, como uma das garantias fundamentais, e, por isso instrumento necessário à valorização da dignidade da pessoa humana, ao respeito do mínimo existencial, ao imperativo moral de preservação do meio-ambiente e à redução das desigualdades. A pergunta que provocou o trabalho é se os direitos públicos subjetivos podem ser exigidos perante o Poder Judiciário, como forma de implementação desses direitos de forma plenamente eficaz, realizando concretamente os preceitos da Constituição Federal de 1988. Essa questão foi respondida positivamente, propondo-se critérios para tal interferência judicial, sem perder de vista a realização individual e coletiva do bem-estar, do desenvolvimento e da justiça social.

Palavras chaves: Direitos públicos. Jurisdição. Estado do Bem-estar e do desenvolvimento.

ABSTRACT

The subject of this essay is the jurisdiction in the Welfare and Development State. The study will be divided in two parts, discussing in the first part the premises and basis for the comprehension of the second part, which reflects specifically the subject of this essay. The objective is to analyze the jurisdiction through the optic of the Welfare and Development State, due to the globalization, as one of the fundamental guaranties, and, because of that, necessary instrument to award the dignity of the human person, the existential *minimum*, the imperative for the environment preservation's morale, and the inequality diminution. The question that comes throughout this study is if subjective public rights may be claimed before the Judiciary as a way of implementation of these rights in an efficient matter, attending in concrete the terms of the 1988's Federal Constitution. This question was answered positively, proposing criteria for this judicial intervention, without losing in sight the individual and collective realization of welfare, development and social justice.

Key words: Publics rights. Jurisdiction. Welfare State and Development State.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
PARTE I – DIREITOS HUMANOS, BEM-ESTAR E DESENVOLVIMENTO	13
CAPÍTULO 1 ABERTURA DO DIREITO À SOCIEDADE E AOS DIREITOS HUMANOS	14
1.1 IMPORTÂNCIA DA ABERTURA DINÂMICA DO DIREITO PARA A SOCIEDADE	14
1.2 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	25
CAPÍTULO 2 BEM-ESTAR	34
2.1 CONCEITO DE BEM-ESTAR E ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL	34
2.2 SURGIMENTO DO ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL	36
2.3 DIREITO “AO” BEM-ESTAR	44
2.4 ESTADO DO BEM-ESTAR NO BRASIL	48
CAPÍTULO 3 DESENVOLVIMENTO	59
3.1 CONCEITO DE DESENVOLVIMENTO	59
3.2 DIREITO “AO” DESENVOLVIMENTO	61
3.3 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E MEIO-AMBIENTE	65
3.4 ESTADO DO DESENVOLVIMENTO NO BRASIL	75
PARTE II – JURISDIÇÃO, GLOBALIZAÇÃO, BEM-ESTAR E DESENVOLVIMENTO	85
CAPÍTULO 1 PODER JUDICIÁRIO E JURISDIÇÃO	86
1.1 CONCEITO DE PODER JUDICIÁRIO E JURISDIÇÃO	86
1.2 IMPORTÂNCIA SOCIAL DA JURISDIÇÃO	92
1.3 ATUAÇÃO DA JURISDIÇÃO COMO ATIVIDADE	99
CAPÍTULO 2 DIREITOS SUBJETIVOS E JURISDIÇÃO	111
2.1 DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS PÚBLICOS SUBJETIVOS E SUA TUTELA	111
2.2 EXIGIBILIDADE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS	118
2.3 DIREITOS PÚBLICOS SUBJETIVOS NO BRASIL	134
CAPÍTULO 3 JURISDIÇÃO NO ESTADO DO BEM-ESTAR E DO DESENVOLVIMENTO DIANTE DA GLOBALIZAÇÃO	139
3.1 ATUAÇÃO DA JURISDIÇÃO EM FACE DA GLOBALIZAÇÃO	139
3.2 O JUDICIÁRIO E A TUTELA DO BEM-ESTAR E DO DESENVOLVIMENTO	151
3.3 DECISÕES REALIZADORAS DO BEM-ESTAR E DO DESENVOLVIMENTO NO BRASIL	161
CONCLUSÃO	177
REFERÊNCIAS	184

INTRODUÇÃO

Esta dissertação insere-se na linha de pesquisa Cidadania e Efetividade de direitos.

O tema de estudo é análise da importância e das possibilidades de contribuição da jurisdição estatal para o Estado do Bem-estar e do desenvolvimento.

O objetivo geral da pesquisa é o de examinar a jurisdição (e o acesso à ela) como direito do cidadão e dever do Estado, sua atuação no cenário da proteção dos valores humanos tutelados e sua importância social enquanto atividade para a implementação do Estado do Bem-estar e do desenvolvimento. O objetivo específico é propor critérios para uma atuação eficaz do Poder Judiciário na tutela dos direitos subjetivos promotores do bem-estar e do desenvolvimento e na realização dos valores da dignidade da pessoa humana e da justiça social, diante das consequências da globalização sobre a atividade jurisdicional.

Com efeito, em contraponto ao fenômeno da globalização, que amplia as desigualdades, acirra a competição entre os países, enfraquece a noção de soberania e a autonomia dos Estados Nacionais, e desprestigia a atividade jurisdicional estatal, as comunidades contemporâneas aumentaram a pauta de direitos sociais e desenvolvimentistas e canalizaram para o Poder Judiciário um rol de pretensões a prestações jurisdicionais direcionadas à satisfação deste tipo de direitos subjetivos.

Assim, a grande provocação da qual se originou este trabalho foi a possibilidade dos direitos públicos subjetivos fundamentarem a exigência judicial de políticas públicas, que, constatada, suscitou o questionamento de como seria possível a entrega desta prestação jurisdicional, ou seja, como a jurisdição pode ser instrumento de efetivação de direitos relacionados ao bem-estar e ao desenvolvimento.

O método utilizado foi o dedutivo, por meio da técnica de análise documental indireta na legislação, doutrina e jurisprudência, bem como entrevistas com cientista político. A abordagem guardou um enfoque multidisciplinar, podendo vir a despertar o interesse não só de juristas, mas, também, de historiadores, sociólogos, e economistas.

Daí o trabalho ter sido dividido, intencionalmente, em duas partes, como uma forma didática de conceber tantos assuntos diversos e buscar correlacioná-los de forma coerente. Então, primeiro foi apresentado um resumo de assuntos relacionados à temática central e se estabeleceram as bases e premissas do estudo, para, no segundo momento, serem construídas as respostas às questões suscitadas.

Por isso, na primeira parte, tornou-se necessário tratar da importância da abertura dinâmica do direito para a sociedade rumo ao bem-estar e ao desenvolvimento e da evolução dos direitos humanos, especialmente, no reconhecimento dentre eles dos direitos sociais. Igualmente fundamental foi abordar bem-estar e desenvolvimento como elementos da dignidade da pessoa humana.

Então, a segunda parte iniciou-se com a análise dos conceitos de Poder Judiciário e jurisdição, mostrando-se a importância social da jurisdição e a sua função como atividade/serviço/dever do Estado.

Daí avançou-se para o estudo da natureza jurídica dos direitos sociais como públicos subjetivos, da possibilidade de sua tutela judicial, bem como da exigibilidade judicial de políticas públicas destinadas a assegurar, na prática, a efetividade de tais direitos. Tudo com fulcro no conteúdo dos direitos públicos subjetivos e na sua proteção constitucional plena.

No último capítulo, procurou-se dar as respostas às questões cruciais do trabalho, delineando o quadro da globalização, que tende a prevalecer, modelando uma nova percepção de soberania dos Estados Nacionais e de importância da atuação jurisdicional estatal em prol do bem-estar e do desenvolvimento, inclusive analisando decisões judiciais de casos concretos no Brasil, que contemplam a proteção de direitos públicos subjetivos.

Nas conclusões, são sintetizadas as proposições centrais defendidas neste estudo e tecidas observações sobre a matéria, com a finalidade de trazer o tema à discussão e reflexão.

Defendeu-se, com essa dissertação, novo papel do Judiciário no Estado do Bem-estar e do desenvolvimento, ampliado para permitir que a jurisdição possa ser vista e prestada como um serviço público essencial, e que, de fato, possa garantir a efetivação prática dos direitos constitucionais fundamentais, imprescindíveis para a promoção do bem-estar, do desenvolvimento, e para o exercício da cidadania.

Acredita-se, assim, ter apresentado uma contribuição para a defesa da instalação efetiva do Estado do Bem-estar social e do desenvolvimento, e compartilhado com o leitor as preocupações com a democracia, o direito e a humanidade em suas correlações com a paz, a transformação social, a solidariedade, a cidadania, e a efetividade de direitos, inclusive para além desta geração.

PARTE I
DIREITO, DIREITOS HUMANOS, BEM-ESTAR E
DESENVOLVIMENTO

CAPÍTULO 1 ABERTURA DO DIREITO À SOCIEDADE E AOS DIREITOS HUMANOS

O motivo de se abordar no primeiro capítulo, ainda que sucintamente, a abertura do direito à sociedade e aos direitos humanos justifica-se pelo fato de entender-se que este tema é imprescindível para a compreensão dos capítulos subseqüentes, tanto dos que tratarão do bem-estar e do desenvolvimento, quanto dos que, na segunda parte do trabalho, enfrentarão os desafios da jurisdição frente ao aumento de complexidade das relações sociais no Estado do Bem-estar e do desenvolvimento.

1.1 IMPORTÂNCIA DA ABERTURA DINÂMICA DO DIREITO PARA A SOCIEDADE

O escopo desse tópico não é fazer uma análise da *jurisprudência analítica*¹ que estuda a atividade de descrever o direito, de dizer o que é o direito de uma forma objetiva. Tão pouco se pretende decompor a idéia de direito, ou descrever sua origem. O que se pretende é buscar traduzir a importância da abertura dinâmica do direito para a sociedade, respaldando o entendimento acerca da imprescindibilidade da evolução constante do fenômeno jurídico como instrumento de pacificação social, constatada não só pela positivação de novos direitos, mas, também, pela

¹ A palavra *jurisprudência* é utilizada no sentido de ciência ou filosofia do direito. A *jurisprudência analítica* foi uma técnica criada por John Austin e descrita por Herbert Hart (positivista intermediário, precursor da abordagem do direito conhecida como jurisprudência lingüística). (STRUCHINER, 2002)

interpretação legítima, pelo Judiciário, do direito vigente, garantindo-se a aplicação justa e construtiva das normas jurídicas.

Então, o ponto de partida do estudo são as seguintes indagações. O que é o direito? Como se apresenta? Como é entendido e aplicado? Em que ele afeta a sociedade? Por que o direito não pode ficar em mora com os fatos? Por que se espera que seja justo?

O direito é muito difícil de ser definido com rigor, embora não só juristas, mas, também, filósofos, sociólogos e historiadores sempre mostraram e ainda mostram a preocupação em definir este fenômeno universal.

Tercio Sampaio Ferraz Jr. (2003, p. 34) afirma que há algo de humano, mas, sobretudo, de cultural na busca da essência do direito, até porque a possibilidade de fornecer a identidade de um fenômeno confere sempre segurança ao estudo e à ação. Porém, ele alerta que, tendo em vista a carga emotiva da palavra, é preciso saber que qualquer definição que se dê ao *direito*, sempre se estará diante de uma definição persuasiva. Isso porque é muito difícil, senão impossível, no plano da prática, uma definição neutra, em que a carga emotiva e a persuasão estejam totalmente eliminadas.

Assim, frisa-se que, na definição de direito trazida neste item, não estão afastados da discussão teórica a carga emotiva e as convicções de cada autor.

Segundo Gregório Robles (1998, p. 41), direito, inicialmente, é texto. Texto produzido e reproduzido pelo homem, que, historicamente constrói os significados das coisas através de seus sentidos e não de seus instintos.

Quando se diz que direito é texto pode-se estar querendo dizer muitas coisas. Afinal, detrás do texto existem homens, interesses, aspirações, ideais, bens, conflitos, decisões, poderes, sentimentos, vinculações, etc. Pode-se querer dizer, também, que o direito se manifesta ou aparece como texto, ou querer dizer que a essência do direito está no texto. E ainda, que direito existe como texto e que se não fosse assim, não existiria.

Mas, qual o significado se deve atribuir à palavra texto?

Neste ponto Gregório Robles (1998) esclarece que a palavra texto quer dizer qualquer manifestação humana oral ou escrita. A verbalização, oral ou escrita da língua, por conseguinte, é a marca inequívoca do texto. Além disso, o texto é composto de signos e todo signo representa ou significa alguma coisa, sendo que é entendido a depender da relação que trave com o objeto (semântica), com outros signos (sintaxe) ou com o sujeito que o emprega (pragmática).

Ora, se o texto é composto de signos e a linguagem é o conjunto deles, verbalizados ou não, pode-se dizer que a língua escrita ou falada é um desses signos, é um dos elementos da linguagem. Quanto a isso, Edvaldo Brito (1993, p. 16) afirma: *a essência da linguagem humana se compõe de elementos para além daqueles que se expressam verbalizados.*

Daí concluir-se que os gestos humanos também são linguagem: um aperto de mãos, um beijo, a comunicação dos surdos e mudos, tudo isso são exemplos de linguagem, toda ação humana é manifestação da linguagem.

O homem é um ser simbólico (fala, gesticula, ri, chora, fabrica, trabalha, brinca, dança, canta, joga, medita...) e essa aventura infinita de suas linguagens o faz humano (SANTAELLA, 2000). Ele não se relaciona com o mundo sem tentar, a todo o tempo, modificá-lo. A comunicação é um requisito essencial para a modificação do mundo. E, também imprescindível para a vida em sociedade.

Ora, se direito regula, precipuamente, a convivência humana em sociedade (regula condutas intersubjetivas), e se o direito se apresenta como texto (escrito ou falado), então, direito é linguagem. Uma linguagem humana, artificial e técnica, que necessita ser interpretada para ser compreendida (decodificada). Nesse sentido, Edvaldo Brito (1993, p. 16) escreve que:

A realidade do Direito é, em si, linguagem, uma vez que se expressa por proposições prescritivas no ato intelectual em que a fonte normativa afirma ou nega algo ao pensar a conduta humana em sua interferência

intersubjetiva; bem assim, é linguagem, uma vez que, para falar dessas proposições, outras são enunciadas mediante formas descritivas. É, ainda, linguagem, porque há um discurso típico recheado de elementos que constituem o repertório específico que caracteriza o comportamental da fonte que emite a mensagem normativa e de organização que se incumbe de tipificar na sua "*facti specie*" a conduta dos demais destinatários (receptores de mensagem) quando na sua interferência intersubjetiva. (BRITO, 1993, p. 16)

Assim, a verdade do direito que se apresenta inicialmente como texto, é, também, linguagem. Mas não só isso. O texto não representa a essência do direito e nem o direito se reduz à linguagem, apenas se quer dizer que se manifesta por ela.

Em primeiro lugar, a linguagem para expressar a norma tem de ser traduzida pelo receptor que o faz a partir da interpretação do texto. Logo, a norma jurídica é extraída ou construída no homem e pelo homem, a partir da interpretação do texto. E, como o direito é uma linguagem técnica, a compreensão da norma está limitada ao nível de linguagem do intérprete. Afinal, conforme frase célebre do filósofo Wittgenstein (1987), também mencionada no livro *Limites da Revisão Constitucional* de Edvaldo Brito (1993, p. 16): *os limites da minha linguagem significam os limites do meu mundo*.

O direito surge da necessidade complexa de regular a sociedade para evitar litígios e para solucionar, juridicamente, os conflitos oriundos das relações sociais, que se jurisdicizam pela incompetência dos homens (sujeitos de direito) de conciliarem-se sem a presença de um terceiro que, em nome do Poder Jurisdicional do Estado, interpreta e aplica um código específico, de linguagem artificial, que é o direito.

Hoje, essa atividade interpretativa do juiz está mais ampliada em razão da juridicização da vida, da complexidade da sociedade e da substituição do vínculo de solidariedade pelo vínculo jurídico como *cimento* do edifício social.

E esse dizer interpretativo do direito, que deve ser a atividade desenvolvida pelo juiz, dá-se porque o objeto do direito não é a norma jurídica pronta e acabada; é texto; é enunciado prescritivo. A norma é o resultado extraído da interpretação do texto jurídico, que pode ter várias interpretações possíveis, desde que fundamentada a escolha.

O próprio Kelsen (2006, p. 387-395), já concluíra que, se interpretação é a fixação do sentido da norma (objeto a interpretar), o resultado da interpretação jurídica para obtenção do significado da norma geral somente pode ser a fixação da moldura que representa o direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, o próprio expoente do positivismo já reconhecia que a interpretação de uma lei não deve, necessariamente, conduzir a uma única solução como sendo a correta, mas, possivelmente, a várias soluções que têm igual valor, devendo-se escolher a melhor dentre as corretas.

Contudo, mesmo que fundamentada e dentro da moldura, não haverá nunca uma interpretação imparcial e neutra ou puramente técnica, pois o intérprete mais zeloso atua a partir de seus valores, por isso não se deve presumir a existência de uma única interpretação correta, mas, sempre se deve buscar a interpretação que melhor solucione o caso concreto.

Isto porque, repita-se, direito é linguagem e o homem também é linguagem, pois a linguagem é a mais eficiente criação humana para interferir e modificar o mundo.

Apesar do esforço dos legisladores, não se trata de uma linguagem fechada. Aplica-se ao direito a noção de textura aberta da linguagem, permitida, no campo da filosofia, por Wittgenstein, desenvolvida por um de seus primeiros e mais importantes discípulos, o filósofo da linguagem Waismann, e empregada, no direito, por exemplo, por Hart em sua obra *O Conceito de Direito*, onde ele se aprofunda no tratamento das questões sobre as conseqüências da textura aberta da linguagem para o direito e para a filosofia do direito, além de mostrar que a textura aberta da linguagem presente nas regras jurídicas, constitui um benefício para o funcionamento do próprio direito.

Mas, o que significa *textura aberta*?

A *textura aberta* é a possibilidade permanente da existência de uma região de significado onde não conseguimos determinar com segurança qual o conceito da

palavra que se aplica (STRUCHINER, 2002, p. 06). De fato, as palavras, às vezes, parecem descrever com exatidão aquilo que está no mundo, porém, outras vezes existe imprecisão e dúvida sobre aquilo que o texto falado ou escrito pretende enunciar.

As palavras possuem significado aberto, textura aberta, ou seja, diversas possibilidades de significado. Struchiner (2002) esclarece a noção de textura aberta através de exemplos adotados por Waismann (1978 p. 119/120):

Suponha que eu tenha que verificar a afirmação: tem um gato no quarto ao lado; suponha que eu vá para o quarto ao lado, abra a porta e, de fato, veja um gato. Será que isso é suficiente para provar minha afirmação? Ou, devo além disso, tocar no gato, acaricia-lo e induzi-lo a ronronar? (...) Mas, o que devo dizer se mais tarde aquela criatura crescer assumindo um tamanho gigantesco? Ou se aquela criatura vier a mostrar um comportamento esquisito, que não se encontra em gatos, como, por exemplo, sob certas condições essa criatura ressuscitasse da morte, enquanto gatos normais não fariam isso? Devo eu, nesse caso, dizer que passou a existir uma nova espécie de animal? Ou que aquela criatura era um gato com propriedades extraordinárias? Suponha que eu me depare com um ser que se parece com um homem e tem só um palmo de altura – devo dizer que se trata de um homem? (STRUCHINER, 2002, p. 16)

O que Waismann queria dizer é que conceitos como gato, homem e, acrescentando-se, direito, apresentam uma textura aberta, isto é, uma região cinzenta ou fronteira, que por mais que se tente limitar, sempre deixar-se-á lacunas tanto na forma como no uso desses conceitos.

Dessa forma, a maioria dos conceitos apresenta a propriedade da incompletude, espaço a preencher antes da atribuição de significado.

Na linguagem de textura aberta, nunca se tem certeza de que foram incluídos na definição tudo aquilo que deveria ter sido incluído, e, portanto, o processo de definição e refinamento de uma idéia vai continuar sem nunca atingir um estágio final conclusivo.

Se o direito é um conceito de textura aberta, por mais que se tente defini-lo e delimita-lo, sempre haverá inúmeras outras direções e possibilidades em virtude de sua incompletude essencial².

Nunca se incluirá nas regras jurídicas tudo que deveria ter sido incluído, por mais que o sistema vise abarcar o maior número de possibilidades pela abstração e generalização e indeterminação da regra. Seja por imperícia do legislador, seja em função dos limites inerentes ao conhecimento humano ou pela própria natureza dinâmica do mundo – a regra criada atende às tendências e hábitos predominantes na sociedade de sua época. Conseqüentemente, sempre podem surgir situações particulares que farão com o que juiz decida, definindo melhor e refinando a regra no momento em que tem de decidir sobre sua aplicação ou não.

Esse processo de definição e refinamento das regras jurídicas é contínuo, já que sempre será possível o surgimento de casos não antecipados (previstos pelo legislador). Essa possibilidade demonstra que a regra mais precisa pode se tornar vaga.

De fato, a interpretação do texto é sempre a chave para a inteligibilidade e aplicação da norma jurídica, ainda que seu papel se torne mais visível socialmente nos casos difíceis, insólitos, controversos, não rotineiros, os chamados por Dworkin (2005), *hard cases*. A interpretação jurídica significa o raciocínio acerca da melhor das soluções possíveis, de modo a atingir o melhor benefício para a sociedade em termos de justiça e equidade. Na escolha a partir da existência de mais de uma solução para um mesmo caso, o intérprete deverá utilizar-se da *prudência* para reconhecer, dentre as soluções possíveis, aquela que mais sirva (no sentido de se adequar) para o caso concreto e que melhor atenda aos anseios da sociedade,

² *Waismann explica a noção de incompletude essencial da seguinte forma: se eu tivesse que descrever a minha mão direita, que eu agora estou levantando, eu poderia dizer coisas diferentes sobre ela: eu posso dizer o seu tamanho, o seu formato, a sua cor, o seu tecido, a composição química dos seus ossos, suas células e adicionar outros detalhes; porém, não importa o quanto eu me estenda, eu nunca vou alcançar um ponto em que a minha descrição será completa: falando de forma lógica, sempre é possível estender a descrição adicionando algum outro detalhe. Toda descrição estende-se para um horizonte de possibilidades abertas: não importa a distância que eu percorra, eu sempre carregarei esse horizonte comigo (...) não existe completude no caso em que eu descrevo a minha mão direita, ou o caráter de uma pessoa; eu nunca posso exaurir todos os detalhes ou prever todas as circunstâncias que me fariam modificar ou retirar a minha afirmação. (Isso já havia sido notado por Leibniz quando ele disse que qualquer coisa real é inesgotável nas suas propriedades e uma verdadeira imagem da Mente Infinita).* (STRUCHINER, 2002, p. 18)

considerando a importância social das decisões judiciais, e os limites da interpretação jurídica³.

Com efeito, as regras são, um dos vários fatores responsáveis pelas decisões judiciais, mas elas por si só, não determinam resultado algum. Elas não são suficientes para se alcançar uma decisão judicial. A decisão é resultado da interpretação. Aliás, como assegura Tercio Sampaio Ferraz Jr. (2006, p. 68), *é hoje um postulado quase universal da ciência jurídica a tese de que não há norma sem interpretação, ou seja, toda norma é, pelo simples fato de ser posta, passível de interpretação.*

Portanto, não é somente quando o juiz encontra um caso anômalo, situado na região da penumbra do significado da regra que deve realizar a atividade de interpretação desta. Mesmo quando a regra parece clara, a subsunção deve derivar do raciocínio interpretativo do julgador. O juiz nunca diz apenas o direito, ao aplicar a regra ele deve interpretá-la, eliminando a indeterminação em *todos* os casos que forem postos ao Judiciário.

A comunidade precisa ter essa segurança, afinal, o direito é um elemento essencial dela. Com efeito, pode até existir pessoas que vivam sem qualquer ligação íntima com a política, com a poesia, com a arte, com a música, ou com o futebol, entretanto, não há ninguém que não viva sob a égide do Direito e que não seja por ele *constantemente afetado e dirigido*⁴. Mesmo antes de nascer o homem interage com o direito. E, até depois que morre, o direito continua a interferir nos interesses que tinha em vida.

O direito não deixa o homem nunca, desde que acorda até quando vai deitar-se, automaticamente. Muitas vezes, sem se dar conta, o homem interage com o direito. Assim, o desinteresse do não-jurista pelo direito é apenas aparente, até porque embora não se interesse pelo direito como ciência ou conhecimento, se baseia no

³ Neste sentido tem-se Humberto Eco *Interpretação e superinterpretação* e Emilio Betti, *La interpretacion de las leyes y actos jurídicos*.

⁴ *Não há ninguém que não viva sob o Direito e que não seja por ele constantemente afetado e dirigido. O homem nasce e cresce no seio da comunidade e – à parte casos anormais – jamais se separa dela. Ora, o Direito é um elemento essencial da comunidade. Logo inevitavelmente, afeta-nos e nos diz respeito.* (ENGISCH, 1996, p. 12)

direito como paradigma de seu comportamento, em especial no direito concreto, ou seja, aquele proveniente das decisões judiciais.

Por outro lado, o direito, como instrumento de controle social, se constrói e se mantém através de um sistema de composição das forças de poder na sociedade.

Os institutos jurídicos, portanto, antes de dogmas sobre os quais se ergue o ordenamento, são, em verdade, conceitos adaptáveis à evolução da sociedade, dinâmicos como o próprio homem. E, nesta adaptação, o papel da jurisdição é essencial.

De fato, o direito tem que evoluir junto com a sociedade, por isso o direito não pode ter uma estrutura estática, e, sim, ter uma estrutura dinâmica e autopoietica, que se cria e recria sempre, auto regulando-se, auto reproduzindo-se e retro alimentando-se constantemente. (SOUZA, 1999)⁵.

A qualidade dinâmica do direito quer dizer que a extensão de sua aplicabilidade, ou o uso de seus termos pode ser legitimamente alterada com o tempo. Direito não é um conceito dotado de precisão absoluta. Como visto, direito é um conceito com contornos imprecisos e muda com o passar dos anos, em razão de ter/ser uma linguagem de textura aberta. E isso é de uma importância fundamental para a evolução do próprio direito e de sua adequação à evolução humana.

Karl Engisch (1996) tem uma passagem que demonstra bem a dinâmica das relações jurídicas e a evolução cultural do direito:

O sol, a lua, as estrelas brilham hoje da mesma forma que há milhares de anos atrás; a rosa desabrocha ainda hoje tal como no paraíso; o Direito, porém, tornou-se desde então diferente. O casamento, a família, o Estado, a propriedade passaram pelas mais diversas configurações. (ENGISCH, 1996, p. 16)

Por sua vez, Struchiner (2002) transcreve o seguinte texto que reputa de autoria de Waismann acerca da temporalidade e historicidade do direito e da impossibilidade

⁵ Pela idéia dos fundadores da “autopoiesis”, cada sistema vivo, considerado individualmente, define-se pela autonomia e constância de determinada organização das relações entre os elementos que o compõem. (SOUZA, 1999)

de existência de um sistema jurídico fechado que dure para sempre, negando completamente a utopia e o exagero do formalismo jurídico⁶:

As leis de qualquer época são adequadas para as características predominantes, tendências e hábitos da sociedade nessa época. A idéia de um sistema fechado de leis que dura para sempre, e que é capaz de resolver qualquer conflito é uma fantasia utópica sem nenhum fundamento para sustenta-la. (STRUCHINER, 2002, p. 30)

Partindo da idéia da textura aberta da linguagem no direito e, lembrando da teoria tridimensional de Miguel Reale (1994), que descreve o direito como fato, valor e norma (elementos de toda a vida jurídica que se prestam a regular as condutas humanas intersubjetivas), resta coerente se afirmar *que o direito não deve estar em mora com os fatos* (GOMES, 1961), nem estar distante dos valores humanos mais caros, devendo evoluir junto com a sociedade, sob pena de ser inútil, inaplicável e, até mesmo injusto. E, o direito além de ser útil por poder ser efetivamente aplicado possui a pretensão de ser justo.

Orlando Gomes (1961) lembra que o direito como fenômeno da superestrutura deve corresponder às transformações ocorrentes na infra-estrutura da sociedade, ou seja, os fatos levariam o direito *a reboque*, porque são mais ligeiros em evoluir que a superestrutura jurídica.

E, como a ciência do direito é uma ciência social, deve ser *um processo aberto de criação, porque a sociedade é algo que os homens não param de refazer*. (FURTADO, 1999, p. 70)

As posições dos autores apresentados fundamentam, reiteradamente, a concepção do direito como texto, que reflete a sociedade, e deve ser interpretado, para, nela, ter efetividade. Então, o que cabe fazer se houver defasagem entre o direito e a realidade, ou seja, se os fatos andarem mais rápido do que os textos das leis e sua interpretação até então vigente? Esta é uma pergunta que inclui sua resposta. Além

⁶ O formalismo jurídico pretende oferecer uma teoria do direito que privilegia a segurança jurídica, por isso enfatiza a plenitude hermética do direito, a rigidez dos termos gerais encontrados e o papel do juiz de dizer o direito e não de criá-lo. O preço que os formalistas pagam por adotarem tal teoria é sustentar uma visão incompleta da realidade jurídica, que não é verdadeira. Eles não consideram a textura aberta da linguagem e, por conta disso, somente são capazes de solucionar casos fáceis, claros e óbvios. (STRUCHINER, 2002, p. 133)

de reformas na legislação (que são lentas, obedecendo a burocracia normal de elaboração das leis), a atividade jurisdicional é a grande responsável por recuperar a defasagem legislativa.

Com efeito, as normas jurídicas precisam ser atualizadas a fim de acompanharem as mudanças ocorridas na sociedade, preservando a qualidade do pacto social e a manutenção da ordem política. Todavia, enquanto não são atualizadas, é a jurisdição que deve diminuir o fosso entre a realidade e o direito. Quando, e isto é cada vez mais comum, a norma geral fica defasada, é na norma individual (decisões judiciais) que o direito recupera terreno.

Assim, indubitavelmente, é preciso que o direito acompanhe as mudanças sociais ou, pelo menos, se afaste menos delas, diminuindo o descompasso ou a falta de correspondência entre o direito e a realidade social e econômica do Estado. Afinal, as construções teóricas só têm valor quando podem ter aplicabilidade concreta. O direito, portanto, necessita de uma maior abertura para a sociedade, de maneira que as normas jurídicas, ao serem interpretadas e aplicadas, concretizem os valores materiais abertos positivados, assegurando sua força normativa. Daí a importância do direito estar em consonância com o contexto social, econômico e cultural atual.

Além disso, o direito deve se aproximar dos padrões ideais de justiça⁷ da sociedade em seu tempo. Este é um dos papéis essenciais da jurisdição.

Ressaltando-se que, essa expectativa de um direito justo não se verifica sempre, pois depende do tipo de Estado de que se está tratando. Afinal, quanto mais totalitário for o Estado e quanto mais frágil for a sociedade civil em termos de participação e organização, mais o direito valorizará a segurança jurídica e a autoridade das decisões em detrimento da correção e da justiça, prevalecendo os valores relacionados com a pacificação social e segurança, que beneficiam o poder econômico e privilegiam o *status quo*.

⁷ Justiça que adquire valor em razão e na medida em que constitui condição do bem social. (JHERING, 2002, p. 142)

Entretanto, quando uma sociedade logra maior participação política e tem melhor organização predominam os valores de justiça, que proporcionam mais equitativa fruição dos bens da vida pelo maior número de pessoas, ou seja, que proporcionam o bem-estar. E é esse direito justo, atual e democrático que é compatível com o Estado do Bem-estar e do desenvolvimento, cuja concepção - como se verá na seqüência - articula democracia, justiça, soberania participativa do povo, reconhecimento e respeito dos direitos humanos como fatores que proporcionam a dignidade da pessoa humana.

1.2 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A evolução histórica dos direitos humanos possui uma importância cabal para a compreensão da própria evolução da sociedade humana no mundo ocidental e de suas conquistas. Por essa razão será feito, ainda que sucintamente, o estudo desses direitos, como direitos que dizem respeito diretamente à dignidade da pessoa humana.

Opta-se por fazer tal estudo a partir da adoção da classificação doutrinária em gerações de direitos, defendida por Norberto Bobbio e Paulo Bonavides.

Entretanto, ressalta-se que a divisão dos direitos humanos feita pela classificação em gerações não deve ter qualquer impacto na eficácia ou implementação desses direitos nos casos concretos⁸.

Com efeito, embora se entenda que os direitos humanos são indivisíveis e que todos estão inter-relacionados, tal fato não impede que, metodologicamente, os direitos

⁸ Apesar disso, deve-se reconhecer que os direitos incorporados a mais tempo à cultura da sociedade e à formação dos juízes conseguem mais facilmente seu reconhecimento e efetivação. Para os juízes formados no reconhecimento do indivíduo como a parte legítima por excelência para a propositura das ações (perspectiva individualista) tem sido muitas vezes difícil aceitar e aplicar os direitos coletivos e difusos em suas decisões (como é o caso dos direitos ligados ao meio ambiente ou a proteção do patrimônio cultural), e entender o objetivo de instrumentos como o mandado de segurança coletivo ou a substituição processual de uma categoria pelo sindicato que a representa. O Brasil fornece um exemplo singular da geração dos direitos. Os direitos individuais encontram expressão, por exemplo, em duradouro Código Civil que formou gerações de operadores do direito. Os direitos sociais são incorporados, com resistências sociais, a partir de 1930, e através de uma justiça especial: a do Trabalho. Os direitos difusos e coletivos são postulados a partir da década de 70 e encontram guarida na Constituição de 1988, gerando novos ramos do direito (ex. Direito Ambiental).

sejam arrumados, organizados sob um critério lógico e razoável, como é a classificação em gerações. Afinal, a classificação em gerações facilita a compreensão de aspectos como titularidade, conteúdo e formas de exercício de cada direito humano e é útil para que se tenha uma noção da formação histórica do conjunto de direitos humanos hodiernamente reconhecidos, permitindo identificar as influências ideológicas que são subjacentes a cada direito.

Não se deve ter em mente, entretanto, que o uso do termo *geração* dá a idéia de substituição gradativa de uma geração por outra. Isso é, de fato, um erro. Uma nova geração não substitui, torna obsoleta ou exclui a pré-existente, pelo contrário, elas se completam.

Isto, evidentemente, não significa que haja superação de uma geração por outra ou que as gerações de direito são excludentes, posto que, como dito, os direitos humanos são indivisíveis, interdependentes e complementares. Por exemplo, de nada serve a igualdade nas mãos de um tirano, ou seja, sem liberdade; e, de nada serve a liberdade, senão entre os iguais.

Uma nova geração de direito não surge, naturalmente, do desenvolvimento da anterior como ocorre com as gerações de seres vivos. Quando é reconhecido juridicamente um novo direito, os direitos anteriores não desaparecem, há um processo de acumulação, interação e de expansão dos direitos pré-existentes. Os novos direitos enriquecem e ampliam os direitos anteriores. Os direitos de liberdade, por exemplo, não desapareceram com o surgimento dos direitos sociais e assim por diante.

Por outro lado, não há que se falar em hierarquia de direitos. Os direitos de primeira geração não são mais importantes ou relevantes que os de segunda.

Antônio Augusto Cançado Trindade (1991) ressalta, a complementaridade e a necessidade de uma interpretação harmonizante entre as diversas gerações de direitos, assim como entre os diversos instrumentos normativos, com base nos princípios da expansão e melhoria, em grau e extensão, da proteção conferida pelos direitos humanos e da aplicação da norma mais favorável ao protegido.

Ele critica, porém, a classificação em *gerações* de direitos, tese formulada, segundo ele, por Karel Vasak⁹, em conferência ministrada em 1979, no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo, por inspiração do lema da revolução francesa (liberdade, igualdade e fraternidade). De acordo com a tese, a primeira geração dos direitos humanos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade. A segunda geração, seria a dos direitos econômicos e sociais, baseados na igualdade. E, por fim, a terceira geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, com base na fraternidade.

Cançado Trindade diz que a tese das gerações de direitos não tem fundamento jurídico, *sendo uma tese fragmentadora, atomista e que não corresponde à realidade*¹⁰.

Entretanto, é bom que se frise que qualquer classificação se faz de acordo com a visão que quem classifica tem do objeto classificado. Portanto, a classificação de um doutrinador pode não agradar ou coincidir com a de outro, e, assim, um passa a criticar a classificação do outro e assim sucessivamente, como ocorre em todos os ramos da ciência.

Toda classificação parte de um ponto de vista, pois quem classifica parte de um sistema ou método próprio para arrumar, ordenar determinado objeto. Não se pode negar que o ato de classificar, necessariamente, importa dividir, repartir o todo, separar, distribuir em categorias, partes, grupos, partindo da ótica, e da lógica enxergada por aquele que classifica. Assim, classificar é uma ação relativa e *pré-conceituosa*, no sentido de partir de uma pré-concepção, pré-valorização do objeto a ser classificado por um ser humano em dado momento.

⁹ Antonio Augusto Cançado Trindade foi aluno de Karel Vasak no Instituto Internacional de Direitos Humanos e foi examinado por ele.

¹⁰ Cançado Trindade rechaça em livros e votos a tese de gerações de direitos, pois diz ser inadequada e como exemplo cita o direito à vida que é de primeira, segunda e terceira gerações, de todas, além de ser um direito civil, político, econômico, social e cultural. Ele diz que a classificação em gerações corresponde à evolução do direito constitucional. Para ele, entretanto, os direitos que primeiro apareceram no plano internacional foram os econômicos e sociais.

Ora, se é o homem que cria as classificações, (ele e suas circunstâncias, como diria Ortega y Gasset), logo todas as classificações devem ser vistas do ponto de vista didático e subjetivo, não devendo aprisionar o intérprete, pois podem, inclusive, estar ultrapassadas e não servirem mais às necessidades do tempo atual.

Portanto, apesar de reconhecer que há doutrinadores que discordam da classificação dos direitos humanos em gerações, esta será a utilizada para a abordagem que se pretende neste capítulo, como um recurso metodológico para melhor compreensão do tema, até porque guarda correspondência com as etapas de sua recepção pelas constituições e legislação brasileiras, e segue a evolução dos direitos humanos na história recente das sociedades ocidentais¹¹.

Acontecimentos que marcaram a evolução dos povos rumo à constitucionalização dos direitos humanos fundamentais podem ser rememorados desde o fortalecimento comercial na Alta Idade Média, passando pela retomada da urbanização do ocidente cristão, como também pela necessidade de solidificação dos estamentos de mercadores e burgueses, rumo à conscientização sobre a importância de se ampliar os direitos inerentes à personalidade humana, juntamente com as garantias de respeito, ou de acatamento em relação a esses direitos por parte dos detentores do poder. (COLLAÇO, 2004, p. 01)

Entretanto, ressalta-se que aqui não se entrará na discussão sobre o marco inicial da positivação dos direitos humanos, ou seja, se esta se dera com a Magna Carta de 1215, ou com a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, ou com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ou, ainda, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Acredita-se que todos esses fatos históricos, sem dúvida, colaboraram efetivamente para que as reivindicações sociais no sentido do reconhecimento dos direitos humanos (direitos inerentes à própria espécie humana) fossem levadas a efeito.

¹¹ Considerando *ocidentais*, as sociedades sediadas na Europa e nas Américas. O que alguns chamam de civilizações judaico-cristãs.

Assim, os direitos humanos, podem ser classificados como: direitos de primeira, segunda, terceira e, mais recentemente, de quarta geração.

A primeira geração é aquela informada pelas aspirações de liberdade e conhecida como direitos civis e políticos. Esta geração encerra os postulados dos cidadãos em face da atuação do poder público, buscando controlar e limitar os desmandos e arbitrariedades dos governantes, de modo que se fizesse respeitar as liberdades individuais da pessoa humana.

Os direitos que compõem a primeira geração tendem a impor ao Estado obrigações negativas, ou seja, abstenções, ao invés de intervenções (mas isso não é uma regra¹²), e têm mais um sentido de *liberdade de, do* que de *direito a*. São direitos de titularidade individual, embora alguns sejam exercidos por conjuntos de indivíduos. Essa geração inclui os direitos à vida, liberdade, segurança, honra, imagem, não discriminação racial, propriedade privada, privacidade e sigilo de comunicações, ao devido processo legal, ao asilo político face a perseguições políticas, bem como as liberdades de culto, crença, consciência, opinião, expressão, associação e reunião pacíficas, locomoção, participação política direta ou por meio de eleições.

A segunda geração é fundada no ideário da igualdade e os direitos visam proteger a dignidade humana e o bem-estar social. Significam uma exigência ao poder público no sentido de que atue em favor do cidadão e não mais para deixar de fazer alguma coisa (mas nem sempre¹³). Essa necessidade de prestação positiva do Estado corresponde aos chamados direitos sociais, direitos não mais considerados individualmente, mas, sim, coletivamente.

Com efeito, após garantir sua liberdade, o homem necessitava satisfazer suas necessidades mínimas que estavam em *déficit*, viver dignamente e desfrutar do bem-estar.

¹² Nem sempre os direitos de primeira geração são direitos de *status* negativos e não onerosos para o Estado, a exemplo do direito de propriedade, cuja plena proteção implica em inúmeras obrigações estatais positivas.

¹³ Nem sempre o Estado precisa agir e gastar verbas para satisfazer os direitos de segunda geração. A proteção à saúde, por exemplo, que é um direito social, de segunda geração, não tem *status* apenas positivo, possui também *status* negativo, como o de impedir o Estado de editar normas que possam prejudicar a saúde da população ou mesmo evitar a violação direta da integridade física de um cidadão pelo Estado.

Os direitos de segunda geração têm por objetivo garantir aos indivíduos condições materiais tidas por seus defensores como imprescindíveis para o pleno gozo dos direitos de primeira geração e, por isso, tendem a exigir do Estado intervenções ativas na ordem social segundo critérios de justiça distributiva. Incluem os direitos a previdência social, ao trabalho e proteção contra o desemprego, ao repouso semanal remunerado, ao lazer, incluindo férias remuneradas, a um padrão de vida que assegure a saúde, a educação, a moradia, a segurança pública, e de sindicalização.

Os direitos de terceira geração são aqueles inspirados no ideal de fraternidade ou solidariedade, interligando e reformulando os valores defendidos pelas gerações anteriores. Consubstanciam-se na razão de existência do ser humano e no destino da humanidade. São direitos: a) reivindicados não pelo indivíduo na sua singularidade, mas, sim, por grupos humanos como a família, o povo, a nação e a própria humanidade (seu destinatário é o gênero humano mesmo, portanto coletivos por excelência); b) dotados de alto teor de humanismo e universalidade; c) cuja concretização depende de um esforço coordenado em nível mundial sem precedentes e ainda por ser realizado.

Por exemplo, tem-se: o direito à auto-determinação política, econômica, social e cultural dos povos; o direito ao desenvolvimento econômico e social; à participação nos benefícios da herança comum da humanidade; direito à paz; ao socorro humanitário em casos de desastres; e a um meio ambiente sadio. Os três primeiros direitos exemplificados refletem a emergência do Terceiro Mundo no cenário político mundial e os outros três derivam justamente da atual percepção da insuficiência e impotência dos Estados face às atuais ameaças mundiais: direito à paz, ao socorro humanitário em casos de desastres, e a um meio ambiente sadio.

Por fim, tem-se a quarta geração (que nem todos os autores aceitam) que é uma categoria recente de direitos e ainda em discussão, que se refere aos direitos das gerações futuras que criariam uma obrigação para a geração atual, isto é, um compromisso de deixar o mundo melhor, se for possível, ou, pelo menos, não deixá-lo pior para as gerações futuras. Isto implica uma série de discussões que envolvem todas as três gerações de direitos, e a constituição de uma nova ordem econômica,

política, jurídica, e ética internacional. Pode-se considerar que a quarta geração seria a extensão (universalização) dos direitos já reconhecidos à ordem mundial.

Os seus defensores argumentam que todos os direitos fundamentais precisam acompanhar a globalização que, pondo fim as fronteiras geográficas entre os países, exigem sua universalização. O homem não pode mais ser visto em cada Estado, mas sim como entidade universal. Se não há mais fronteiras para as relações políticas, econômicas e sociais, é preciso que também não haja fronteiras para o respeito aos direitos humanos fundamentais. Entretanto, é preciso ressaltar que essa universalização não pode ser instrumento de imposição ou superação de culturas e de minorias.

São enfatizados nessa geração os direitos políticos de democracia e pluralismo, o direito a informação, e ao direito ao desenvolvimento sustentável.

Assim, hoje, há entendimento no sentido de que a responsabilidade pela proteção dos direitos humanos não se reduz mais ao plano interno de cada Estado. Isto porque se trata de direitos vinculados ao próprio destino da humanidade. A partir desta conscientização, a noção de soberania estatal encontra-se relativizada, devendo-se admitir intervenções externas e responsabilização internacional dos Estados, sob a compreensão de que o indivíduo, por ser sujeito de direitos, pode ser destinatário de proteção nacional e internacional. (COLLAÇO, 2004, p. 02)

Outrossim, como se observa, todas as gerações de direitos (sejam eles civis, políticos, sociais, econômicos, ambientais ou culturais) exigem obrigações negativas e positivas por parte do Estado.

Percebe-se que os direitos de gerações diferentes são vinculados entre si, exemplo: o direito à vida e o direito à saúde; a liberdade de expressão e o direito à educação; o direito de voto e o de informação; o direito de reunião e o de sindicalização; o

direito de propriedade e o direito meio ambiente sadio, e assim por diante. Não há hierarquia nos valores humanos protegidos por esses direitos que são indivisíveis¹⁴.

Além disso, os direitos humanos são interdependentes. Por exemplo, a liberdade sem o mínimo de igualdade pouco vale, do mesmo modo que pouco vale a igualdade se não houver garantia de liberdade. E, também podem ser vistos em várias conotações, como por exemplo: o direito de propriedade que tem dimensão essencialmente privada e individualista, mas que, também, tem a dimensão social quando se atrela o exercício do direito de propriedade à função social e à função ambiental.

O mesmo ocorre com os direitos sociais, por exemplo, o direito à saúde, que tem *conotação individualista* (o Estado deve proteger a vida de seus cidadãos contra epidemias, ataques externos, tortura), *conotação social* (o Estado deve buscar a igualização social, prestando os serviços de saúde pública de forma universal, construindo hospitais, fornecendo medicamentos, etc.), *conotação humanista e de solidariedade*, (o Estado quebra patentes para produzir medicamentos com custo mais baixo para permitir determinado tratamento a pessoas carentes, e também, *conotação democrática* (quando se exige a participação de todos na gestão do sistema único de saúde).

Assim, a compreensão dos direitos humanos já positivados e de outros que vierem a ser no futuro da humanidade, deve englobar todos esses aspectos: proteção internacional, indivisibilidade dos direitos, vinculação entre direitos, inclusive de gerações diferentes, interdependência entre todos os direitos e existência de várias conotações de um mesmo direito.

Aceita essa posição, a questão que se coloca é a de como se garantir no plano concreto a efetividade desses direitos humanos reconhecidos e, conseqüentemente, promover a dignidade da pessoa humana? Quais são os instrumentos jurídicos que,

¹⁴ Apesar de se conceber que, para solucionar *hard cases*, a jurisdição, utilizando da ponderação de bens e interesses, justificadamente, possa afastar temporariamente um valor em detrimento de realizar outro mais urgente naquele caso concreto que retrate uma aparente antinomia de princípios.

legitimamente, podem ser utilizados para cobrar do Poder Público as políticas públicas necessárias à efetivação desses direitos?

Essas questões serão respondidas no curso desta pesquisa, porém, para fundamentar as respostas cabe, ainda, a análise específica de dois direitos humanos fundamentais: o ao bem-estar e o ao desenvolvimento, enquanto direitos públicos subjetivos, consagrados em Declarações da Organização das Nações Unidas e, assegurados no ordenamento jurídico brasileiro, pela Constituição Federal, portanto, oponíveis em face do Estado.

CAPÍTULO 2 BEM-ESTAR

Para a compreensão da atuação da jurisdição, como função estatal também promotora do bem-estar no Estado contemporâneo, necessário se faz examinar como premissa ou base o conceito de bem-estar, o surgimento do Estado do Bem-estar social, a natureza jurídica do direito ao bem-estar, e, por fim a existência ou não do Estado do Bem-estar no Brasil.

2.1 CONCEITO DE BEM-ESTAR E ESTADO DO BEM-ESTAR

Tendo-se como ponto de partida inicial as noções básicas da língua portuguesa, pode-se dizer que bem-estar é o estado de satisfação plena das exigências do corpo e do espírito. É a sensação de segurança, conforto e tranquilidade proporcionados por condições materiais e espirituais, capazes de assegurar uma existência agradável e próspera. Seu antônimo é o desgosto. (HOUAISS, 2001)

O adjetivo *social* acrescido ao substantivo composto *bem-estar* significa que o estado de satisfação é comum a um grupo de indivíduos. Esse adjetivo torna o bem-estar um bem apropriado pela maioria, expresso sob todas as formas de satisfação das necessidades individuais desta maioria, assim como das suas necessidades coletivas.

No bem-estar social se incluem, portanto, também as condições materiais e espirituais dos indivíduos coletivamente considerados necessárias ao exercício de

uma vida digna. Essas exigências são as necessidades vitais da comunidade e incluem uma série de aspectos como trabalho, educação, saúde, moradia, lazer, segurança, etc.

Na visão da ONU em toda a Declaração Universal de Direitos, especialmente no artigo 25, a definição de bem-estar social, como a de todos os direitos humanos, está ligada à garantia da dignidade da pessoa humana.

Estado do Bem-estar (ou Estado do Bem-estar social ou Estado-providência ou *Welfare State*) é um tipo de organização política que coloca o Estado como agente da promoção social e organizador da economia. Assim, o Estado do Bem-estar social é aquele regulamentador da vida política, social e econômica do país e garantidor de serviços públicos para a população, diretamente ou em parceria com sindicatos, empresas privadas e organizações não-governamentais ou filantrópicas.

Segundo Edvaldo Brito (1982, p. 43), o Estado do Bem-estar social possui duas características marcantes que o possibilitam *intervir na economia com fins sociais, isto é, com a finalidade de organizar a sociedade na perspectiva da justiça social pela melhoria da produção e da distribuição do que foi produzido*. São elas: a) ter um objetivo retributivo, e b) desempenhar esse objetivo mediante operações de finanças públicas, utilizando basicamente a arrecadação tributária, embora admita outras fontes.

Com efeito, as lições acima resumem com perfeição o Estado do Bem-estar social: aquele que intervém na economia e na sociedade para realizar a justiça social, regulando tanto a produção quanto a distribuição dela, mas com objetivo universal e retributivo, mais que assistencial.

Endossando essa visão, Lenio Streck (2002, p. 63), assegura no Estado do Bem-estar social *desaparece o caráter assistencial, caritativo da prestação de serviços, e estes passam a ser vistos como direitos próprios da cidadania, que pertencem a todos os cidadãos, universalmente, independentemente da sua condição social*.

Para o autor mencionado, o Estado do Bem-estar *garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo cidadão, não como caridade, mas como direito político.* (STRECK, 2002, p. 64)

No Estado do Bem-estar social, todo indivíduo tem direito, desde o nascimento até a sua morte, a um conjunto de bens e serviços que devem ter seu fornecimento garantido seja diretamente pelo Estado ou indiretamente pela sociedade civil, mas sob a regulamentação do Estado. Esses direitos englobam educação em todos os níveis, assistência médica gratuita, auxílio desemprego, renda mínima, recursos e incentivos adicionais para a criação de filhos, etc.

Portanto, no Estado do Bem-estar social, a intervenção estatal na economia e a promoção universal de serviços para seus cidadãos não são *favores do rei*, mas, sim, deveres, que o ente estatal deve se desincumbir da forma mais justa possível.

2.2 SURGIMENTO DO ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL

Não há como compreender o surgimento do Estado do Bem-estar social senão recorrendo aos fatos históricos que o conformaram. Daí a necessidade da reconstituição a seguir procedida.

O Estado do Bem-estar social não se implantou a partir da vitória de revoluções, como a inglesa (1688) e a francesa (1789) que legitimam o Estado Liberal, ou a russa (1917) a partir da qual se construiu o Estado Soviético. O Estado do Bem-estar social nasceu como uma resposta pactuada (dentro do modelo capitalista, mas limitando-o) para enfrentar os impactos provocados pelas duas guerras mundiais, a quebra da bolsa de Nova Iorque (1929) e a depressão econômica subsequente; a mobilização e pressão das massas através de movimentos, sindicatos e partidos; ascensão do partido comunista na Rússia e, posteriormente, na Europa Oriental.¹⁵

¹⁵ Pode-se, sinteticamente, dizer que o Estado social surgiu da crise do Estado liberal, cujos padrões não mais se adequavam às necessidades sociais, posto que se fazia necessária uma maior intervenção do Estado de uma forma ampla, não só na economia, mas, também em outros ramos para superar as enormes desigualdades sociais que se agravavam com a concentração de renda e de poder da classe dominante (burguesia abastada) no Século XIX, o que significava um entrave para o desenvolvimento das nações. Adquirida liberdade como o grande

A crise de 29 foi uma crise do capitalismo liberal, devido às contradições existentes nesse sistema. Foi uma crise anunciada desde o término da Primeira Guerra em 1918, quando houve uma recessão do mercado europeu que pouco a pouco foi minando a economia norte-americana gerando uma crise, que se apresentou através da superprodução, excessiva especulação, aumento do desemprego e retração do mercado consumidor.

Os Estados Unidos era o exemplo mais acabado do capitalismo liberal, aonde a interferência estatal na economia era praticamente nula. Por isso, a crise iniciou-se lá, mas a hegemonia econômica norte-americana fez com que a crise adquirisse um caráter mundial em razão do próprio caráter mundial do capitalismo, e da inexistência, na época, de mecanismos reguladores, trazendo desemprego e miséria.

Antes da crise, a prosperidade americana parecia sem limites, impulsionada pela expansão do consumo e pelo intenso crescimento industrial. Os EUA estavam muito desenvolvidos industrialmente, ricos e acostumados a lucrar muito.

Na década de 20, os EUA se achavam numa invejável posição financeira por terem lucrado muito na Primeira Guerra Mundial, como os principais fornecedores de gêneros alimentícios e armas para a Europa durante a guerra. Além disso, embora participasse dela, seu território não serviu de palco de luta. Portanto, quando o conflito chegou ao fim, em 1918, os EUA se apresentavam com uma acelerada

avanço da humanidade herdado do Século XVIII, o homem buscava o fortalecimento da noção de igualdade para tentar resolver os problemas de condição de vida das classes empobrecidas.

Avançaram nesta época, as doutrinas comunistas e socialistas e as idéias de Rousseau e Marx contribuíram bastante para isso. Rousseau, porque propugnava em sua tese de contrato social, que o caminho indispensável para a consecução dos fins sociais do Estado era a democracia. Sua teoria permitia o acesso a um socialismo moderado, por via democrática e abria-se para transformações sociais pacíficas e vantajosas. E Marx, porque ao desprezar a democracia formal e limitada da burguesia e propugnar o socialismo radical violento, através da luta das classes oprimidas para despojar os privilégios da burguesia, deu aos trabalhadores as armas que necessitavam para exigir seus direitos sociais através de lutas, a exemplo da sanguinolenta Revolução Russa, além de outras rebeliões socialistas do Século XX.

Insuflados por essas idéias e pela própria realidade dura de desigualdade que vivia, o povo se mobilizou e deu origem aos movimentos sociais do Século XIX que atacavam diretamente a burguesia capitalista e ameaçavam acabar com seus privilégios. Então, esta classe detentora de poder econômico, para manter o *status quo*, teve que ceder aos pleitos sociais principalmente formulados pelos operários.

Porém, mesmo diante das concessões feitas pela burguesia, não há como negar que o Estado social foi uma conquista obtida pelo povo através de muita luta, revolução e sangue, haja vista a quantidade e repercussão dos movimentos sociais do Século XIX.

produção industrial, com os cofres cheios de divisas obtidas com as exportações e em situação credora frente à maioria das grandes nações européias. (PAZZINATO, 1997, p. 242)

Depois da guerra, para manter o nível de suas exportações e dar vazão aos excedentes de produção e do capital ocioso, os EUA concederam empréstimos aos países atingidos pelo conflito para estes continuarem comprando produtos americanos, e, para manter aquecido o mercado interno, criaram um sistema de vendas a crédito em grande escala. O que havia nos EUA no pós-guerra era uma instável prosperidade. (ARRUDA, 1996, p. 307)

A euforia consumista dos norte-americanos impedia uma avaliação crítica dos perigos que representava o crescimento desordenado do país e a aparente estabilidade econômica. *Confiava-se que o progresso e a estabilidade do país fossem suficientemente fortes para absorver qualquer excedente de produção.* (ARRUDA, 1996, p. 298)

Quando a Europa começou a adotar tarifas protecionistas para se reerguer no pós-guerra, a capacidade de consumo encontrou seu ponto de saturação: a produção norte-americana não tinha mais mercado importador. Mesmo assim, os empresários insistiam em manter o mesmo ritmo de produção que tinham antes e durante a guerra e se negavam a baixar os preços. Além disso, o Estado não intervinha na economia em virtude do apego à ideologia do livre mercado e havia muita especulação na Bolsa. *Assim, quando a dúvida foi lançada sobre o valor real das ações, os investidores, ao invés de comprar, se puseram a vendê-las, originando o pânico da quinta-feira negra.* (KOSHIBA, 1987, p. 293)

Desta forma, em 24/10/1929, eclodiu a crise com a quebra da Bolsa de Nova Iorque, que teve como efeito imediato a perturbação mundial do processo de circulação de capital. Não podendo desfazer-se dos estoques invendáveis lançando-os no mercado, vários países decidiram pela destruição dos mesmos. Na França, toneladas de trigo foram destruídas, no Brasil, sacas de café, na Argentina, o gado foi morto, e, nos EUA, carros viraram sucata. *No âmbito social, a redução da produção acarretou desemprego em massa e falências.* (KOSHIBA, 1987, p. 294)

Essa crise financeira pôs em *xequê* toda a estrutura do sistema capitalista liberal (PAZZINATO, 1997, p. 241). De fato, os efeitos da crise de 29 foram sentidos não só nos EUA. *A crise não deixou intocado nenhum ramo da economia: bancos, indústrias, o comércio, a agricultura. Também não poupou nenhuma das classes sociais. Enfim, a crise desorganizou todo o mercado internacional.* (KOSHIBA, 1987, p. 294)

Na Europa, quando os norte-americanos retiraram os capitais ali investidos, grandes bancos europeus faliram, levando consigo as empresas que dependiam deles. Houve significativo aumento do desemprego, das greves e do número de seguidores das idéias socialistas, comunistas, facistas, nazistas. Comum a eles a mobilização das massas, a descrença na democracia liberal e a reivindicação de uma maior intervenção do Estado¹⁶.

No Brasil, de 1920 a 1930, o café representava 70% das exportações brasileiras e os EUA eram os maiores compradores das safras. Logo, a redução quase total das exportações desequilibrou, totalmente, a balança comercial brasileira.

Assim, os profundos abalos sofridos pelas economias capitalistas em suas estruturas produtivas, financeiras e comerciais em 29 induziram grandes transformações no delineamento das políticas econômicas e sociais desses Estados, que deveriam, a partir daquele momento e para sair da crise, intervir na economia.

De fato, após a crise de 29, foram elaborados, por economistas e políticos, *planos de recuperação nacional* para retirar seus países da falência econômica e acabar com a miséria e o desemprego: os governos entenderam que precisavam implantar programas de reforma econômica, regulando a produção, fixando preços e salários¹⁷

¹⁶ Da insegurança surgiram os movimentos facistas, sobretudo do nazismo alemão. Em concorrência e resposta, no socialismo, emergiu uma nova concepção de Estado, voltado para o bem-estar social. Era necessário garantir padrões mínimos de vida digna, sendo necessária a criação de novas frentes de trabalho e de assistência à saúde e educação. Esse novo tipo de Estado, garantidor dos direitos sociais, coadunava-se com a prioridade de implantação de regimes democráticos.

¹⁷ Por isso, muitos historiadores críticos dizem que o Estado do Bem-estar social foi *criado em academia*, diferentemente do Estado social, cuja origem está atrelada às lutas operárias e sindicais, e às reivindicações dos movimentos sociais.

(PAZZINATO, 1997, p. 245). Daí surgiu a concepção teórica do Estado do Bem-estar social, como *síntese da tese da plena liberdade de iniciativa e da antítese da intervenção total na economia*. (BRITO, 1982, p. 34)

Essa conciliação dialética que o Estado social representa, como síntese democrática, está associada ao princípio do maior benefício social possível, que é caracterizado pela circunstância de submeter-se a despesa pública à promoção da máxima vantagem social conseguida. Com isso, toda ação do Estado deveria estar sendo empreendida naquele momento histórico com essa finalidade, devendo a entidade estatal intervir na economia a fim de permitir que os indivíduos participassem das relações de consumo, libertando-os da miséria e da pobreza, e na perspectiva de que tal participação propiciaria um maior desenvolvimento das nações arrasadas com as despesas ocasionadas pela Guerra e pela recessão decorrente da crise de 29. (BRITO, 1982, p. 41/42)

Diante desse panorama de falência dos Estados e pobreza da população mundial que clamava por ser atendida minimamente em seus direitos sociais, o novo Estado surgido teria que ser um Estado interventor, mas também não opressor ou monopolizador da economia. Não poderia ser o único empresário, mas teria que ser um pouco assistencialista pelo menos num primeiro momento de reorganização da sociedade. Teria que ser, então, um Estado com uma função mediadora entre as classes, a fim de alcançar seus objetivos de redistribuição de renda, de utilização das finanças públicas para viabilizar melhorias sociais, de desenvolvimento das nações, e de progresso, ao tempo em que garantia a construção da infra-estrutura, a formação e reprodução da mão-de-obra e a lucratividade das empresas.

Com efeito, em todos os países afetados pela crise de 29, no geral, o *plano de recuperação* consistia basicamente em: a) abandonar as políticas econômicas liberais, até então predominantes, e b) aumentar a intervenção estatal na economia para promover a reorganização da sociedade, melhorando a forma de produção e a distribuição desta e diminuindo os focos de tensão social.

Exemplos de eficiência desses planos ocorreram nos países escandinavos e EUA, e, por conseguinte, de expansão e êxito do Estado do Bem-estar social. Já os países

da América Latina, embora influenciados por essa nova visão de Estado, não conseguiram conceber Estados do bem-estar social propriamente ditos, em virtude do atraso no desenvolvimento e pela permanência de regimes totalitários. O máximo que conseguiram foi construir uma forma de Estado ainda conservadora e assistencialista de proteção social, como um *arremedo* de Estado do Bem-estar, porque limitado a grupos sociais e, não, com caráter universal.

Enquanto a Europa e os EUA viviam uma fase de implantação do paradigma do Estado do Bem-estar social, o Brasil tentava, após a revolução de 30, modelar seu Estado social e retomar o desenvolvimento, apoiando a industrialização e criando ou reconhecendo os direitos sociais: foi o início da *era Vargas*.

O marco histórico do Estado do Bem-estar social nos EUA foi a política do *New Deal*, adotada pelo Presidente Roosevelt¹⁸, em 1933, por inspiração do economista inglês J. M. Keynes.

Keynes entendia que o *laissez-faire* deveria terminar e ser construída uma nova via econômica do arranjo liberal, a do chamado socialismo de Estado. Na sua concepção, só com a ampla socialização dos investimentos é que seria possível assegurar uma situação aproximada de pleno emprego. (PAZZINATO, 1997, 243)

Assim, nos EUA foi lançado o programa de grandes obras para absorção dos desempregados, gerido por instituições governamentais: construção de estradas, casas, sistemas de irrigação, barragens e hidroelétricas. Era a necessidade de assegurar o bem-estar levando o país a se desenvolver.

¹⁸ As propostas do *New Deal* estão presentes nos discursos nacionalistas de Roosevelt durante a campanha presidencial a exemplo dos seguintes trechos, retirados do livro de José Jobson Arruda, 1996, p. 306: *Chegou o dia da administração esclarecida [...] Essas unidades econômicas não podem existir, a menos que a prosperidade seja uniforme, isto é, a menos que o poder aquisitivo seja bem distribuído por todos os grupos da nação. É por isso que mesmo a mais egoísta empresa, em seu próprio interesse, deveria alegrar-se por ver os salários reajustados e o desemprego extinto, por trazer o fazendeiro do Oeste de volta ao seu costumeiro nível de prosperidade, e garantir uma permanente segurança a ambos os grupos. [...] Uma multidão de cidadãos desempregados enfrenta o duro problema da existência, e em número também grande batalha com salário insuficiente. Somente um tolo otimista pode negar as negras realidades do momento [...]. Necessitamos de duas garantias contra os erros da velha ordem: deve haver uma estrita supervisão de todos os bancos, créditos e investimentos, de modo que termine a especulação com o dinheiro dos outros, e deve haver a provisão de uma adequada e sólida moeda [...]. Nossas relações comerciais internacionais, embora muito importantes, do ponto de vista de tempo e necessidade são secundárias para o estabelecimento de uma sólida economia nacional. Não pouparei esforços para restaurar o comércio mundial por meio do ajustamento econômico internacional, mas a emergência doméstica não pode aguardar esses acontecimentos.*

No plano econômico, foi solicitada a repatriação de empréstimos já concedidos; começaram a ser supervisionados bancos, créditos e investimentos, e houve valorização da moeda americana. No plano social, o sindicalismo foi reforçado, passando de 2 para 10 milhões de filiados entre 1932 e 1941. No plano político, ficaram garantidas as responsabilidades econômicas e sociais do governo federal. (ARRUDA, 1996, p. 304)

Portanto, pode-se concluir que a equação Keynesiana estava fundada no equilíbrio entre o crescimento econômico e as exigências de uma maior equidade social, dentro de um Estado econômica e socialmente ativo. A política de Keynes permitia conciliar o Estado econômico com o Estado social num pacto entre capital/trabalho/Estado.

Realmente, em poucos anos a economia americana estava recuperada e dirigida pelo governo e, quando eclodiu a Segunda Guerra, em 1939, que por si só já foi um estímulo à economia, os EUA puderam novamente se beneficiar com o conflito bélico.

A política de recuperação americana diferiu daquela implantada na Suécia pelo partido socialista sueco que encontra justificativa nos textos do economista e sociólogo sueco Karl Gunnar Myrdal, cuja concepção teórica estava assentada no binômio crescimento/distribuição e no conceito de *políticas públicas produtivas*.

Desde meados da década de 20, a Suécia vivia desemprego em massa e queda dos índices de natalidade, e tais problemas modelaram o discurso de Myrdal para a saída da crise social e econômica da nação, agravada após a crise de 29. Ele estruturou as idéias de intervenção estatal na economia como um processo de racionalização da reprodução da população e da esfera domiciliar, baseadas na observação de que os custos de reprodução e de criação de filhos estavam desigualmente distribuídos entre as classes sociais. (PAZZINATO, 1997, 244)

Era simples para ele: da mesma maneira que os mercados de trabalho e a mais ampla organização da produção poderiam ser racionalizadas mediante a utilização

de regulamentações sociais para se obter um nível mais alto de produtividade, também a esfera social deveria ser racionalizada através do uso de políticas sociais, como políticas familiares, sempre em benefício de maior eficiência nacional. Esta noção de *racionalização* foi incorporada no conceito de *política social produtiva*.

Segundo Arruda (1996) e Pazzinato (1997), Myrdal defendeu que as modernas políticas sociais diferiam totalmente das antigas políticas de auxílio à pobreza, uma vez que eram investimentos e não custos. Assim, ele negou o caráter assistencialista à proteção social que pregou como característica do Estado do Bem-estar social para a Suécia. As novas políticas sociais seriam eficientes e produtivas devido à sua ação profilática e preventiva, direcionada para evitar o surgimento de problemas nos organismos político-sociais. Nesse sentido, essas políticas contrastavam fortemente com as antigas políticas de *remediar a pobreza*, sendo destinadas a evitar o surgimento de bolsões de excluídos, e a criar maiores riquezas pela distribuição destas.

Myrdal era contra as recomendações dos que pregavam uma *maior economia orçamentária* para sair da Grande Depressão de 29. Ele argumentava que as políticas sociais não eram meramente uma questão de redistribuição de renda, mas, sim, uma questão vital para o próprio desenvolvimento.

Esses conceitos de Myrdal sustentaram a defesa retórica de um Estado de Bem-estar social que se expandiu na Suécia, contra o desejo dos liberais (defensores do *livre mercado*), que viam as políticas sociais como *custos* e não como *investimentos*.

A social-democracia sueca era orientada para uma maior eficiência dos mercados e via nas políticas sociais um meio de obter não só a segurança social dos indivíduos, mas, também, a organização eficiente da produção. Por isso, na Suécia, o Estado do Bem-estar social teve mais êxito que nos EUA e vige até os dias atuais.

Há, porém, outras três justificativas para que a Suécia tenha tido maior êxito na instalação do Estado do Bem-estar: a) foi o país que experimentou industrialização mais rápida da Europa no século XIX e maior desenvolvimento econômico, graças a pesados investimentos estrangeiros; b) iniciou cedo a vigência de governos social-

democratas, substituindo os governos liberais; e c) desenvolveu o conceito de cidadania, entendendo que a existência de direitos sociais é indissociável da existência de qualquer cidadão, ou seja, universalizando efetivamente os direitos sociais.

Com efeito, desenvolvimento, democracia e cidadania são conceitos-chave para entender a implantação efetiva do Estado do Bem-estar social.

Hoje, mesmo com todos os efeitos da globalização, na Europa ainda se pode verificar a vigência de Estados do Bem-estar social originados dos planos de recuperação pós-crise de 29, notadamente nos países nórdicos (Suécia, Dinamarca, Noruega e Finlândia).

O mesmo não se pode dizer dos EUA, pois o *Welfare State* está passando por uma forte crise. A visão neoliberal que ainda predomina na economia norte-americana quando da elaboração deste trabalho, acredita que o Estado-providência é antieconômico e provoca a ineficiência do aparelho estatal, pregando o Estado mínimo, um modelo que deve intervir minimamente e, apenas, como regulador das questões econômicas e sociais, deixando ao terceiro setor o papel assistencialista. Algo como vem ocorrendo no Brasil desde o final da década de 90, segundo Boaventura de Souza Santos (1991) *pela incapacidade do Estado, de cumprir com as promessas da modernidade*.

2.3 DIREITO “AO” BEM-ESTAR

Duas perguntas vão tentar ser respondidas neste tópico em relação ao direito ao bem-estar que, como visto no primeiro capítulo, deve ser reconhecido como um direito humano. A primeira é qual a definição de direito ao bem-estar, e a segunda, qual a natureza jurídica e as características desse direito. As respostas deverão ser usadas como premissas para responder a outras duas questões centrais na segunda parte do trabalho, quais sejam: se o direito ao bem-estar pode ser objeto de tutela judicial, e como a jurisdição pode promover a tutela desse direito em face da globalização da economia.

Com o fim da Primeira Guerra, e mais precisamente após a crise de 1929, foi inaugurado na Europa e nos EUA o Estado do Bem-estar social.

Entretanto, foi após a Segunda Guerra que, efetivamente, o seu modelo se estruturou e que o direito ao bem-estar foi alçado à categoria de direito humano, depois da criação da Organização das Nações Unidas em 1945, cuja Assembléia Geral elaborou, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Com efeito, toda a Declaração, desde o seu preâmbulo, visa a melhoria das condições de vida dos homens, *que nascem livres e iguais em dignidade e em direitos e devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade* (artigo 1º).

Os artigos 22 a 28 reconhecem como universais os direitos relacionados ao bem-estar. Especificamente o artigo 25 elenca os itens que devem assegurar o bem-estar do cidadão, vejamos:

Art. 25. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social.

A Declaração preocupou-se também, com o bem-estar nas relações de emprego, garantindo, no artigo 23, a liberdade de escolha do trabalho e o direito a condições eqüitativas e satisfatórias de trabalho e a proteção contra o desemprego. Além disso, determinou salário igual para trabalho igual e direito a uma remuneração que permita, ao empregado e à sua família, uma existência conforme a dignidade humana.

Já o artigo 22 da Declaração afirma que toda pessoa, como membro da sociedade pode exigir a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Assim, pode-se concluir que a definição de bem-estar extraída da Declaração Universal dos Direitos do Homem está relacionada à cidadania e à garantia de direitos que possibilitarão a efetivação do valor contido no princípio da dignidade da pessoa humana. Afinal, o homem reclamava por uma nova forma de proteção de sua dignidade, qual seja: a satisfação das necessidades mínimas para que vida humana fizesse sentido e fosse livre e digna.

Percebeu-se, após a Segunda Guerra Mundial e o perigo da destruição do planeta pelas bombas atômicas, que para o homem ser considerado de fato livre, ou seja, ter verdadeira autonomia em suas decisões é preciso mais do que alforriá-lo. É preciso garantir a esse homem condições mínimas para que ele possa exercer sua liberdade/vontade dignamente sem ter que dela abdicar, condicionar ou sujeitar para ver satisfeitas suas necessidades básicas¹⁹. Afinal, a vontade de uma pessoa que não tem acesso ao bem-estar (que não possui condições mínimas de sobrevivência e esclarecimento) não pode ser considerada o exercício legítimo de liberdade.

Em pleno Século XXI, não se pode mais aceitar a exploração nem o aumento das fragilidades humanas causadas pela carência de bem-estar (cidadania mínima²⁰), ainda que por finalidades justas. Os fins não podem justificar os meios, se esses violentam a dignidade da pessoa humana. Não se pode mais aceitar a possibilidade de o homem explorar as fragilidades de outro homem, inclusive causando-lhe lesões, ainda que em troca garanta-se o mínimo existencial do lesionado, quando se *reconhece em cada homem um valor em si mesmo: o valor humano*. Logo, o direito ao bem-estar jamais pode ser relevado. (LINS, 2007, p. 6)

¹⁹ Um exemplo de que não há que se falar em liberdade quando não se tem bem-estar (condições mínimas para decidir) é aquele trazido logo na introdução da dissertação de Emmanuela Lins sobre as vulnerabilidades humanas. Ela aborda um fato, no mínimo curioso pra não dizer trágico, ocorrido no Amapá em 2006: a população fez protesto inconformada com o fim das pesquisas sobre a malária que usava os moradores pobres e ribeirinhos como cobaias humanas. Eles queriam que a pesquisa continuasse, porque não tinham outra fonte para obter a renda mínima de doze reais que recebiam em troca de deixarem-se picar por 150 mosquitos transmissores de malária. Eles não tinham como garantir o mínimo existencial e para isso estavam dispostos até a permitir certas lesões com o escopo de alcançar os bens mais urgentes e primordiais como a alimentação.

²⁰ Cidadania mínima é a condição sócio-econômico-política básica para o exercício de direitos mínimos e essenciais pelo cidadão para que o mesmo possa desempenhar uma participação efetiva na comunidade. A ausência de fome e de dor são condições mínimas para haver a cidadania mínima, pois, somente saudável e alimentado, o homem poderá desfrutar das benesses da educação, segurança e moradia. A cidadania mínima, portanto, é o requisito imprescindível para que o homem possa exercer sua liberdade de forma livre, desvinculada, incondicionada. Ela justifica a elaboração de uma hierarquia proposta no âmbito dos direitos sociais fundamentais.

A realidade demonstrou ao mundo que existe uma grande distância entre a autonomia do indivíduo e a presença da miséria e da pobreza extrema. Estas aumentam as vulneráveis humanas e tornam débil a autonomia dos sujeitos que naquelas situações se encontrem.

Com efeito, no Século XX, mais propriamente após a Segunda Guerra, o discurso que prevalecia era o de que as relações sociais deviam pautar-se pelo respeito à dignidade da pessoa humana. Portanto, elegeu-se o bem-estar como direito humano, classificado como de segunda geração, cujo objetivo é dotar o ser humano das condições materiais e espirituais mínimas necessárias ao exercício das suas liberdades e de uma vida digna.

A guerra, com todas as vulnerabilidades a ela inerentes, ajudou a humanidade a despertar para a necessidade de elevação do direito ao bem-estar ao reconhecimento de direito humano e para a necessidade de garantia estatal desse direito.

Com efeito, para promover o bem-estar, o Estado em vez de abster-se, deve fazer-se presente, mediante prestações que venham a proteger o ser humano contra a carência absoluta e contra a violação da dignidade de sua vida. *Por isso, os direitos fundamentais de segunda geração são aqueles que exigem uma atividade prestacional do Estado, no sentido de buscar a superação das carências individuais e sociais.* (ARAÚJO, 2005, p. 88)

Ou seja, cabe ao Estado promover o bem-estar, ainda que seja diminuindo o impacto das vulnerabilidades acrescidas ou vulnerabilidades como característica²¹.

Mas cabe, também, a todo homem respeitar o direito ao bem-estar do outro, reconhecendo no semelhante o seu valor inerente (de ser humano). Além disso, deve despertar para a responsabilidade recíproca de proteção contra as

²¹ A condição humana por si só faz com que os homens convivam com fragilidades e limitações inerentes a sua espécie de seres humanos (vulnerabilidades como condição). Além disso, há outros fatores externos que geram novas vulnerabilidades ao homem, acrescentando características o que fragilizam, tornando-o ainda mais susceptível de ser lesionado ou explorado (vulnerabilidades acrescidas ou como característica). (LINS, 2007, p. 8)

vulnerabilidades acrescidas, já que compartilham das fragilidades e limitações universais e inerentes à espécie humana (vulnerabilidades como condição).

Assim considerando, o direito ao bem-estar, enquanto direito humano, público subjetivo, deve ser tutelado pelo Estado em todas as esferas de poder: legislativo, executivo e judiciário, e pode gerar pretensões coletivas e, também, individuais, acionáveis em juízo como se verá na segunda parte do estudo.

Por fim, vale dizer que o direito ao bem-estar pode ser classificado também como: absoluto (dever geral de respeito), perfeito (integral e atual), pleno (ao titular são conferidas todas as faculdades), intransmissível (sem possibilidade de transferência), inalienável (não-disponível), irrenunciável (sem possibilidade de renúncia), imprescritível (não sujeito à extinção), indivisível (insusceptível de divisão), afirmativo (o poder conferido ao titular autoriza um ação), não-patrimonial (tem por objeto bens insusceptíveis de avaliação econômica), principal (autônomo, independe de outro direito para existir) e gerador (existe em primeiro plano, não-sancionador). (IPPÓLITO, 2003)

2.4 ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL NO BRASIL

Não se pode falar em existência de Estado de Bem Estar Social no Brasil, porque os direitos sociais e os serviços que o constituem nunca foram garantidos para todos os cidadãos. O que ocorreu na história do Brasil foi a atribuição de direitos e serviços a uma parcela minoritária da população e a sua progressiva extensão à parcela maior da mesma. Neste processo deve-se ressaltar que a Constituição de 1988 representa um grande avanço em nível de programas e princípios, ao assumir como direito do povo e dever do Estado o fornecimento de serviços fundamentais e a garantia de igualdade e proteção social (educação, saúde, previdência ou assistencial social), exatamente, o que caracterizaria o Estado de Bem Estar Social. Nela também, consta o SUS – Serviço Único de Saúde -, este contendo a *universalização* de que o sistema brasileiro tem carecido e de que continua necessitando, em termos de efetivação do que possibilita a Constituição.

O caminho de implantação dos direitos sociais e das estruturas para sua defesa e exercício no Brasil tem sido longo.

Após a Revolução de 1930 e durante o que se pode chamar de “era Vargas”²² foi profundamente reformulada a estrutura do Estado, reconhecidos direitos dos trabalhadores e criadas instituições para garanti-los. O governo, que se inicia criando os Ministérios da Educação e do Trabalho é lembrado pela população pela criação da legislação trabalhista (consolidada em 1943, na CLT), da Justiça do Trabalho e da Previdência Pública – na época através de institutos diferentes por categoria profissional. Recordar-se, ainda que com avaliações contraditórias, o estímulo à organização dos sindicatos e sua subordinação ao Ministério do Trabalho o que não os impediu, posteriormente, de mobilizar trabalhadores em defesa dos seus direitos e de negociar com patrões e governo. Pouco lembradas foram as iniciativas na área de abastecimento, alimentação e de construção de habitações populares. Nos Direitos Sociais as conquistas, que marcam o fim de período foram a criação de 13º salário (1963) e a extensão ao campo (1962) dos direitos trabalhistas (resultante e acompanhada pela expansão dos sindicatos rurais) enfrentando e indicando o grande limite do sistema. Isto é, o sistema de proteção aos direitos sociais restringia-se aos trabalhadores urbanos em um país cuja maioria da população era, então, rural.

Após o movimento de 1964, autodenominado de *Revolução*, o governo militar, interveio nos sindicatos prendendo e substituindo muitas das suas lideranças, mas manteve boa parte da legislação e das estruturas que herdou.

No período, vale destacar a extinção da estabilidade no emprego após 10 anos dos empregados da área privada e sua substituição pelo FGTS - Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, a criação do PIS/PASEP, a extinção (ou unificação) dos institutos de previdência e criação do INSS – Instituto Nacional de Seguridade Social, do INAN – Instituto Nacional de Alimentação e Nutrição e, especialmente, do FUNRURAL – Fundo de Apoio ao Trabalhador Rural, no qual se pode ver a semente de futura universalização, ainda que em patamar mínimo, da assistência social.

²² De 1930, chegada de Getúlio Vargas ao poder, até 1964, quando o Presidente João Goulart, seu herdeiro político e líder trabalhista foi deposto.

Após a queda do Regime Militar (1985) a Constituinte (1987/88) e a Constituição de 1988, como já se disse e mais se tratará neste trabalho, avançou no reconhecimento dos direitos sociais e apontou para a sua universalização. Os direitos trabalhistas foram ampliados e assumidos dentre os direitos humanos, constituindo-os em cláusula pétrea. Reconheceram-se direitos trabalhistas, ainda que menores para as empregadas domésticas e os direitos dos cidadãos a educação, saúde, meio-ambiente, e proteção ao consumo.

Na década de 1990, o processo de ampliação e garantia de direitos recebeu o impacto das políticas denominadas neoliberais, as quais se caracterizam por *flexibilizar* ou criar alternativas aos direitos trabalhistas e pelo esforço de estimular a previdência privada e limitar a pública à garantia de um teto mínimo, objetivo alcançado com a Reforma do Regime Geral da Previdência no governo Fernando Henrique Cardoso, e da Previdência Pública no primeiro mandato Luiz Inácio Lula da Silva.

No momento em que se escreve este trabalho, nota-se um arrefecimento nas convicções e um processo de retirada de direitos e enfraquecimento do Estado.

Todo este processo não deve desviar a atenção de que o modelo de funcionamento da economia e a sustentação financeira das políticas sociais no Brasil são insuficientes para a universalização dos direitos sociais ou, até, incompatíveis com ela. Exemplo paradigmático é o fato da maioria dos empregados nas empresas privadas não terem a Carteira de Trabalho assinada. As sentenças da Justiça do Trabalho têm garantido este direito como muitos outros. O que se pretende neste trabalho, como já dito, é exatamente demonstrar a possibilidade de ação do Judiciário em temas menos conspícuos.

Com efeito, no Brasil, já no início do Século XXI, não se pode falar em existência no plano concreto do Estado do Bem-estar como o vitorioso modelo implantado na Suécia, em razão das imensas diferenças históricas, culturais, sociais, demográficas, religiosas, geográficas e econômicas existentes entre o Brasil e esses países.

Em outras palavras, a política social brasileira, além de ser insuficiente para cobrir as necessidades da população de baixa renda, de maneira a evitar a perpetuação dos *bolsões* de pobreza e gerar novas riquezas, no conceito originalmente proposto de Estado do Bem-estar social, exclui, na prática, os segmentos de alta e média renda, fator distintivo do tipo de universalismo que se implantou na maioria dos países europeus, na fase áurea das políticas de bem-estar.

Entretanto, no plano constitucional, a partir de 1988, pode-se dizer que o Brasil possui uma Constituição que agasalha dois regimes: o da democracia liberal e o da democracia social, e o intérprete e aplicador da Constituição deve integrá-los e ponderá-los como verdadeiros princípios, pois ora deve prevalecer um regime ora outro. O Estado constitucional brasileiro intervém na economia prestigiando a livre iniciativa (liberdade econômica do investidor privado), mas, também, definindo políticas econômicas e regulando a economia, com vistas ao bem-estar e ao desenvolvimento. (BRITO, 2001, p. 251).

A Constituição de 1988, portanto, é do tipo sócio-econômica no sentido mais literal da palavra, na medida em que se encontra dentro dela um conjunto de prerrogativas e direitos de ordem social e econômica. Além disso, é uma Constituição, democrática, humana e cidadã, que consagra o ideário da universalização das políticas sociais.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988, dá bastante ênfase à ordem social e aos direitos fundamentais, que formam o núcleo substancial do regime democrático de direito.

O preâmbulo diz que os direitos sociais são valores supremos de uma sociedade fraterna. A mensagem contida no preâmbulo da Constituição é de extrema importância, porque fornece os critérios de interpretação dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, e, os valores lá relacionados representam o centro diretivo e axiológico de todo o sistema constitucional.

O art. 1º, da CF/88 define os contornos do novo Estado brasileiro, diante do processo de redemocratização, iniciado na década de 80, e anuncia a construção do

Estado do bem-estar, que tem como fundamentos: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Já o art. 3º eleva os valores contidos no preâmbulo à categoria de objetivos fundamentais da República, vez que esta busca: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução de desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos.

Os arts. 6º e 7º da Constituição adotam praticamente o mesmo rol de direitos, necessários à garantia de um padrão mínimo necessário à vida com dignidade e bem-estar. Essas garantias acompanham o indivíduo na sua atividade e inatividade.

Há, porém, outros direitos considerados necessários ao bem-estar que estão previstos no título específico *da Ordem Social*. O legislador constituinte coloca nesta parte os instrumentos pelos quais serão alcançados os princípios do Estado Democrático de Direito e os objetivos fundamentais da República, no que diz respeito à dignidade da pessoa humana e à redução das desigualdades sociais e regionais.

É extenso o rol dos direitos sociais – a saúde, a previdência social, a assistência social, a educação, a cultura, o desporto, a ciência e a tecnologia, a comunicação social, o meio-ambiente, a proteção à família, ao adolescente, ao idoso e ao índio.

Mas, segundo José Afonso da Silva (2005), é preciso convir que o rol contido no título da ordem social misturou assuntos que não se afinam numa primeira análise com a natureza desses direitos, como é o caso da ciência e tecnologia, meio-ambiente e índios, vejamos:

Jogaram-se aqui algumas matérias que não têm um conteúdo típico de ordem social. Ciência e tecnologia e meio ambiente só entram no conceito de ordem social, tomada essa expressão em sentido bastante alargado. Mesmo no sentido muito amplo, é difícil encaixar a matéria relativa aos índios no seu conceito. (SILVA, 2005, p. 828-829)

Apesar do entendimento do citado autor, para fins deste trabalho tem-se que os direitos constantes do rol do título da ordem social da Constituição de 1988 foram ali embutidos por possuírem natureza comum aos direitos sociais, portanto, direitos de segunda geração.

Por outro lado, partindo da idéia de evolução das relações sociais (objeto de regulação pelo Direito), o que se constata é que o rol dos direitos sociais nunca será definitivo, podendo ser constantemente aumentado, pois o padrão mínimo de desenvolvimento e de segurança do indivíduo permite que novos direitos sejam acrescidos.

Outrossim, alguns dispositivos contidos na Ordem Social demonstram que não são somente as necessidades materiais que devem ser supridas para que se efetive o bem-estar social, mas, também, por exemplo, a garantia do desenvolvimento intelectual e espiritual do homem.

Dessa forma, o art. 217 impõe ao Estado o implemento de práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada pessoa; os arts. 218 e 219 prescrevem que a ciência e a tecnologia devem ser incentivadas pelo Estado, devendo estar voltadas preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional; a comunicação social como manifestação do pensamento está disciplinada nos arts. 220 a 224; o art. 225 estabelece que o meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser defendido e preservado para as presentes e futuras gerações por ser direito de todos; e os arts. 231 e 232 garantem a proteção das comunidades indígenas, numa demonstração de universalidade do direito ao bem-estar e à justiça sociais, pelo que os índios devem ter acesso aos mesmos bens e serviços públicos utilizados por qualquer cidadão.

Ao lado de garantir os direitos sociais, Constituição Brasileira de 1988 é uma constituição econômica²³.

²³ Sob o sentido puramente formal, Constituição econômica é o conjunto de normas constitucionais disciplinadoras da atividade econômica, porém, sob o ponto de vista material, significa mais, consubstancia-se no conteúdo fundamental das normas disciplinadoras da atividade econômica, ou seja, é mais que a organização da economia.

Os dispositivos constitucionais econômicos disciplinam os fenômenos econômicos ocorridos na sociedade, no sentido de estimular e suplementar as atividades privadas, equacionado-as dentro dos critérios de interesse público e à luz da justiça social. Esses dispositivos constituem-se em verdadeiros instrumentos de política econômica, tendo em mira a estabilidade da economia, a expansão de novas fontes de emprego e renda, a garantia da livre iniciativa e da competição legítima.

Analisando-se a CF/88, percebe-se que a mesma está impregnada de normas com conteúdo econômico, sendo que as inúmeras disposições deste cunho não estão englobadas apenas no título chamado *da Ordem Econômica e Financeira*, estão distribuídos em todo o texto, a exemplo dos preceitos inscritos nos arts. 1º, 3º, 5º, LXXI, 7º a 11, 24, I, 37, XIX e XX, 103, §2º, 149, 201, 202, 218, 219, 225. Por isso, constitucionalmente, a regulação da economia brasileira merece uma interpretação sistêmica²⁴ e não pontual. Afinal, não é possível conhecer o conteúdo da norma de natureza econômica isoladamente. O intérprete precisa ter visão de conjunto e não interpretar a CF/88 em pedaços.

Além desses dispositivos, o intérprete da Constituição não pode perder de vista que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando os princípios gerais da atividade econômica que estão indicados nos incisos do art. 170, quais sejam:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
- VII - redução das desigualdades sociais e regionais;
- VIII - busca do pleno emprego;
- IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, constituídas sob as leis brasileiras, e que tenham sua sede e administração no país.

²⁴ Aliás, a análise de qualquer objeto de estudo deve considerar a complexidade e as relações estabelecidas entre este objeto e os demais elementos de um sistema, bem como o objeto e o todo que o engloba, segundo o que ensina Fritjof Capra no livro *A Teia da Vida* de 1996, alertando que todo objeto só pode ser apreendido se considerado e entendido dentro de um contexto maior.

Com esses princípios, a Constituição pretende apresentar as diretrizes gerais da economia, regulando a atuação privada e elevando o nível de vida das massas.

Através da interpretação do art. 170 é possível inferir a opção do Estado brasileiro pelo modelo capitalista²⁵, com garantia de propriedade privada dos meios de produção, mas, também, que o uso dessa propriedade deve atender a uma função social.

Tal fato traduz o comprometimento, em nível do texto constitucional, do Estado brasileiro com a dignidade da pessoa humana; com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; com a garantia do desenvolvimento nacional; com a promoção do bem de todos; e com a prevalência dos direitos humanos.

A fixação dos fundamentos do valor social do trabalho humano e na livre iniciativa revela, especificamente, as bases da ordem econômica brasileira, sendo que ambos devem assegurar a existência digna, conforme os ditames da justiça social, respeitando, dentre outros, os direitos do consumidor, o meio ambiente, e exigindo que a propriedade cumpra sua função social.

Assim, constitucionalmente, o Brasil é, nas palavras de Edvaldo Brito (1982), um Estado Social Moderado (ou Estado de iniciativa dualista, ou Estado econômico com fins sociais, ou Estado do pós-guerra, ou Estado do Bem-estar e do desenvolvimento), porque protege tanto as garantias fundamentais e os direitos sociais quanto regula a economia (propriedade privada e a livre iniciativa). *Estado que é a um só tempo impulso e partícipe da atividade empresarial, árbitro da distribuição e senhor da organização dos mercados* (BRITO, 2001, p. 252).

²⁵ O modelo capitalista com ponto zero de intervenção é um tipo ideal, não realizável (GRAU, 1997). Ademais, não é concebível, nos moldes de economia de mercado atuais, um Estado inteiramente omissivo, com “mão invisível” como pregado por Adam Smith em sua obra *A riqueza das nações*. Também, por diversos motivos, não há uma intervenção máxima do Estado na economia como pregada no socialismo puro. Por isso, diz-se que a intervenção do Estado brasileiro na economia é moderada. E é mista também, por ser direta e indireta, ou seja, ora ele atua como agente da economia, assumindo total ou parcialmente as atividades econômicas, o que se dá através das empresas públicas e sociedades de economia mista, atuando como empresário e em igualdade de condições com as empresas privadas (§1º, II e §2º, do art. 173, CF/88), ora como agente normativo e regulador da economia, deixando a iniciativa privada atuar, reservando para si a competência de regular, fiscalizar, incentivar, fomentar e planejar a atividade econômica, principalmente quanto a assuntos considerados importantes e estratégicos para a nação, como: água, petróleo, energia, telecomunicações, etc.

Com efeito, o Brasil se considera um Estado Democrático de Direito²⁶, que consagra os direitos ao bem-estar e ao desenvolvimento e que tem como princípio fundamental a realização da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Em seu art. 1º, a Carta de 1988 anuncia como princípios fundamentais do Estado democrático de direito da República Federativa do Brasil, entre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (incisos II e III). Esses dois princípios irmanados revelam que não há Estado democrático de direito sem direitos fundamentais, assim como não existem direitos fundamentais sem democracia; em que sejam assegurados não só os direitos civis e políticos guiados pelo princípio básico da liberdade, mas também os chamados direitos sociais, fundados no postulado da igualdade, sem os quais a dignidade da pessoa humana não passaria de mera retórica. (ROCHA(a)), 1999, p. 269)

Entretanto, apesar de, desde 1988, o Brasil pretender ser esse Estado social-econômico, o país decuplicou sua dívida externa na década de 90, principalmente em razão de empréstimos junto ao Fundo Monetário Internacional (FMI), que privilegiam os interesses dos capitais financeiros internacionais e são avessas a quaisquer políticas sociais.

Além disso, a política neoliberal adotada no Brasil nas últimas duas décadas foi contrária à política do produtivismo adotada, por exemplo, na Suécia. Lá, o foco das políticas sociais era o de aumentar a *capacidade* produtiva dos indivíduos.

Em países que não mantiveram esse foco em suas políticas sociais, a população ficou, em conseqüência, mais vulnerável aos efeitos do discurso neoliberal que encara as políticas sociais como *custos* ou meras transferências de renda *daqueles que produzem para aqueles que não produzem*. Por isso, no Brasil a universalização dos benefícios sociais não foi obtida. O SUS, a escola pública, o seguro desemprego, por exemplo, são, na maioria das vezes, para aqueles indivíduos de baixa renda, sendo financiados, pela receita tributária, suportada pela classe média e alta.

Essa lógica acirra as desigualdades sociais, que, no Brasil, já atingem grandes proporções, apesar do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) ter alcançado

²⁶ Combinação do Estado de Direito com as instituições de governo democráticas.

índices maiores que 0,8. Ainda assim, o Brasil mantém uma das piores distribuições de renda do mundo, apesar de o país ter uma renda *per capita* relativamente alta. Cerca de 30,7% das famílias brasileiras recebem renda total inferior a dois salários mínimos (no Nordeste essa proporção atinge 53%). Os 10% mais ricos no Brasil abarcam 51,7% da renda, enquanto os 10% mais pobres ficam somente com 0,7%²⁷.

Mais recentemente, nos governos do Presidente Lula (2002-2010), foram implantados programas sociais²⁸ como o Bolsa Família, que em 2006 atendeu 11 milhões de pessoas de baixa renda, segundo dados oficiais. Entretanto, esses programas foram capazes de redistribuir menos de 1% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro, e os valores distribuídos individualmente por esses programas ainda são nitidamente insuficientes para alterar para melhor a capacidade produtiva dos seus beneficiários²⁹.

A direção é muito mais assistencialista e *acomodativa* que *distributiva* e *produtivista*, o que demonstra que não há relação direta entre IDH e PIB elevados com garantia de bem-estar social. Nem sempre um país que mais investiu em políticas sociais possui tais índices elevados, o que indica que não só o *investir* é importante, mas o *como investir* tem grande influência nos resultados obtidos.

Por tudo isso, não é possível afirmar que no Brasil, hoje, há um verdadeiro Estado de bem-estar social. No fundo nunca houve, até porque o país ainda não vivenciou concretamente um regime democrático que, realmente, viabilizasse o acesso universal ao bem-estar, além da letra da Constituição.

Com efeito, a efetividade do direito ao bem-estar depende do compromisso de se vencerem os obstáculos à sua efetivação e, principalmente, da conciliação entre bem-estar e desenvolvimento.

²⁷ Dados retirados dos *sites* do IBGE, Folha de São Paulo e da UNICAMP/INEEP em dezembro de 2007.

²⁸ Programas sociais em curso no governo: Bolsa Família, Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (Peti), Brasil Sorridente, Farmácia Popular, Qualisus, Brasil Alfabetizado, Programa Universidade para Todos (ProUni).

²⁹ Informações obtidas junto ao *site* oficial da Presidência da República em dezembro de 2007.

A Constituição de 1988 tornou mais clara a defasagem que existe entre o programa social nela assumida pela nação e a resposta dada pelas políticas efetivadas pelas administrações. Criam-se, neste espaço, condições para ações que exijam a efetivação destes direitos, inclusive no Judiciário.

E, é deste embate que a jurisdição, como atividade essencial para a manutenção do Estado Democrático de Direito, não pode se furtar, buscando sempre a decisão mais completa e acertada para o caso concreto, ponderando os interesses e bens jurídicos envolvidos, para que se realize, acima de tudo, a dignidade da pessoa humana.

CAPÍTULO 3 DESENVOLVIMENTO

As considerações acerca do desenvolvimento devem partir de uma definição completa, visto que o desenvolvimento não deve ser visto, apenas, como um processo de crescimento econômico, mas, também, de uma verdadeira mudança estrutural do Estado que engloba progresso em aspectos econômicos, sociais, culturais, políticos e jurídicos, e que visa o incremento do bem-estar de todos os indivíduos, indissociável de padrões de sustentabilidade e de preservação ambiental.

3.1 CONCEITO DE DESENVOLVIMENTO

O fenômeno *desenvolvimento* é de grande complexidade e, segundo Edvaldo Brito (1982), situa-se entre os temas de difícil fixação de conceito. Entretanto, apesar do desafio imposto pela dificuldade de definição, é essencial para o tema deste trabalho, conhecer a definição do vocábulo na língua portuguesa e as diversas visões de juristas acerca do desenvolvimento e crescimento, para que seja possível compreender a natureza do desenvolvimento.

Assim, partindo-se de noções vocabulares simples, tem-se que *desenvolvimento* é a ação ou efeito de desenvolver-se; é o aumento da capacidade ou das possibilidades de algo; é o crescimento, progresso, adiantamento (do comércio, da economia, das ciências, da nação); é o avanço econômico, social e político de um país, região ou comunidade; aumento das qualidades físicas (animais, plantas); aumento das

qualidades morais, psicológicas, intelectuais, de aprendizado; aprimoramento; revelação gradual de alguma coisa; desenrolamento, evolução, prosseguimento; é sinônimo de aumento e antônimo de declínio, retrocesso.

Quanto à diferença entre desenvolvimento, crescimento e expansão, Edivaldo Boaventura (1967) afirmou que o desenvolvimento é essencialmente estrutural e consiste em mudanças de quantidade e qualidade no processo produtivo, sendo o desenvolvimento econômico espécie do fenômeno do desenvolvimento. Já o crescimento seria o incremento das quantidades globais em longo prazo e expansão, um crescimento em curto prazo.

Eros Roberto Grau (1997) indicou que a idéia de desenvolvimento supõe mutações e importa em que se esteja a realizar na sociedade um processo de mobilidade social contínuo. Para ele, o processo de desenvolvimento *deve levar a um salto* de uma estrutura social para outra e estar acompanhado de elevação do nível econômico e *cultural-intelectual* comunitário. Daí o desenvolvimento implicar na consumação de mudanças de ordem não apenas quantitativas, mas, também, qualitativas. Por tais motivos, ele acredita que a idéia de desenvolvimento não pode ser confundida com a idéia de crescimento.

Manoel Jorge da Silva Neto (2006) também diferenciou desenvolvimento de crescimento, mas restringiu a idéia de desenvolvimento à mudanças apenas qualitativas, discordando de Edivaldo Boaventura e Eros Roberto Grau. Para ele, o desenvolvimento se relaciona ao conjunto de medidas adotadas na política econômica que conduzem à melhoria da condição de vida das pessoas, expressando, por conseguinte, uma grandeza qualitativa³⁰. Já o crescimento difere do desenvolvimento por expressar uma grandeza quantitativa, pois traduz, apenas, a quantidade de riqueza existente em uma dada economia em determinado momento.

³⁰ O conhecido Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), estabelecido como parâmetro objetivo pela Organização das Nações Unidas (ONU) para verificar a qualidade de vida em um determinado país, e, conseqüentemente, o seu estágio de desenvolvimento, não leva em consideração o produto interno bruto (PIB), ou seja, a quantidade de riqueza produzida em um dado sistema econômico, mas sim a sua capacidade de promover a justa distribuição do que produziu. (SILVA NETO, 2006, p. 208)

Neste estudo, opta-se por seguir a doutrina de Eros Roberto Grau acerca do conceito de desenvolvimento, assumindo a idéia de que o desenvolvimento agrega tanto aspectos econômicos (quantitativos), quanto aspectos sociais (qualitativos). E, mais, culturais, políticos e jurídicos, pois o desenvolvimento, entendido em sua plenitude conceitual, deve visar o incremento do bem-estar de todos os indivíduos de uma nação e do mundo. Afinal, a pessoa humana é o sujeito central do processo de desenvolvimento e principal beneficiário deste.

Assim, entende-se que o gênero desenvolvimento está atrelado à idéia de mudança para melhor na estrutura do Estado como um todo, e, não, apenas em termos econômicos. Ou seja, desenvolvimento é aquele fenômeno capaz de transformar as estruturas econômicas e sociais de um país, melhorando quantitativa e qualitativamente tanto a economia quanto o bem-estar dos cidadãos. O desenvolvimento amplo tem capacidade de promover tanto o aumento da renda *per capita*, quanto a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos.

3.2 DIREITO “AO” DESENVOLVIMENTO

Juridicamente, perguntar-se-ia se existe direito *do* e *ao* desenvolvimento e se ambos são idéias coincidentes.

A posição adotada neste trabalho é a de que procede o uso de ambas as expressões: direito do desenvolvimento e direito ao desenvolvimento, mas que as mesmas possuem significado distinto.

A diferença é que no direito do desenvolvimento trata-se das normas jurídicas destinadas a garantir os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais conquistados a partir do desenvolvimento, ou para o desenvolvimento.

Já o direito ao desenvolvimento é um direito subjetivo, classificado como direito humano de terceira geração, portanto, ligado aos ideais de fraternidade e solidariedade. O valor preconizado nesse direito humano visa satisfazer necessidades humanas e ambientais presentes e propiciar o mesmo, ou até mais,

para as gerações futuras. Por ser considerado um direito público subjetivo e por caber ao Estado criar as condições favoráveis para sua promoção, o direito ao desenvolvimento permite a tutela judicial como se verá na segunda parte do estudo.

No mundo contemporâneo, o direito ao desenvolvimento vem adquirindo um espaço cada vez mais importante na agenda internacional, desde o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais proposto pela ONU em 1966 e a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, proclamada em 1986 pela sua Assembléia Geral.

A noção de desenvolvimento enquanto direito humano ocupa posição central nas preocupações da ONU. No decorrer deste quase meio século da proclamação da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, a noção de direito ao desenvolvimento alargou-se bastante, tendo sido abandonada a idéia simplista de que o crescimento econômico, por si só, bastaria para garantir o desenvolvimento. Hoje, o desenvolvimento tem por objetivo a plena realização humana em vez de apenas a multiplicação de bens.

Assim, segundo a ONU, a partir da mencionada Declaração, o direito ao desenvolvimento deve ser reconhecido como um direito humano inalienável e irrenunciável, em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos do mundo estão habilitados a participar, colaborar, exigir, contribuir, e dele desfrutar na sua forma mais plena possível.

O direito humano ao desenvolvimento também implica a plena realização do direito de autodeterminação dos povos que inclui o exercício do direito inalienável de soberania plena sobre todas as riquezas e recursos naturais, desde que este exercício não contrarie outros direitos humanos. Afinal, a realização do direito ao desenvolvimento requer a não violação aos princípios do direito internacional relativos às relações amistosas e à cooperação entre os Estados em conformidade com a Carta das Nações Unidas para o desenvolvimento humano.

Outrossim, todos os seres humanos têm responsabilidade pelo desenvolvimento, levando-se em conta a necessidade de pleno respeito aos seus direitos humanos e liberdades fundamentais.

Entretanto, a responsabilidade primária pela criação das condições nacionais e internacionais favoráveis à realização do direito ao desenvolvimento cabe aos Estados Nacionais, que devem buscar seu próprio desenvolvimento e, também sua parcela de contribuição para o desenvolvimento mundial, atentando que, como os direitos humanos são universais, indivisíveis e interdependentes, o direito ao desenvolvimento não pode estar dissociado da realização dos outros direitos humanos, independentemente da geração em que estejam classificados.

Em razão de tal responsabilidade estatal são fixados, na referida Declaração, diversos deveres para os Estados, individual ou coletivamente, facilitarem a plena realização do direito ao desenvolvimento, tais como:

- a) formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem o constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes;
- b) promover um desenvolvimento mais rápido dos países em desenvolvimento, como complemento dos esforços desses países, pois uma cooperação internacional efetiva é essencial para prover esses países de meios e facilidades apropriados para incrementar seu desenvolvimento amplo;
- c) cooperar, uns com os outros, para assegurar o desenvolvimento e eliminar os obstáculos a este, devendo para isso tomar medidas resolutas para: eliminar os obstáculos ao desenvolvimento resultantes da falha na observância dos direitos civis e políticos, assim como dos direitos econômicos, sociais e culturais, e para eliminar as violações maciças e flagrantes dos direitos humanos dos povos e dos seres humanos afetados por formas de racismo e discriminação, colonialismo, dominação estrangeira e ocupação, agressão, interferência estrangeira e ameaças contra a soberania nacional, unidade nacional e integridade territorial, ameaças de guerra e recusas de reconhecimento do direito fundamental dos povos à autodeterminação;

- d) realizar seus direitos e cumprir suas obrigações de modo tal a promover uma nova ordem econômica internacional, baseada na igualdade soberana, interdependência, interesse mútuo e cooperação entre todos os Estados, assim como a encorajar a observância e a realização dos direitos humanos;
- e) promover o estabelecimento, a manutenção e o fortalecimento da paz e segurança internacionais, e, para este fim, fazer o máximo para alcançar o desarmamento geral e completo sob efetivo controle internacional, assim como assegurar que os recursos liberados por medidas efetivas de desarmamento sejam usados para o desenvolvimento amplo, em particular o dos países em via de desenvolvimento;
- f) assegurar, em nível nacional, a igualdade de oportunidade para que todos em seu acesso aos recursos básicos: educação, serviços de saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição equitativa da renda;
- g) efetuar reformas econômicas e sociais apropriadas com vistas à erradicação de todas as injustiças sociais;
- h) encorajar a participação popular em todas as esferas, como um fator importante no desenvolvimento e na plena realização de todos os direitos humanos.

Com isso, a ONU pretende deixar claro que compete aos Estados assegurar o pleno exercício e fortalecimento progressivo do direito ao desenvolvimento, por meio de formulação, adoção e implementação de políticas públicas, nacionais e internacionais.

Ademais, pretende fixar que o reconhecimento do direito ao desenvolvimento é relevante para todo o mundo, mas, principalmente, para os países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, que precisam alavancar seus crescimentos econômicos e sociais para diminuir sua pobreza e suas desigualdades sociais, distribuindo melhor sua renda.

Com efeito, os países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento precisam reconhecer o direito ao desenvolvimento enquanto um direito humano, a fim de fortalecerem suas frágeis democracias e transformarem seus Estados em verdadeiros Estados Democráticos e de Direito, que respeitem efetivamente a

cidadania e os direitos humanos, não só para as maiorias, mas, também, para as suas minorias sociais, econômicas e culturais.

Contudo, não basta o reconhecimento jurídico-formal do direito ao desenvolvimento como de qualquer outro direito humano. É preciso promover tais direitos no plano concreto, ou seja, fazer respeitar o verdadeiro valor contido nestes *direitos-princípio*, tanto por via legislativa e administrativa quanto por via judiciária.

O Brasil, por exemplo, reconhece o direito ao desenvolvimento colocando-o, inclusive, no plano jurídico-constitucional como princípio fundamental da República Federativa. O problema reside na falta de efetividade das normas por conta não só da ausência ou insuficiência de algumas políticas públicas quanto pela frágil fiscalização e punição do descumprimento daquelas existentes.

De fato, há uma enorme distância entre as promessas fixadas pelo constituinte e a realidade vivida pelo povo brasileiro do ponto de vista da efetividade de direitos. E é esse *déficit* que se pretende corrigir, ao menos no plano jurisdicional, com a inserção de decisões na trilha da realização material do bem-estar e do desenvolvimento, ainda que se esteja diante de um longo caminho de transformação e luta a ser percorrido, o qual inclui a adoção e implantação de políticas públicas em direção ao desenvolvimento equilibrado e sustentável. É o que será tratado no item seguinte.

3.3 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E MEIO-AMBIENTE

Fixado o conceito de desenvolvimento e demonstrado que já se reconhece o direito ao desenvolvimento como direito humano, resta destacar a importância de se atrelar esse reconhecimento aos padrões de sustentabilidade mundialmente defendidos e à preservação ambiental, para poder entender, como o Poder Público, no Brasil, deverá se posicionar como promotor do desenvolvimento, incumbido, constitucionalmente, da manutenção do equilíbrio ecológico, considerado o meio-ambiente como patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo.

Com efeito, desde 1986, no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), o direito ao desenvolvimento foi reconhecido como direito humano por meio da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento mencionada no item anterior.

A partir daí, a ONU abandonou o conceito de desenvolvimento econômico puro, passando a inserir nos textos de seus relatórios um conceito de desenvolvimento mais amplo, compreendendo aspectos humanos (sociais, políticos e culturais).

Com o passar do tempo, surgiu também o adjetivo *sustentável* para o conceito de desenvolvimento.

Desenvolvimento sustentável é aquele capaz de atender às necessidades humanas do presente sem comprometer a possibilidade de atendê-las no futuro, por meio da superação da pobreza e do respeito aos limites ecológicos, aliados a um aumento do crescimento econômico como possibilidade para se alcançar uma maior sustentabilidade das condições globais.

Com efeito, a idéia de desenvolvimento sustentável traz consigo um compromisso das gerações atuais com as gerações futuras, envolvendo a ação comprometida do homem com a natureza, em toda a sua plenitude. Trata-se, portanto, de uma proposta de adequar e condicionar a ação do homem em busca do desenvolvimento econômico das nações à preservação ambiental, à superação da pobreza e à diminuição das desigualdades sociais, reduzindo-se o custo social embutido no processo desenvolvimentista.

Assim, incorporou-se à definição de desenvolvimento o adjetivo *sustentável*, o que muitos entendem ser até redundante, porque se se elegeu o direito ao desenvolvimento como um direito humano, não poderiam estar dissociadas as preocupações solidárias com as gerações futuras e com os limites ecológicos do planeta, em nome da preservação da própria humanidade.

Todavia, não se considera pecado ser redundante ou repetitivo se a intenção, no caso de atribuir o adjetivo sustentável ao desenvolvimento, foi a de, exclusivamente, tentar chamar atenção das nações para o fato de que devem evitar ou afastar os

efeitos nocivos do crescimento econômico desenfreado, desequilibrado e desmedido, fazendo com que elas se comprometam, ao lado de desenvolverem-se economicamente, a cooperar com a preservação dos já escassos recursos naturais que existem e com a redução da pobreza, em prol das gerações vindouras.

Realmente, hoje, com o conhecimento que se tem da composição do planeta, do motivo que leva às mudanças climáticas na Terra e de seus efeitos, e do verdadeiro risco que corre a humanidade se não for revertido urgentemente os efeitos do aquecimento global, não se pode falar em desenvolvimento que não seja do tipo sustentável, ou seja, sem que haja a preocupação com a conservação dos recursos ambientais que asseguram a biodiversidade e o equilíbrio ecológico.

A raça humana é parte da natureza e a vida depende do ininterrupto funcionamento dos sistemas naturais que garantem o suprimento de energia e nutrientes para o homem. Por isso, é preciso que as nações abandonem o dogma do crescimento econômico (aumento contínuo do produto interno bruto – PIB) por um desenvolvimento justo e sustentável. Tudo pela instauração de um novo sistema, no qual haja fiscalização e punição das atividades econômicas que causem danos ao meio-ambiente, e haja racionalização do consumo³¹.

Também não se pode mais admitir a priorização do crescimento econômico em prejuízo da distribuição das riquezas. O predomínio dessa lógica só resultou em malefícios, tais como: desemprego em massa, subemprego, exploração, exclusão social, desperdício, guerras e destruição de vidas humanas. Hoje, enquanto um bilhão de habitantes do planeta vive na prosperidade, outro bilhão sobrevive em indescritível estado de miséria, e quatro bilhões dispõe de renda modesta próxima ao mínimo vital. Para mudar este quadro é preciso construir um novo paradigma de desenvolvimento que seja compatível com as reivindicações sociais.

Porém, é relevante abrir um parêntese sobre a interferência das nações empobrecidas no desenvolvimento: elas não são culpadas sozinhas pela não implementação mundial do desenvolvimento, nem pelos desastres climáticos.

³¹ Consumir sem desperdícios e com responsabilidade ambiental.

O mundo está passando por essa crise climática sem precedentes NÃO por comportamentos antiecológicos exclusivos das nações pobres, pelo contrário, a conduta das nações ricas adocece igualmente ou até mais o planeta. Por isso, não se pode imputar às nações pobres, com todo o seu contingente de miseráveis, a responsabilidade pelas mazelas catastróficas ecologicamente experimentadas pelo planeta, nem se pode somente impor a elas o desenvolvimento do tipo sustentável.

Com efeito, a mudança de conduta frente ao desenvolvimento é responsabilidade de todos os países, principalmente dos mais desenvolvidos (maiores poluidores), que deveriam e poderiam, inclusive, colaborar com o desenvolvimento dos países pobres, não pelo interesse deles continuarem dependentes, mas no intuito de vê-los desenvolvidos econômico e socialmente, industrializados e competitivos no mercado mundial. Esta posição, que vai contra o seu comportamento na história, vai emergindo diante da pressão da onda migratória e das mudanças climáticas, que lembram aos países ricos a impossibilidade de se manterem protegidos dentro de seus muros e ilhas de riqueza³².

A imposição pelo desenvolvimento sustentável é geral, atinge todas as nações, e deve ser reconhecida livre de preconceitos. Daí entender-se como equivocada e unilateral a leitura feita, por alguns, do Relatório da Comissão Mundial sobre Meio-ambiente e Desenvolvimento, presidida por Gro Harlem Brundtland – primeira ministra da Noruega -, denominado *Nosso Futuro Comum*³³, enfatizando, apenas, a pobreza como raiz da degradação ambiental e ameaça ao desenvolvimento sustentável, o que não pode ser considerado. Afinal, pergunta-se:

Será que a pobreza é realmente a maior fonte de agressão ao meio-ambiente, em especial quando se constata serem os países ricos os maiores emissores de CO₂ do planeta e os maiores produtores de lixo?

³² Não que não haja políticas tentando manter esse *isolamento*. O muro separando os EUA do México, as leis de imigração tentando proteger a “fortaleza Europa”, a reação norte-americana ao tratar de Kyoto são, ao mesmo tempo, exemplos da dimensão e da ineficácia da reação a essas pressões.

³³ Esse Relatório (*Nosso Futuro Comum*) culmina as preocupações expostas na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio-ambiente Humano, em 1972, em Estocolmo, e atende ao pedido da Assembléia Geral da ONU por *uma agenda global para mudança*.

Será que seria benéfico para o planeta que a população dos países pobres se desenvolvesse economicamente adquirindo a condição de praticar os mesmos hábitos de consumo dos países do chamado primeiro mundo?

Será que as nações ricas se comprometem e praticam o desenvolvimento sustentável?

Parece que a resposta é negativa a todas essas indagações, indicando que aquela leitura sobre a pobreza *versus* desenvolvimento merece reparos.

Com efeito, embora a pobreza seja, de fato, um grande obstáculo à proteção ambiental - em razão da dificuldade de se sustentar e implantar políticas que preservem o meio-ambiente em detrimento da sobrevivência humana, sempre em perigo nas populações que vivem em torno e abaixo da linha de miséria - para se alcançar o desenvolvimento sustentável global e a preservação do planeta desejados, é preciso se rever a conduta e a responsabilidade dos países ricos e as suas políticas liberais, neoliberais e de cooperação internacional.

O desenvolvimento jamais pode ser entendido como um caminho dirigido a garantir aos países pobres níveis de consumo semelhantes aos das maiores economias mundiais, pois esta solução certamente esgotaria os recursos naturais do planeta.

Então, o que deve ser defendido em nome de um desenvolvimento sustentável é a troca do modelo, ou seja, a criação de um outro tipo de relação dos homens e da sociedade com o meio ambiente, que assegure não só o acesso de todos aos recursos naturais, como, também, a preservação destes recursos para as gerações futuras.

Aliás, já há um consenso mundial em relação à necessidade de substituir-se o padrão de desenvolvimento presente na visão liberal e neoliberal baseado na competitividade econômica por outro que incorpore uma visão de bem-estar social.

Portanto, pode-se concluir que o desenvolvimento sustentável requer tanto a eliminação da pobreza quanto das políticas excessivamente consumistas, de

desperdício e produção desenfreada de lixo, e de emissão de CO₂, pois que estas condutas constituem as principais raízes da degradação ambiental.

Assim, não basta o reconhecimento da miséria como violação aos direitos humanos. É necessário adotar-se, mundialmente, um modelo de desenvolvimento que assegure a sustentabilidade das condições de vida baseado: no controle da emissão de CO₂, na reciclagem de materiais, no emprego de recursos e energias renováveis, na diminuição do consumo e na redução de desigualdades sociais.

Há mais de quatro décadas, diante dessa necessidade de adotar-se um modelo de desenvolvimento mais coerente e global, vê-se tentativas internacionais de evitar o colapso do planeta. Mais recentemente, as tentativas apontam na direção de que se isso não ocorrer a paz estará ameaçada.

O Protocolo de Kyoto, por exemplo, é conseqüência de uma série de eventos iniciada em 1988, quando ocorreu, na cidade canadense de Toronto, a primeira reunião com líderes de países e cientistas para discutir as mudanças climáticas (que têm impacto superado somente por uma guerra nuclear). Essa conferência foi seguida, em 1990, da inauguração do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC), primeiro mecanismo de caráter científico, que tem como intenção alertar o mundo sobre o aquecimento do planeta. Esta linha culminou, em 1992, nas discussões realizadas na Conferência das Nações Unidas sobre Meio-Ambiente e Desenvolvimento (ECO-92), realizada no Brasil, na cidade do Rio de Janeiro, e que contou com a participação de mais de dezenas de dirigentes de Estado que assinaram a Convenção Marco sobre Mudanças Climáticas.

Na ECO-92, foi consagrada a idéia de desenvolvimento sustentável, situando o ser humano no centro de todo processo de desenvolvimento, referindo-se expressamente ao direito de desenvolvimento como um direito humano³⁴. Também

³⁴ *O Princípio 1 da Declaração do Rio de Janeiro afirmou o direito dos seres humanos a uma vida sadia e produtiva em harmonia com a natureza. O Princípio 2 dispôs que os Estados têm o direito soberano de explorar os seus próprios recursos, segundo as suas próprias políticas de meio-ambiente e desenvolvimento e a responsabilidade de assegurar que atividades sob o seu controle não causem danos ao meio-ambiente de outros Estados. O Princípio 3 previu que o direito ao desenvolvimento há de ser exercido de modo a possibilitar que se satisfaçam equitativamente as necessidades das gerações presentes e futuras, endossando o entendimento consubstanciado no Relatório Bruntland.*

foram estabelecidas metas para que os países industrializados permanecessem no ano de 2000 com os mesmos índices de emissão de CO₂ do ano de 1990, porque já tinha sido constatado que as alterações climáticas antrópicas são principalmente causadas por emissão de CO₂ pela queimada de combustíveis fósseis.

Em 1997, foi assinado, no Japão, o Protocolo de Kyoto, ratificado a seguir por diversos países inclusive desenvolvidos. Este protocolo tem por objetivo firmar acordos e discussões internacionais para, conjuntamente, as nações estabelecerem metas de redução na emissão de CO₂, principalmente por parte de países industrializados, além de criar formas de desenvolvimento econômico de maneira menos impactante. Além disso, o protocolo estabelece medidas com intuito de substituir produtos oriundos do petróleo por outros que poluam menos, e de utilizar energia renovável e tecnologias verdes (limpas).

O Estado brasileiro sediou a ECO92 e ratificou o Protocolo de Kyoto, aderindo à política mundial em prol de um desenvolvimento sustentável, entendendo que isso não feriria a sua autonomia enquanto ente soberano nem o seu crescimento econômico. Recentemente, em 2004, o Brasil assinou um Memorando de Entendimento com o Canadá, Itália e Países Baixos para estimular a realização de projetos de mecanismos de desenvolvimento limpo (MDL).

Já os EUA negaram-se a ratificar o Protocolo de Kyoto pela alegação de que os compromissos acarretariam prejuízos ao desenvolvimento americano e interfeririam negativamente na sua economia. Com efeito, o Congresso norte-americano entende que tem autonomia para decidir os rumos do país, em detrimento de compromissos internacionais para a preservação do planeta.

A Declaração do Rio de Janeiro estabeleceu ainda em seu parágrafo 5 que os Estados têm como tarefa essencial a erradicação da pobreza, afirmando que a melhora dos padrões de vida da maioria da população do mundo constitui requisito indispensável ao desenvolvimento sustentável. O Princípio 8 previu que os Estados devem reduzir e eliminar padrões insustentáveis de produção e consumo. Assim, para que se alcance o desenvolvimento e um meio-ambiente sadio simultaneamente, é necessário que se supere o atual modo industrial de produção que desencadeou a crise ecológica, e que se adotem estilos de vida menos consumistas e mais compatíveis com os meios ecológicos do mundo. O Princípio 10 referiu-se à questão da participação democrática nos processos decisórios e do acesso adequado dos cidadãos às informações como poderosos meios para tratar-se as questões desenvolvimentistas e ambientais, como já fora abordado em outros documentos internacionais sobre o direito ao desenvolvimento. (DELGADO, 2001, p. 117-118)

Assim, os EUA, oficialmente, rejeitam assumir compromissos internacionais para a redução da emissão de gases, em nome de uma política desenvolvimentista e pela saga petrolífera.

Entretanto, não significa que, juridicamente, os EUA não possuam leis ambientais com sanções patrimoniais rígidas. As leis são duras e o Judiciário condena os poluidores em indenizações milionárias. Também, não significa que municípios, estados e os próprios cidadãos americanos não estejam aderindo às políticas de preservação ambiental e pesquisando maneiras de reduzir a emissão de gases tóxicos. Eles estão. O problema é que o conceito de soberania e autonomia do estado Nacional que os EUA quer sustentar destoa do mundo globalizado atual, inclusive em nível jurisdicional, pois os efeitos maléficos das mudanças climáticas são preocupações globais que afetam não só a população de um Estado Nacional, mas, sim, de todo o mundo.

Um exemplo recente de que essas preocupações são mundiais e estão relacionadas inclusive com a paz, é que, em 2007, Al Gore³⁵ e o Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas das Nações Unidas (IPCC)³⁶ foram distinguidos com o Prêmio Nobel da Paz, pelos esforços para aumentar o conhecimento mundial sobre as mudanças climáticas.

Outro exemplo é a notória expansão do mercado de crédito de carbono, movimentando entre 20 a 30 milhões de euros/ano³⁷.

Isso representa que o mundo está, de fato, preocupado com as ameaças oriundas do aquecimento global (causado pelo homem, em sua desmedida empreitada rumo ao crescimento), e disposto a fixar a base das medidas que serão necessárias para resistir a essa crise que já afeta a paz mundial (conflitos por terra e água).

³⁵ Al Gore foi ex-vice presidente dos Estados Unidos durante as gestões de Bill Clinton. Ele, também, se candidatou à Casa Branca em 2000, perdendo a eleição para George W. Bush. Em 2006, o documentário “*Uma verdade inconveniente*”, estrelado por ele, ganhou o Oscar de melhor documentário.

³⁶ Esse painel reúne cerca de 3 mil cientistas e especialistas de todo o mundo em diversas áreas.

³⁷ O Brasil ocupa a segunda posição no ranking de país maior produtor de créditos de carbono, podendo atingir 20% do volume de créditos comercializados.

É importante ainda lembrar que o aumento de poucos metros do nível de água dos oceanos faria desaparecer cidades e países inteiros (Xangai, Beijing, Calcutá, Bangladesh, Manhattan e Holanda); e o descongelamento das geleiras significaria acabar com as fontes naturais de água doce (gelo das montanhas e capotas polares). Para onde essas populações desabrigadas irão se isso acontecer? E como matar a sede daqueles que não puderem pagar pela água doce?

Além disso, já é sabido que o degelo pode causar a interrupção da corrente quente que circula nos oceanos e aquece o mundo e, portanto, pode gerar uma nova era glacial.

Por causa dessas questões é que se torna necessário uma verdadeira revolução política e jurídica para mudar os paradigmas econômico-desenvolvimentistas vigentes, de modo que a preservação do meio-ambiente seja alçada à lista de prioridades de qualquer país. O aquecimento global tem que ser encarado, hoje, como o maior dos problemas a ser enfrentado pela humanidade, e *os Estados Nacionais devem rever seus comportamentos, seus deveres e obrigações para além dos confins do seu território não só nos aspectos de globalização de mercado* (CANOTILHO, 1991, p. 17).

De fato, o clima já mudou; o ordenamento jurídico está evoluindo cada vez mais em direção da proteção ao meio-ambiente. A ciência e tecnologia já apontam soluções³⁸. Então, o que falta acontecer para o desenvolvimento sustentável ser uma realidade?

Vontade política global? Jurisdição internacional? Multilateralismo?

Seja o que for não importa, o que importa é que o mundo tem que mudar, porque o futuro depende do sucesso desta empreitada. Afinal, para um desenvolvimento econômico ideal torna-se imperiosa a conservação dos meios naturais³⁹. Sem

³⁸ A revolução tecnológica já é capaz de oferecer o conhecimento e as ferramentas necessárias para combater o aquecimento global e garantir um “*futuro como civilização*”.

³⁹ O Relatório Nosso Futuro Comum da Comissão Mundial sobre o meio-ambiente e o desenvolvimento afirmou essa necessidade de atrelar o desenvolvimento econômico à preservação ambiental.

medidas que assegurem a conquista desse objetivo, a humanidade porá em risco a própria sobrevivência.

Um progresso econômico e social cada vez maior e mais global não poderá basear-se na exploração indiscriminada e devastadora da natureza. Sem o uso racional dos recursos naturais, não poderá haver desenvolvimento sustentável, que é a única forma, atualmente, com o conhecimento que a humanidade tem do meio-ambiente, que se pode conceber o progresso, seja no âmbito econômico seja no social.

E, por ser uma instituição estatal importante não só na promoção do bem-estar, mas, também, do desenvolvimento, deve chamar à atenção do Poder Judiciário, ao menos em nível de cada Estado Nacional – já que ainda não se concebeu uma Poder Judiciário Mundial - a preocupação com a conservação do meio-ambiente e suas implicações jurídicas, assegurando à sociedade decisões coerentes com a lista de itens necessários à preservação dos recursos naturais do planeta, e conscientes da necessidade de maior cooperação e responsabilidade de todos⁴⁰ (sociedade e Estado) em defesa de um futuro.

Com efeito, a exemplo do Brasil, questões envolvendo o meio-ambiente têm exigido, cada vez mais, tratamento jurídico, ora preventivo, ora reparatório, ora repressivo. E, o Judiciário não poderá se omitir do julgamento dessas demandas de direito público⁴¹, especialmente porque, ausente qualquer dessas intervenções, não se verificará naturalmente a observância das normas restritivas de direitos, seja pelos administrados, seja pelo próprio Estado. Assim, um dos desafios do Século XXI, para a jurisdição brasileira, é a implementação das normas de direito ambiental, que

⁴⁰ A leitura do art. 225, caput, CF/88, revela que o meio-ambiente ecologicamente equilibrado é direito de todos, circunstância típica do direito ambiental, no qual público e privado mostram-se reciprocamente solúveis um no outro. De fato, ao definir a titularidade a todos, inclusive integrantes de gerações futuras ao meio-ambiente sadio, a Constituição Federal fez incorporar ao patrimônio jurídico individual de cada um e ao da coletividade o direito à sadia qualidade de vida. Porém, não se trata de atecnia do constituinte. É que o direito ao ambiental tem dimensão de interesse simultaneamente comum e individual que o torna, a um só tempo, passível de apropriação pelo indivíduo como direito subjetivo e de titularização pela coletividade. Não é por outra razão que o direito ambiental é classificado como direito de *terceira geração* que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano.

⁴¹ O regime de incidência do direito ambiental é público pela natureza dos valores tutelados, que devem ser interpretados sempre como direitos e interesses públicos, inalienáveis e indisponíveis, mesmo contra a vontade do titular quando esta for individual, afinal, o direito ao meio-ambiente saudável somente comporta para o indivíduo a fruição, não a disposição. Ninguém pode renunciar ao meio-ambiente sadio, ou dele dispor, porque, sendo direito de todos, nenhum ato de vontade praticado em nome pessoal é ser capaz reduzir ou inviabilizar o exercício por todos e qualquer um do meio ambiente saudável, como do direito à vida e à liberdade.

podem, inclusive, servir de instrumento para a promoção do bem-estar e do desenvolvimento, o que não será uma tarefa fácil, mas, também, não impossível.

3.4 ESTADO DO DESENVOLVIMENTO NO BRASIL

Para analisar os moldes do desenvolvimento do Estado brasileiro e entender suas características e limitações, é preciso fazer uma inserção histórica neste estudo, ainda que sucinta, de, pelo menos 70 anos, para contextualizar a discussão e compreender a postura que a jurisdição deve ter para promover o desenvolvimento de forma global e ecologicamente equilibrada.

Pois bem, em 1929, o mundo viveu uma verdadeira crise do capitalismo liberal, já retratada no capítulo anterior. E, posteriormente, como resultado das reformas estatais e das medidas políticas, econômicas e sociais, foi concebido o Estado do Bem-estar social.

Em países não desenvolvidos, porém, onde havia atraso econômico, social e de implantação do regime democrático, a crise facilitou a ascensão de governos autoritários e ditatoriais. O Brasil foi um bom exemplo disso. Enquanto na Suécia e nos EUA consolidava-se o Estado do Bem-estar social, no Brasil, ainda era necessário ampliar as diretrizes econômicas e sociais, desenvolver o país e inaugurar o Estado social brasileiro.

Assim, após a crise da República Velha, foi promulgada a Constituição brasileira de 1934⁴², que foi tida como a primeira constituição econômica e social do Brasil, pois havia regulamentação da economia e legislação referente a questão social do trabalhador. Mas, na verdade, tratando-se de um país, ainda colonial, monocultor e estritamente dependente do mercado externo (importava-se de tudo), a regulação da economia privilegiava apenas as oligarquias e o surgimento da legislação trabalhista se dava muito mais pela preocupação de controlar e frear a formação de

⁴² A Constituição de 1934 preservava o federalismo, o presidencialismo e a independência dos poderes.

movimentos sociais e operários que pela preocupação com o bem-estar dos cidadãos⁴³.

Com efeito, mesmo com a República Nova, o desenvolvimento ainda não havia chegado no Brasil, ainda que desde o seu início estivessem no poder lideranças e grupos sociais que valorizavam a industrialização como motor do desenvolvimento, e o fortalecimento do Estado e seus serviços.

A crise de 29 e a eclosão da Segunda Guerra em 39 fizeram com que a industrialização do Brasil fosse impulsionada e as exportações aumentassem. Era o Brasil lucrando com a guerra e aproveitando a oportunidade para desenvolver.

Assim, o Estado teve que criar a infra-estrutura necessária a esse desenvolvimento, incrementou os transportes terrestres, marítimos e aéreos, instalou a Companhia Siderúrgica Nacional (CSN)⁴⁴, criou a Companhia Vale do Rio Doce, criou o Conselho Nacional de Petróleo, o Código Nacional de Águas, etc.

Ocorre que, com o fim da Segunda Guerra e triunfo das forças democráticas, *a ditadura Vargas começou a incomodar o mundo e já não tinha mais lugar, pois havia sido ultrapassada pelos acontecimentos.* (KOSHIBA, 1987, p. 316)

As agitações pela democratização iniciaram-se em 1945, enquanto Vargas tentava manobras para continuar no poder como *a lei malaia como ficou conhecida a lei antitruste, que tinha um caráter nitidamente nacionalista e antiimperialista.* Mas não resistiu. Getúlio foi obrigado a abandonar o poder, transmitindo-o ao Judiciário⁴⁵. (KOSHIBA, 1987, p. 319)

A nova Constituição brasileira de 1946 ampliou, na perspectiva liberal, as diretrizes econômicas da Carta anterior e manteve os direitos trabalhistas incorporados em 34.

⁴³ Em 1937, essa preocupação de neutralizar e anular a influência dos trabalhadores aumentou, fazendo-os ligarem-se a sindicatos que eram *entidades dependentes do Estado e, portanto, facilmente manipuláveis por ele.* Essa política trabalhista foi uma concepção importada do facismo, que consistia na negação da luta de classes. (KOSHIBA, 1987, p. 313).

⁴⁴ Para Vargas, o problema maior do não desenvolvimento do Brasil era o siderúrgico e energético.

⁴⁵ Com a queda de Vargas, a presidência do Brasil passou a ser ocupada por José Linhares, presidente do Supremo Tribunal Federal, que realizou eleições ganhas por Eurico Gaspar Dutra, que elegeu a Assembléia Constituinte e deu origem à quarta Constituição brasileira.

Em 1951, iniciou-se novo governo de Vargas com uma política marcadamente nacionalista, que se chocava com a política imperialista, sobretudo, dos EUA na reconquista do mercado brasileiro e, por isso, incomodava muito o mercado externo, mas fazia o país voltar a desenvolver-se.

A mais significativa decisão desse governo em prol do desenvolvimento econômico do país foi a nacionalização do petróleo⁴⁶, com a criação da Petrobrás em 1953, estabelecendo o monopólio estatal. Naturalmente, esse nacionalismo não agradou os capitalistas norte-americanos que cancelaram unilateralmente o acordo entre Brasil e EUA para o desenvolvimento, tendo o Brasil perdido com esse boicote americano mais de 200 milhões de dólares que seriam investidos no país para reforçar sua política desenvolvimentista⁴⁷.

Nas eleições de 1955, foi eleito Juscelino Kubitschek, que alavancou um plano de metas para o desenvolvimento econômico brasileiro e operou transformações, sobretudo, na área econômica, enfatizando o desenvolvimento industrial.

A nova política desenvolvimentista de estado baseava-se na utilização do aparelho estatal como instrumento coordenador do desenvolvimento, estimulando o empresariado nacional, mas também criando um clima favorável para entrada de capital estrangeiro, quer na forma de empréstimo, quer na forma de investimento direto.

Em 1959, o governo JK criou a Superintendência para o Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE), que visava desenvolver a região Nordeste e integrá-la economicamente ao mercado nacional.

O país vivia *anos dourados* como relatado no livro *Juscelino Kubitschek: o presidente bossa-nova*, vejamos:

⁴⁶ Em oposição ao capital estrangeiro surgiu no Brasil, em 1948, um maciço movimento de nacionalização sob o lema: *o petróleo é nosso!*

⁴⁷ Com isso, Vargas enfrentou a oposição dos conservadores à sua política nacionalista, principalmente de Carlos Lacerda, e, no meio de uma crise política, acabou suicidando-se em 1954.

Ricos e pobres tinham a sensação de que o Brasil ia dar certo. [...] Até hoje, JK é sinônimo de empreendedorismo, desenvolvimento econômico e explosão cultural. Não existiu outro presidente que realizou tanto em tão pouco tempo. [...] Lançou o Brasil no rumo da modernidade, melhorou a qualidade de vida de uma parcela importante da população e, com Brasília, incentivou a ocupação do interior do país. [...] Ficou muito mais fácil para a classe média, comprar os eletrodomésticos que, antes, só os ricos podiam ter – televisão, geladeira, enceradeira. [...] Era, de fato, uma época de muito otimismo: o Brasil ganhou a Copa de 1958, e o sonho de ter um automóvel e a casa própria foi se tornando cada vez mais viável.

A euforia tomou conta da população brasileira, embora as bases desse desenvolvimento desenfreado fossem frágeis, todos passaram a ter como meta de vida a aquisição de bens de consumo: televisões, rádios, telefones, eletrodomésticos em geral, automóveis... Tudo isso gerava uma falsa aparência de bem-estar e de desenvolvimento no Brasil, consolidada no padrão do modo de vida americano (*american way of life*)⁴⁸.

Entretanto, o custo desse desenvolvimento frágil foi o aumento impensável da dívida externa brasileira com os EUA, que, em plena guerra-fria, para defender o mundo capitalista do *perigo vermelho*, prestava ajuda militar e econômica às nações que repeliam a expansão comunista, inclusive com perseguição de supostos simpatizantes, e insuflava a consolidação de ditaduras militares na América Latina.

Outrossim, apesar da criação da SUDENE, o esforço para anular as disparidades econômico-regionais não teve saldo positivo. Ao contrário, o Centro-sul desenvolveu-se mais aceleradamente, agravando ainda mais as diferenças. Com isso, houve grande transferência de mão-de-obra do campo para as cidades do Centro-sul, modificando a composição social dos grandes centros urbanos e aumentando a pobreza.

Portanto, esta era de desenvolvimento e sensação de prosperidade do Brasil foi inspirada na ideologia capitalista americana do consumo em massa⁴⁹. Entretanto, o seu legado ao lançar o país arrojadamente na modernidade, na visão de seus

⁴⁸ Por volta de 1950, 75% das famílias norte-americanas possuíam automóvel, telefone e aparelho de televisão; 90% possuíam rádio e refrigerador. (ARRUDA, 1996, p. 411)

⁴⁹ A televisão foi a vedete do consumo nos anos 50. Era a rainha do lar brasileiro. Em 1950, eram 3,1 milhões de aparelhos; em 1955, mais de 32 milhões (COHEN, 2005, p. 28).

opositores, que se apoiavam, inclusive no anticomunismo, teria sido inflação, endividamento, desemprego e instabilidade política.

Após o governo de Juscelino, o Brasil se defrontou com um dilema: a substituição de importações (produzir aqui o que antes de importava) se esgotava e o crescimento econômico passaria a depender da escolha entre duas alternativas conflitantes para ampliar o mercado. Com o fim do curto governo de Jânio Quadros, que tentou combinar uma política liberal com o favorecimento ao capital estrangeiro, com uma política externa mais independente e uma postura autoritária, o Brasil se dividiu, cada vez mais. De um lado, os partidários da reforma de base, proposta pelo Governo de João Goulart e radicalizada no discurso dos partidos e movimentos esquerdistas. De outro, a conspiração e mobilização dos partidos liberais e conservadores, apelando para o combate à subversão comunista e a corrupção que atribuía ao governo de Jango.

Sinteticamente a proposta da reforma de base, visava ampliar o mercado interno, pelo aumento do número de consumidores – este era o principal objetivo da reforma agrária, a que mais mobilizou paixões e levou milhares de fazendeiros a se armarem. Além da reforma agrária, em perspectiva nacionalista, se defendia o controle do capital estrangeiro e da remessa de lucro – a lei a respeito, aprovada em 1963, aumentou a mobilização do governo americano que, em 1962, financiara a eleição de democratas e, em 1964, disponibilizou esquadra para apoiar os rebeldes contra o governo de Jango. As demais reformas, bancária, urbana, universitária, visavam a democratização do acesso, e, assim, este poderia se dar, ao modo brasileiro, pela ampliação dos beneficiários, antes do que pela universalização, no sentido do Estado do Bem-estar.

A alternativa liberal-conservadora, também, visava a retomada do crescimento, mas o baseava nos produtos de consumo duráveis (automóveis, aparelhos de ar-condicionado, aparelhos de som, etc.), o que supunha a concentração de renda nas parcelas mais altas da população. Ao lado disso, apostava na abertura do capital estrangeiro, no estímulo de exportações, no apoio decorrente de afinidades ideológicas, na luta contra o movimento comunista internacional (MCI).

Esta segunda alternativa venceu, e chegou ao poder uma aliança cujo núcleo era composto pelas grandes empresas tecno-burocratas e militares, sob o comando ostensivo dos últimos.

Os governos militares se excluíram ou procuraram limitar a participação popular, continuaram investindo na infra-estrutura e na base industrial brasileira. Visando a construção do Brasil potência: criaram-se estatais; retomou-se a substituição de importações, agora na área de máquinas e equipamentos; ampliou-se a Petrobrás para as áreas petroquímicas e de fertilizantes; expandiu-se a oferta de energias pela construção de Itaipu e Tucuruí; criou-se a Telebrás que unificou a rede telefônica nacional, especialmente, através do apoio à Rede Globo, praticamente se unificou a mídia televisiva no Brasil.

Depois da queda do Regime Militar, ocorreu um processo de expansão da participação popular, que teve seu auge no período 1986 à 1988; e de instabilidade econômica, cujo sintoma mais evidente foi a espiral inflacionária que o governo Sarney tentou inutilmente domar.

O governo de Fernando Collor e, especialmente, o de Fernando Henrique Cardoso, enfrentaram a crise, adotando políticas neoliberais, que implicaram: maior abertura para o capital estrangeiro; privatização de empresas públicas e desnacionalização de empresas públicas e privadas; diminuição do Estado pela extinção ou *enxugamento* de órgãos públicos e não-reposição de funcionários; flexibilização de direitos trabalhistas; ampliação do tempo para aposentadoria, e transferência de atividades sociais para organizações não-governamentais ou para a responsabilidade individual.

O governo Lula desacelerou o processo de privatização, mas não o reverteu; apoiou as exportações e o agronegócio, mas, também, ampliou o financiamento da agricultura familiar. Iniciou o processo de remontagem da máquina pública, promovendo concursos e reajustes salariais, que repuseram, parcialmente, o quadro e o poder aquisitivo dos funcionários; ao tempo em que prometeu entregar (com a reforma da Previdência, em 2003), a parcela mais atraente da previdência pública para as empresas privadas, unificou e expandiu a assistência social para os mais

pobres através da Bolsa Família. Melhorou, lentamente, o valor de compra do salário mínimo; ampliou ou estendeu o sistema de crédito, incluindo, por meio de consignações em folha, milhões de pequenos mutuários. Com essas medidas, estimulou um crescimento moderado, inferior ao de outros países emergentes, apoiado, cada vez mais, no mercado interno, o que recoloca em questão o modelo de desenvolvimento.

Com efeito, o caráter do desenvolvimento continua em disputa na sociedade brasileira. Pergunta-se, qual o Estado do desenvolvimento desejado?

Será que um Estado desenvolvido é aquele pautado no consumo exagerado, na sedução hipnotizante do consumidor pela publicidade ostensiva e da exaltação pela mídia dos padrões de consumo, moda e beleza dos países desenvolvidos?

Será que um Estado desenvolvido é aquele onde a palavra de ordem é rejubilar-se? É provar de tudo um pouco? É desfrutar da vida intensamente só porque se tem acesso a um bom eletrodoméstico ou a aparelhos eletrônicos de última geração?

Será que desenvolver um país é lançar mão de Planos de Aceleração do Crescimento (PAC), com ênfase em obras de infraestrutura⁵⁰?

As respostas a essas questões podem ser negativas se se compreender, como se quer fazer neste estudo, que o Estado do desenvolvimento, embora seja oriundo da transformação da nação pelo progresso, seja, também aquele Estado que deve: a) promover a distribuição de renda, b) incentivar a produção de bens mais competitivos e de maior valor agregado, c) aproveitar o potencial criativo da população, d) desenvolver a economia primária, e) enfrentar o desemprego e do subemprego, f) reprovocar a atuação abusiva do agente econômico privado, g) proteger o consumidor e o meio ambiente, e, h) realizar o bem-estar social.

⁵⁰ No Brasil estão em curso os seguintes programas em prol do desenvolvimento: Programa Brasil Exportador, Apoio às Ações de Crédito e Microcrédito, Plano Agrícola e Pecuário, Plano Safra para a Agricultura Familiar, Programa Nacional para Reforma Agrária (PNRA).

Aliás, como já se mostrou, a Declaração da Assembléia Geral da ONU, realizada em dezembro de 1986, já dispunha que o desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa o constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes.

Dessa forma, o desenvolvimento deve ser entendido não como meio nem como fim para o bem-estar, mas para sua realização contínua. (FERRAZ JÚNIOR, 1988).

O desenvolvimento autêntico, pleno, total de um país deve permitir a liberação de seus cidadãos das dificuldades materiais, por meio da distribuição eqüitativa de renda e supressão dos entraves à promoção do bem-estar. O desenvolvimento deve ser como uma *mola propulsora* do tão sonhado e, hoje, tão ameaçado, Estado do Bem-estar.

E, como dizia Orlando Gomes (1961), o direito é um grande fator de influência no processo de desenvolvimento, porque regula a conduta dos homens na sociedade. O comportamento dos indivíduos em relação aos fenômenos de produção e consumo dos bens é regrado pelo direito, por isso o fator jurídico pode ser impulsionador do desenvolvimento, mas, também, dificultador, se não acompanhar as mudanças ocorridas na sociedade, ficando para trás dos fatos.

O direito influencia os fatores econômicos, mas também deve ser influenciado, modificando-se para adaptar-se às novas realidades trazidas com o desenvolvimento. E, como dito no capítulo I, é a abertura dinâmica do direito que permite essa adaptação.

É essa capacidade de evolução do direito, adaptando-se aos novos anseios e rumos da sociedade que justificam a promulgação da Constituição de 1988, após o fim do regime militar. Com efeito, passados os anos negros de violência, intolerância, censura e silêncio da ditadura, o Brasil navegou em direção à democratização e o ordenamento jurídico foi atualizado para conceber essa nova feição de Estado e de

sociedade, que via o direito ao desenvolvimento como um instrumento para a realização contínua do bem-estar da população.

Assim, o desenvolvimento na CF/88 é, ao mesmo tempo, *objetivo* fundamental (art. 3º, II), *princípio geral* da atividade econômica (art. 174, §1º) e *diretriz* do sistema financeiro nacional (art. 192). A Constituição estimula e facilita o desenvolvimento total, fornecendo bases para coibir abusos à ordem econômica; evitar a dominação de mercados, a eliminação de concorrência e o aumento arbitrário dos preços; impor a proteção ambiental como direito humano e determinar a redução das desigualdades sociais e regionais.

O regime jurídico-constitucional brasileiro propõe um desenvolvimento voltado para uma mudança na estrutura da sociedade, não só com o aumento de índices e estatísticas de natureza econômica, mas, também, com a preocupação com os direitos humanos e o bem-estar social.

Ao lado do desenvolvimento, a Constituição assegura que o Estado brasileiro pretende construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Esse é o modelo de desenvolvimento proposto.

Porém, apesar de ciente das dificuldades naturais de se conciliar todas essas metas, como valores supremos da sociedade brasileira, o constituinte não disse expressamente *como* isso seria possível. Por outro lado, ele também não previa que a globalização concentraria tanto o poder econômico a ponto de aumentar ainda mais as desigualdades e a marginalização. E, muito menos que, a questão ambiental destacasse tanto vindo a ser compreendida, hoje, como um verdadeiro imperativo.

Daí a dificuldade da jurisdição de, no caso de violação do direito ao desenvolvimento e do direito ao bem-estar, tanto por ação quanto por omissão do Poder Público, promover a tutela desses valores, diante de um panorama mundial de globalização, atualmente sob o controle dos grandes interesses empresariais (transnacionais),

especialmente financeiros e dos Estados que são seus instrumentos, e da necessidade de garantir, também por via judicial, o meio-ambiente sadio (bem de uso comum do povo – art. 225, CF/88).

PARTE II
JURISDIÇÃO, GLOBALIZAÇÃO, BEM-ESTAR E
DESENVOLVIMENTO

CAPÍTULO 1 PODER JUDICIÁRIO E JURISDIÇÃO

A atividade de produzir a norma individual destinada a por termo às controvérsias de natureza jurídica no íntimo da sociedade e devolver a estabilidade das relações jurídicas, concretizando expectativas dos integrantes da comunidade em relação às normas eleitas para regular o convívio social, por meio da interpretação constitucional, é de suma importância para a efetiva prevalência do direito como o mais eficaz sistema de regulação da conduta intersubjetiva.

1.1 CONCEITO DE PODER JUDICIÁRIO E DE JURISDIÇÃO

A relevância que a atividade jurisdicional adquiriu nas sociedades contemporâneas é demonstrada pelo fato de não se conseguir conceber uma organização social passível de caracterizar um exemplo de Estado Democrático de Direito sem assegurar, simultaneamente, a heterocomposição institucional dos conflitos jurídicos e o direito de livre acesso do cidadão a tal solução institucional.

Na evolução da humanidade, a maioria das sociedades humanas abandonou, há muito tempo, a autocomposição dos conflitos e, até o presente momento histórico, não se concebeu um arranjo mais eficiente para o enfrentamento das disputas internas na comunidade sobre bens juridicamente tutelados do que a submissão dos opositores à terceiro, imparcial e independente, organizado prévia e institucionalmente, que, se sobrepõe às partes em conflito.

Com efeito, nos primeiros tempos da civilização, aqueles que se vissem envolvidos em qualquer tipo de conflito intersubjetivo poderiam resolvê-los por si mesmos, do modo que fosse possível, realizando aquilo que se denomina de autotutela. [...] Num outro estágio da civilização, a esse subsequente, a autotutela foi sendo abandonada, chegando-se à solução de conflitos entre os sujeitos mediante o concurso de terceiro desinteressado e imparcial, eleito pelos contendores. Tratava-se daquilo que se pode denominar de arbitragem facultativa. Subseqüentemente, a arbitragem passou a ser obrigatória, de modo que os envolvidos no conflito deveriam necessariamente submeter-se a uma solução criada por terceiro desprovido de interesse direto no objeto daquele conflito. Somente muito depois, com o desenvolvimento da noção de Estado e, conseqüentemente, com o nascimento das primeiras idéias a respeito daquilo que seria, mais tarde, Estado de Direito, é que a tarefa de solucionar os conflitos [...] entre as pessoas foi admitida como função do Estado, primeiramente atribuída ao soberano, de quem emanava todo o Direito e, mais tarde, numa fase mais desenvolvida, mediante o concurso dos organismos do Poder Judiciário, dotados de independência estrutural diante dos demais órgãos das atividades estatais. (WAMBIER, 1998, pp. 36-37)

Claro que as fases dessa evolução do conceito de Poder Judiciário e jurisdição, narrado pelo trecho transcrito, não ocorreram de forma nitidamente distinta. Também, não há marcos divisórios precisos, separando-as absolutamente. A história mostra que, em quase todos os momentos, e até hoje, diferentes sistemas conviveram uns com os outros, ora com a predominância de um, ora com a de outro. Mas, por certo, a idéia de Estado de Direito consolidou a função jurisdicional como essencial para sua própria caracterização.

Traduzindo a perspectiva da evolução histórica da jurisdição no Brasil, José Afonso da Silva (2005) resume, sem abordar a arbitragem:

Anteriormente ao período moderno havia jurisdição que não dependia do Estado. Os senhores feudais tinham jurisdição dentro de seu feudo: encontravam-se *jurisdições feudais* e *jurisdições baronais*. Lembre-se de que os donatários das Capitanias Hereditárias no Brasil colonial dispunham da *jurisdição civil e criminal* nos territórios de seu domínio. No período monárquico brasileiro, tínhamos a *jurisdição eclesiástica*, especialmente em matéria de direito de família, a qual desapareceu com a separação entre Igreja e Estado. Agora só existe jurisdição estatal, confiada a certos funcionários, rodeados de certas garantias: *os magistrados*. (SILVA, 2005, p. 554)

Com efeito, a atividade jurisdicional, hoje, no Brasil, predomina como uma das funções do poder estatal (as outras são a administrativa e a legislativa); constitui atividade praticamente monopolizada pelo Estado, realizada através do Poder

Judiciário, justamente em virtude das garantias constitucionais e das leis que cercam a magistratura como é o caso dos princípios constitucionais do juiz natural e da vedação aos tribunais de exceção. Porém, convive com a arbitragem⁵¹ desde 1996, sem que isso implique em violação ao princípio da inafastabilidade de jurisdição (art. 5º, XXXV, CF/88)^{52 53}.

Na arbitragem, que é uma opção facultativa dos interessados, a jurisdição é exercida por *delegação* do Estado, autorizada por lei, para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis; decorre de interesse manifestado de forma expressa pelas partes. Entretanto, apesar da crescente utilização da arbitragem, a jurisdição estatal ainda é preferida. Jurisdição, portanto, é a atividade estatal destinada a, consolidação de situações, estabilização de expectativas e solução de conflitos de teor jurídico na sociedade.

Assim, o Poder Judiciário é aquele estruturado para prestar a jurisdição pública, desempenhar a atividade de entregar à sociedade um ato jurisdicional, confirmar e dar concretude ao direito, seja por meio da norma individual a ser aplicada em questões objetivas, seja pela emissão de pronunciamentos sobre o direito de caráter geral⁵⁴. Consiste, assim, simultaneamente, numa evolução das formas primitivas de pacificação social e em uma proposta de concentração política da tarefa de traduzir e/ou dar significado ao fenômeno jurídico para a sociedade.

O Poder Judiciário, no Brasil, é delineado pela CF/88 nos arts. 92 a 126. Este poder constitucional tem por função dar concretude ao direito. Isso é o que se chama função jurisdicional ou simplesmente jurisdição, que se realiza por meio de um processo judicial, dito, por isso mesmo, sistema constitucional de solução de demandas (preferida esta nomenclatura, porque se desvincula da idéia de solução de conflitos).

⁵¹ Meio não estatal de composição de conflitos, regulado pela Lei Federal 9.307/96.

⁵² Art. 5º [...]

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁵³ O plenário do STF, em 12.12.01, ao julgar o pedido de homologação de sentença estrangeira SE 5.206-7 Espanha, considerou constitucional a Lei de Arbitragem. Discutia-se conflito entre a cláusula compromissória e o princípio da ubiqüidade inscrito no inciso XXXV, do art. 5º, da Carta Magna. Foram vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Relator, Moreira Alves, Néri da Silveira e Sydney Sanches (STF-RTJ 190/908, Pleno).

⁵⁴ Como nos casos da jurisdição constitucional (ADIN, ADC, ADPF), poder normativo da Justiça do Trabalho, súmulas vinculantes, etc.

A legitimação formal da jurisdição decorre da norma constitucional, posto que, a um só tempo, todos os julgamentos têm de ser públicos e devem ser fundamentadas todas as decisões, conforme a art. 93, IX, da CF/88. Além disso, no processo têm que ser observados os procedimentos previstos nos incisos LIII à LVII, do art. 5º, da CF/88, que dispõem que ninguém pode ser processado e sentenciado senão pela autoridade competente; que ninguém pode ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; que às partes são assegurados, no processo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, sendo inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito; e que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Portanto, ao lado da inafastabilidade do Poder Judiciário da apreciação das demandas que lhes são postas, as decisões judiciais⁵⁵ subordinam-se aos procedimentos constitucionalmente impostos e estão protegidas pela coisa julgada, instituto de efetiva contribuição para o modelo de preservação da segurança jurídica, resultado de construção inserida na Constituição Federal, e fundamentado, socialmente, em dois principais argumentos: a necessidade de autoridade das decisões e a pacificação social.

A função jurisdicional ou ordem judiciária é exercida pelos seguintes órgãos (art. 92, CF/88): a) um órgão de cúpula como guarda da Constituição e Tribunal da Federação, que é o Supremo Tribunal Federal; b) um órgão recentemente criado pela EC-45/2004, a quem compete o controle externo do Judiciário, que é o Conselho Nacional de Justiça; c) um órgão de articulação e defesa do direito objetivo federal, que é o Superior Tribunal de Justiça; d) as estruturas e sistemas judiciários compreendidos: os Tribunais superiores federais e Tribunais inferiores e juízes da organização judiciária federal (Justiça Federal, do Trabalho, Eleitoral e Militar); e e) os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal.

⁵⁵ Utiliza-se o termo decisões judiciais em sentido *lato*, amplo, ou seja, não no sentido usual de julgamento de litígios, até porque a atividade jurisdicional se debruça sobre diversas outras atividades igualmente essenciais, não relacionadas com a *justa composição da lide*. Por exemplo, os pronunciamentos na jurisdição constitucional (ADIn's, ADC's, ADPF's), a edição de Súmulas Vinculantes, o poder normativo da Justiça do Trabalho, assim como no caso da jurisdição voluntária, nos quais, embora não se identifique *lide*, há prestação jurisdicional.

A jurisdição, hoje, tem a atribuição de construir a norma implementando direitos regulamentados, e, cada dia mais, é entendida e exigida como um direito fundamental e uma garantia do cidadão, ainda mais quando se trata de um Estado no qual, como o brasileiro, o legislador exagera nas promessas, sendo generoso nas missões e mesquinho nos meios, tornando a implementação de direitos uma fase mais complexa e onerosa do que a regulação.

Assim, não resta mais qualquer dúvida acerca da importância do Judiciário para a caracterização do Estado Democrático de Direito, função que transcendeu sua humilde origem nos primórdios da revolução burguesa, deixando de ser o que Montesquieu figurou como a *boca que pronuncia as palavras da lei* para ter reconhecida a sua função na construção da norma jurídica individual objetiva, que passa a integrar o patrimônio jurídico das partes, seja na determinação do conteúdo e do alcance da norma no caso concreto, seja no preenchimento das lacunas do sistema, e, também, na verificação de validade, formal e material, e compatibilidade com a Constituição das normas produzidas dentro do próprio ordenamento.

A sociedade mudou, o Estado mudou: o Poder Judiciário e a jurisdição também.

A adaptação da doutrina de Montesquieu ao Estado Democrático de Direito é fruto da evolução do constitucionalismo contemporâneo. O conceito de Poder Judiciário é bom exemplo, pois para Montesquieu, o Poder Judiciário era um poder invisível e *nulo*, destinado apenas a pronunciar as palavras da lei, esta norma elaborada pelo poder legislativo, dotada de todos os elementos necessários à gerar os efeitos pretendidos.

A idéia do Poder Judiciário autônomo, independente, e criador do direito individual evoluiu juntamente com a sociedade e o próprio conceito de Estado, inclusive para atender, ao mesmo tempo, a uma maior complexidade social que revelou inviável a criação de um ordenamento jurídico pleno, capaz de elucidar todas as possíveis controvérsias, e à transformação radical experimentada na evolução histórica do conceito de lei que abandonou sua acepção original de norma geral e abstrata destinada a orientar e regular a conduta humana com neutralidade, para tornar-se

um *fato político*, um instrumento de governo utilizado pelo poder político para realização de sua própria ideologia ou proposta de governo. (SILVA(b), 1998, p. 26)

A evolução das instituições sociais e políticas transformou todas as funções do Estado, afastando-as das concepções originais de Montesquieu, e, no caso do Poder Judiciário, dando especial relevo à suas atribuições, inclusive na qualidade de guardião da Constituição. As atribuições do Poder Judiciário na solução dos litígios tiveram que ser gradativamente ampliadas para viabilizar sua utilização instrumental.

Por outro lado, a lei deixou de ser um ente racional pretensamente equidistante com inspiração ética e filosófica, para amoldar-se a uma racionalidade *político-tecnológica* tornando-se ela própria, também, parte de um *processo de governo*.

O Poder Judiciário teve paulatinamente modificada sua atuação inicial de árbitro desinteressado para solucionar conflitos entre terceiros, para órgão de administração da justiça e, portanto, diante da mudança no conceito de lei, instrumento de garantia da legalidade, e de eficácia da política. Ainda há quem sustente a visão tradicional e ainda atribua ao Judiciário apenas a missão de aplicar, contenciosamente, a lei a casos particulares, mas, também, há quem afirme que o Poder Judiciário *assegura, por suas decisões, a soberania da justiça, isto é, a realização dos direitos individuais nas relações sociais*, e que concorre para o equilíbrio da sociedade, por meio de uma fórmula consagrada constitucionalmente comprometida com o Estado Democrático de Direito e os princípios que o fundam.

Ao Poder Judiciário cumpre assumir com firmeza a sua função e o seu compromisso com a democracia e com a cidadania, atribuição que lhe foi conferida pela soberania popular, pela via do Poder Constituinte Originário como guardião da Constituição para preservar os Princípios Fundamentais, fundadores do Estado Democrático de Direito. (COSTA, 1999, p. 21)

Colocado o Poder Judiciário no centro deste quadro de constantes mudanças no mundo, na sociedade, nos indivíduos, na cultura, no direito, no Estado, fica evidente, como visto, que a função jurisdicional deve assumir um novo posicionamento capaz de dar à prestação da atividade a dimensão que se espera da instituição. Para isso, é preciso compreender a importância social da jurisdição, transpor as fronteiras

estabelecidas pela visão de Montesquieu e, também, transbordar a moldura científicista do positivismo⁵⁶.

1.2 IMPORTÂNCIA SOCIAL DA JURISDIÇÃO

A função de dizer o direito, no sentido de dar concretude prática às normas imperativas de convivência social, não por acaso, remonta aos primórdios da civilização humana.

De fato, o amadurecimento histórico da idéia de se estabelecer uma sociedade, regida por regras distintas daquelas que regulam a natureza, trouxe a consciência aos integrantes desta proposta revolucionária sobre a face da terra, e, ao mesmo tempo, da importância da efetividade das normas criadas para tal forma, eminentemente, humana de convivência, assim como da necessidade de atribuir com precisão a atividade de construir o conteúdo prático e cotidiano, destas regras para o grupo.

As leis naturais, ou, como mais conhecidas, as leis da sobrevivência, primados regulamentares da existência de quase todas as criaturas sobre a terra prescindem de qualquer fator externo para se fazer respeitar. Os vencidos pagam, normalmente com a vida, as infrações, e os vencedores auferem apenas um instante de satisfação até o próximo minuto crucial no qual, mais uma vez, aplicarão seus esforços para vencer mais uma batalha nessa sucessão de momentos até a derradeira luta de cada ser vivo.

O ser humano, dotado da consciência, com o dom de enxergar o presente, inserido em uma seqüência concatenada de fatos que o une com o passado e o futuro, renunciou à condição animal de por a prova a sorte de sua existência contra os desígnios da natureza, vivendo cada momento como a única possibilidade existencial, e, com isso, subiu um degrau que o pôs além de todos os outros seres

⁵⁶ Sobre a visão de Montesquieu e do positivismo acerca de poder Judiciário e jurisdição se falará mais detalhadamente no item 1.3.

vivos... passou a se relacionar com a natureza, a vida e os outros seres não apenas no instante imediato... mas, no tempo.

Ao deixar de se limitar a comer, no pé, a fruta que a natureza lhe entregava e passar a colher no futuro a semente plantada hoje, o homem não apenas deixou de ser nômade, passou a iniciar a relação de dominação da natureza e de outros grupos humanos.

Enquanto retirava, direta e imediatamente, da natureza seu sustento, o homem não precisava de regras distintas daquelas existentes em toda a natureza, mas quando precisou repartir a colheita resultante do trabalho de semear e cultivar, não mais lhe serviam as leis naturais, incompatíveis com a cooperação necessária para o trabalho coletivo. Precisava criar regras capazes de fomentar a colaboração entre todos para obtenção de resultados de sobrevivência diferenciados, impossíveis de serem obtidos se o resultado do trabalho coubesse, como na lei natural, ao mais forte, ou à outros distintos daqueles que o produzissem.

Dessa *revolução*,⁵⁷ nasce a Ciência do Direito para regular a convivência humana em sociedade. O direito, como sistema de regulação social, é o que diferencia a sociedade humana das sociedades animais em geral e, a jurisdição, como forma de construir este direito de maneira efetiva na vida dos homens é, deste modo, um pilar sobre o qual está assentada a estabilidade das relações sociais.

Essa digressão tem a função de situar a evolução da jurisdição para além dos limites que, usualmente, vêm sendo-lhe imputados, pois a visão da revolução burguesa, inspirada em Montesquieu, segundo a qual o Poder Judiciário é somente *a boca que pronuncia a palavra da lei*, ou, mesmo, a versão processualista que associa a jurisdição, apenas, à solução dos conflitos jurídicos, não atende à dimensão que o

⁵⁷ O termo foi usado na concepção de Thomas s. Kuhn, em sua obra clássica *A Estrutura das revoluções científicas*. Kuhn (1922/1996) tornou-se conhecido com esta obra, em 1962, não como físico de formação que era, mas como um intelectual voltado para a história e a filosofia da ciência. Ele percebeu que a evolução da ciência não era linear, dependia de verdadeiras revoluções. Ele via a ciência e sua evolução numa perspectiva histórica e humana. Para ele, a ciência se desenvolvia em fases: *o estabelecimento de um paradigma, a ciência normal, a crise, a revolução científica e o estabelecimento de um novo paradigma* que substituiria o tradicional e, ao mesmo tempo, daria origem a um novo ciclo de *ciência normal, crise, revolução...*, e assim sucessivamente. Esta obra de Kuhn tornou-se um marco importante no estudo do processo que leva ao desenvolvimento científico.

mundo contemporâneo atribui ao direito e, em especial, da jurisdição, pois os paradigmas atuais são outros, que substituíram os tradicionais, dentro do ciclo evolutivo da ciência jurídica, e que serão substituídos no futuro por outros.

Direito e Estado, por este ponto de vista, se desenvolveram, na sociedade moderna e contemporânea pós-revolução francesa, como instrumentos de consolidação de uma nova forma de relacionamento comunitário: a ordem jurídica⁵⁸.

É preciso, também, notar o processo histórico de valorização progressiva dos aspectos coletivos das condutas, em função do qual a análise dos institutos jurídicos, como das demais instituições humanas, deve considerar o escopo social, numa verdadeira evolução da teoria individualista (liberal burguesa). Rudolf von Jhering (2002), em sua obra *A finalidade do direito* explanou sobre o tema:

Evolução da teoria individualista para a teoria social.

Enquanto a teoria individualista, como doravante passarei a chamá-la, ao invés de individualista-teleológica, situa no indivíduo a finalidade da moral, a teoria social (passarei, igualmente, a omitir o acréscimo “teleológica”) a coloca na sociedade, ou para usar meu modo de expressão, enquanto para aquela o sujeito final da moral é o indivíduo, para essa é a sociedade. Resumindo em poucas palavras, estabelece a última: *a existência e o bem-estar da sociedade constituem a finalidade de todas as normas morais*. É a célebre frase proferida por Cícero no *De Legibus*, III, 3 para o poder público: *Salus populi summa lex est*. (JHERING, 2002, p. 98) (Negritos e itálicos do original)

A transcrição acima, não obstante atrelada às regras de índole moral, traduz, com perfeição, o movimento evolutivo do direito e da valorização dos interesses sociais, além de mencionar a apropriada citação de Cícero relacionando, como lei máxima, a saúde da população. A aplicação de tais idéias à atividade de ministrar a justiça é sustentada pelo próprio autor, mais adiante na mesma obra, numa visão utilitarista, ou seja, acreditando que a justiça em si mesma é destituída de valor/finalidade/justificativa. A justiça só adquire valor se voltada para o fim social, se constituir o bem-social:

No que concerne à justiça, já pronunciamos anteriormente a validade do ponto de vista utilitarista. A justiça em si é destituída de valor e justificação,

⁵⁸ Entendidos como plexo de normas coercitivas emanadas da vontade popular em favor da realização do interesse comum.

como pretende nos fazer crer uma reflexão idealista insana que culmina na afirmação *fiat justiça, pereat mundus*, mas, ao revés, adquire valor em razão e na medida em que constitua condição do bem social. Caso fosse prejudicial, e não benéfica à sociedade, a frase deveria passar a ser: *pereat justitia, vivat mundus*. (JHERING, 2002, p. 142) (Itálicos do original)

Rudolf von Jhering, em seguida ao trecho transcrito, classificava a manutenção da ordem social como *uma das primeiras e mais elevadas tarefas da humanidade* (JHERING, 2002, p. 143), deixando patente que a criação de regras e sua efetiva aplicação são problemas da sociedade humana, condição para o êxito do projeto de vida em comunidade. O que põe o Direito e o Estado como instrumentos da própria sociedade, para a realização dos escopos definidos pelo bem comum.

Neste sentido de que Direito e Estado se confundem, desaparecendo o dualismo tradicional, Hans Kelsen (1997) já havia advertido, em sua obra *O que é Justiça*, que o Estado sendo reconhecido como uma ordem coercitiva que constitui a comunidade política é, também, uma ordem jurídica:

Um dos resultados distintos da Teoria Pura do Direito é o seu reconhecimento de que a ordem coercitiva que constitui a comunidade política que chamamos “Estado” é uma ordem jurídica. O que é geralmente chamado “a ordem jurídica do Estado” ou “a ordem jurídica estabelecida pelo Estado” é o próprio Estado.

O Direito e o Estado são geralmente considerados duas entidades distintas. Mas se for reconhecido que o Estado é, por sua própria natureza, um ordenamento da conduta humana, que a característica essencial dessa ordem, a coerção, é ao mesmo tempo o elemento essencial do Direito, esse dualismo tradicional não pode mais ser sustentado. (KELSEN, 1997, p. 277)

Estado e Direito, assim, realizar-se-iam simultaneamente, transmutando-se a função jurisdicional do Estado em uma ação de preservação e reprodução do próprio sistema jurídico, que alguns compreendem como função *autopoiética*.

Por outro lado, a evolução científica do estudo do direito processual trouxe diversos avanços à própria Ciência do Direito, mas, na via inversa, a disseminação de conceitos dotados de certo tecnicismo e formalismo terminou por fortalecer uma distorção acerca da importância da jurisdição para a sociedade, por exemplo, aumentando o número possível de recursos, o que dilata enormemente o tempo para uma decisão judicial definitiva, tornando a realidade do processo um mundo

quase paralelo, muitas vezes incompatível e contraditório com o mundo do direito material.

Com efeito, no Brasil, o exercício da jurisdição tem ficado cada vez mais formalista, ligado a regras processuais e procedimentais, que, muitas vezes, obstam a apreciação do mérito da causa e, conseqüentemente, a efetivação do direito material na via judicial.

A ida ao Judiciário brasileiro tem se tornado demorada. Daí vem a pergunta: o que é importante para um indivíduo que recorreu, em última instância, ao Judiciário, hoje, será importante daqui a 10 ou 15 anos⁵⁹ quando conseguir terminar/liquidar o processo, executar a sentença, e ver colher os frutos de sua vitória judicial? Será que essa justiça tardia pode ser considerada justiça?⁶⁰

Com efeito, a consolidação da concepção de que o Poder Judiciário e o processo são instrumentos para serem dirimidos os conflitos instalados na sociedade, que, embora verdadeira, é incompleta, contribuiu para disseminar uma visão reducionista da atividade de construir a norma individual para o caso concreto. Por exemplo, tal concepção serve para o desenvolvimento de teorias como a dos limites subjetivos da coisa julgada, segundo a qual a decisão judicial somente produz efeitos para os litigantes, que, não obstante tecnicamente correta em termos processuais, mascara um dos maiores fatores de relevância da atividade jurisdicional para a sociedade, o *feedback* para os sujeitos de direito, estranhos à relação processual, da efetiva regra válida para balizar sua conduta.

O que se pretende dizer é que, embora apenas o réu no processo criminal possa vir a ser condenado a perder a liberdade, o resultado do processo, em especial quando o caso recebe atenção da população, interfere na conduta de todos os outros indivíduos. O mesmo se diga em relação às decisões da Justiça do Trabalho que concedam ou neguem direitos contra a realidade dos fatos, ou às julgamentos

⁵⁹ Somente a título ilustrativo, dia 22/02/2008, as demandas judiciais pela reparação de danos causados pelo desabamento do edifício Palace II, no Rio de Janeiro, completa 10 anos. Os processos encontram-se no STJ.

⁶⁰ Para Ruy Barbosa, justiça tardia é a injustiça qualificada pela demora.

políticos ou financeiros de matérias tributárias, estes, via de regra, contra os interesses dos contribuintes⁶¹.

Boas ou más, decisões como as citadas são amplificadas quando repercutem socialmente e passam a nortear a conduta de toda a sociedade.

Essa repercussão social se projeta, positivamente, por exemplo, da recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STJ) que, afinal, assegurou que as instituições bancárias estão sujeitas, além das normas emanadas do Banco Central, à incidência, na relação com seus clientes, do Código de Defesa do Consumidor (CDC). E, ainda mais recente foi a decisão, unânime, da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, confirmou o entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal de que o CDC deve ser aplicado às relações de consumo em geral, o que significa aplicar a regra prevista no art. 52 do CDC, reduzindo a multa de 10% para 2%, em todos os contratos de prestação de serviços, que envolverem relações de consumo, inclusive os de telefonia.

Outro exemplo de projeção social de decisões judiciais é a do STJ em ação civil pública proposta contra o Município de Joinville (SC), que reformou a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. O Município havia canalizado córrego com 70 centímetros de largura, desmatando mata ciliar às suas margens, para construção de um estádio de futebol, mas o STJ entendeu que as autorizações dadas pelos órgãos ambientais competentes (Ibama e Fatma) foram indevidas, pois violaram o Código Florestal, que protege 30 metros de vegetação às margens de cursos d'água. Assim, anularam-se as autorizações e determinou-se que o Município, junto com as entidades que autorizaram indevidamente a obra, recompusessem o meio ambiente afetado. Ademais, o argumento de que o córrego era apenas um *veio* d'água foi considerado sem fundamento, pois esse raciocínio, levado às últimas instâncias, poderia redundar em inviabilizar a proteção ambiental, também, para as nascentes dos rios (*olhos* d'água, apenas).

⁶¹ Por exemplo: os que permitem a majoração de contribuições sem observância do interstício de 90 dias previsto na Constituição Federal; que admitem a utilização de tributos com efeito confiscatório, como o empréstimo compulsório; que acatam alterações nas relações jurídicas processuais já constituídas a propósito de mudanças nas certidões de dívida ativa.

Esses são exemplos de como uma decisão individual pode interferir na conduta coletiva e ter repercussão social. Afinal, muito especialmente quando tais decisões prestigiam e protegem os direitos difusos e coletivos, passam a servir como um *farol* para orientar as relações humanas intersubjetivas. Se Bobbio já advertira que o mundo ocidental experimenta a *era dos direitos*, a disseminação de direitos e garantias coletivas e difusas amplia ainda mais significativamente a repercussão social de tais decisões.

Este aspecto de repercussão social das decisões judiciais, de menor relevância para a ciência do processo⁶², que se ocupa tecnicamente da decisão, não pode ser deixado de lado, quando se pretende abordar a jurisdição e sua importância social, mesmo que, apenas, sob o prisma jurídico, porque não é só a norma objetiva que está em jogo e, sim, o desdobramento dela na comunidade. Com efeito, poucos são os exemplos onde a lei processual menciona a repercussão social da medida, como na prisão preventiva para garantir a ordem pública (art. 312 do CPP). Outro exemplo é a discussão da legalidade do direito de greve em serviços públicos essenciais à comunidade.

Entretanto, não se pretende negar a importância do estudo do processo, nem do domínio, pelo jurista, de suas normas e de seus institutos, apenas se pretende evitar uma generalização comum que limita a atividade jurisdicional ao processo, sem considerar que a decisão judicial tem repercussão social, ou seja, fora dele.

Afinal, a decisão judicial, embora afeita à alterar o patrimônio jurídico apenas dos litigantes no processo, uma vez proferida, atinge um espectro muito maior de influência e repercussão na sociedade e, ao fazê-lo, a jurisdição também atende à um de seus escopos prioritários: assegurar o império do direito. E, como visto, o Estado, ao garantir o direito, realiza a si próprio.

Desprezar esta realidade é tentar ignorar o direito como sistema de regulação das relações sociais, é dissociar a teoria da prática, é crer que o problema jurídico se esgota no estudo formal da norma e dos procedimentos (inclusive processuais) de

⁶² Em poucas situações, a repercussão dos atos processuais fora do processo é aceita como motivação para um tratamento jurisdicional diferenciado.

sua aplicação, atitudes que não se compatibilizam com o Estado Democrático de Direito, incapaz de se satisfazer com a regularidade formal, pois é a efetividade do ordenamento que interessa. Ao revés, somente por meio do reconhecimento da essencialidade da função de concretizar os direitos (as normas gerais e abstratas), no mundo real e prático da vida de cada cidadão, é que será possível dimensionar, com razoável precisão, qual a importância da jurisdição para a sociedade.

Enfim, por tudo o quanto exposto, sem a jurisdição a fazer valer as leis do homem, a sociedade humana não se distinguirá daquelas constituídas por outros animais. Daí demonstrada está sua importância social.

1.3 ATUAÇÃO DA JURISDIÇÃO COMO ATIVIDADE

A contextualização da função jurisdicional (sistema de solução de demandas) nos dias atuais há de ser feita dentro de uma concepção evoluída da ideologia liberal da revolução burguesa, no sentido de passar a ocupar-se, também, com as tutelas sociais e coletivas.

Com efeito, os procedimentos adotados para solução dos litígios nos primórdios do liberalismo dos Séculos XVIII e XIX, refletiam uma filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigente, pela qual, embora o acesso à justiça pudesse ser um *direito natural*, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção, pois eram considerados direitos anteriores a ele, e sua preservação exigia, apenas, que não se permitisse que eles fossem infringidos por outros.

O Estado, enquanto não provocado, permanecia passivo (sem ação positiva), e não incluía entre as suas preocupações problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente. (CAPELLETI, 1998)

Esta visão inicial da jurisdição - ainda impregnada pela idéia de Charles de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu, segundo a qual são os juízes a *boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor* - não é capaz de satisfazer as necessidades da

sociedade contemporânea, mas não deixa de ser útil para a compreensão da forma pela qual a prestação da atividade jurisdicional e a ciência do direito evoluiu na história recente.

De fato, a concepção de Montesquieu para a jurisdição está, como não poderia deixar de ser, comprometida com o momento histórico no qual surgiu, pois o autor da clássica obra *O espírito das leis*, publicada em 1748, viveu na época em que a atribuição de dizer o direito concreto estava concentrada nas mãos dos monarcas⁶³, que a exerciam de forma direta ou através dos representantes para os quais delegavam poderes. A norma, na época, geral e abstrata ou individual e concreta, emanava do poder do rei; estava vinculada, por via de consequência, às variações de humor de sua vontade e às condições objetivas (fatores reais de poder) de serem impostas aos súditos. Esse era o paradigma (modelo padrão, exemplo compartilhado⁶⁴) existente. E o súdito, normalmente, obedecia esse modelo, inclusive pelo receio das punições geralmente bárbaras, cruéis e desmedidas.

A idéia de Montesquieu, portanto, ao dividir os poderes para que atuassem de forma independente e harmônica, restando e compensando os excessos, tinha o conteúdo revolucionário – para a época – de propor a descentralização e a institucionalização do poder. Naquele momento, portanto, cabia e era apropriado buscar a legitimação das normas gerais e abstratas no poder legislativo – representante da população –, transformar o Executivo em operador das diretrizes traçadas pela legislação (seria uma forma de controlar o monarca no Século XVIII) e, enfim, conceber o Poder Judiciário como o *tradutor* do conteúdo do regramento.

O Barão de Montesquieu (aristocrata de posses), tendo, ele próprio, presidido por longo tempo o Tribunal Provincial de Bordéus que recebera de herança de um tio aristocrata⁶⁵, não atribuía maior significação à atuação dos magistrados e acreditava que a liberdade por ele imaginada – de cada um ter a segurança de ver realizadas

⁶³ Monarquias absolutistas.

⁶⁴ Como indica Thomas Kuhn, no pós-fácio – 1969, do livro *Estrutura das revoluções científicas*, p. 234.

⁶⁵ Informações adquiridas em diversos sites da internet.

as próprias expectativas⁶⁶ – seria alcançada com a equilibrada repartição dos poderes.

Esta significativa contribuição para o desenvolvimento dos sistemas jurídicos contemporâneos e da ciência jurídica, entretanto, tinha os limites da origem aristocrata provincial do seu autor, pois segundo a concepção do próprio Montesquieu, a democracia somente seria viável em repúblicas de pequena extensão territorial, e o sistema ideal para a França era a Monarquia Constitucional.

Com efeito, a visão de Montesquieu não resiste mais à complexidade das sociedades modernas, nem ao fenômeno contemporâneo da juridicização da vida, que, juntos, abarrotam o Poder Judiciário de questões para as quais é totalmente insuficiente a atividade de *pronunciar as palavras da lei*.

Não se pretende desqualificar a concepção do Barão, ainda que a validade dela, mesmo para a sociedade estamental e simples da época, seja questionável, uma vez que o problema da indeterminação da lei não é exclusivo dos tempos atuais, nem mesmo recente, apenas quer se deixar claro sua inadequação à atualidade.

Embora a história da revolução burguesa seja explicada pela formação dos burgos, a efetiva concentração da maioria da população e da riqueza (inclusive dos meios de produção) em torno dos aglomerados urbanos é um fenômeno do Século XX. A sociedade de massas, portanto, da multidão de desconhecidos e socialmente desconectados entre si, é, também, outro fator posterior à construção teórica de Montesquieu, e, possivelmente, inimaginável no Século XVIII, no qual o homem vivia a maior parte de sua vida entre conhecidos, sujeito às regras de convivência estabelecidas por uma comunidade dentro da qual se conectava direta e diariamente. Aquele homem do Século XVIII, pretendendo se opor à estrutura estamental com base nas máximas do racionalismo e do individualismo, teria facilidade de conceber a lei (democrática) como liberdade e o Judiciário como um *fiscal* de sua correta aplicação. De fato, se buscava, acima de tudo, se libertar da vontade de um e controlar o poder do absoluto, através das leis.

⁶⁶ Não significa dizer que o cidadão teria seus desejos atendidos, mas que conhecia suficientemente as “regras do jogo” a ponto de saber, previamente, as conseqüências de seus atos e dos atos de outros.

A crescente complexidade social, política, econômica e religiosa da sociedade, e a desagregação inevitável diante da massificação, transformaram o papel do direito e da Justiça como elementos essenciais à própria integração das sociedades, ampliando e modificando seus critérios de legitimação. Não se pode, hoje, imaginar um juiz como mero tradutor da vontade da lei aos casos concretos, simplesmente, porque não é mais isso que o Judiciário faz, nem é isso que se quer que ele faça.

Assim, a idéia de jurisdição nascida no *caldo cultural* que culminou com a revolução francesa estava atrelada ao momento vivido pelos agentes históricos, marcada pela necessidade de apresentar um contraponto às ideologias políticas então prevalentes, fato que amplia sua importância naquele determinado processo revolucionário, mas que impõe a necessidade de constante revisão e adequação dos conceitos, para que acompanhem as transformações sociais que se seguiram.

Mais a frente na história, por volta do Século XIX, têm-se o positivismo. Porém, a solução do positivismo, também, se revela anacrônica para os dias atuais. Com efeito, o anacronismo da proposta positivista também advém do surgimento de uma realidade para a qual se tornou inadequada. O positivismo se tornou incapaz de explicar o direito que se criou no Estado Intervencionista do Bem-Estar; o constitucionalismo surgido após a Segunda Guerra Mundial; a dimensão político-jurídica assumida pelos direitos fundamentais nas sociedades contemporâneas; o processo de integração supranacional (globalização).

Com efeito, a evolução do constitucionalismo e das formas de controle da constitucionalidade das normas – desconhecidas na época da formulação original da teoria pura do direito; a inegável integração dos direitos fundamentais ao ordenamento, com seus conteúdos principiológicos e axiológicos; a excessiva juridicização da vida e o conseqüente alargamento do *mundo jurídico*; a ampliação da distância entre o desenvolvimento tecnológico e a capacidade de criar normas gerais dos órgãos estatais legitimados para as produzir, entre vários outros fatores que marcam a mudança dos paradigmas de existência do próprio direito na sociedade, implicaram na alteração do objeto das decisões judiciais e, simultaneamente, na incapacidade do modelo positivista acompanhar esta evolução.

No Brasil, dada a proibição do *non liquet* (art. 126 do CPC), o Poder Judiciário é obrigado a julgar, sendo-lhe defeso alegar lacuna ou obscuridade na lei, aplicando, na falta de normas legais, a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Assim, o magistrado brasileiro (para usar o exemplo próximo, mas que não difere muito dos demais países) poderá abordar, em suas sentenças, a compatibilidade de uma lei com a Constituição Federal ou com o Estado Federado, e utilizar a amplitude do significado do princípio da dignidade da pessoa humana para decidir: a adoção de crianças por pessoas do mesmo sexo, o parentesco civil de uma criança gerada no ventre de uma mulher (casada ou não), com a carga genética de outros pais biológicos (fertilização *in vitro*, banco de esperma e *barriga de aluguel*), a materialidade e a territorialidade de uma ofensa à norma penal perpetrada no ambiente da *internet*, entre vários outros exemplos.

Nenhum destes casos pode ser facilmente resolvido sob a ótica do positivismo, nem mesmo o da compatibilidade da norma geral com a Constituição, pois, nesta hipótese, usando a analogia escolhida pela obra clássica do positivismo, não se estaria decidindo dentro da moldura, mas em alguns casos até sobre a forma da própria moldura. O positivismo é incapaz de socorrer o magistrado na missão de julgar com a qual o mesmo depara-se, atualmente, todos os dias. Nem a inatividade e a apatia do Judiciário de Montesquieu, nem a discricionariedade emoldurada do juiz positivista revelam-se soluções adequadas para a atuação do Poder Judiciário no direito construído a partir da segunda metade do Século XX.

A jurisdição evoluiu do que seria o mero dizer o direito posto para interpretar o texto e aplicar o direito criado/construído a partir da interpretação das normas. Mesmo a descoberta do direito a ser aplicado não tem um caráter simplesmente declarativo, mas um caráter constitutivo.

Nesse sentido, o próprio Hans Kelsen (1998), cujo nome vem indissociado dos fundamentos do positivismo, já tinha constatado a presença da força constitutiva do direito na decisão judicial. Para ele, uma decisão judicial não tinha, como se

supunha, o simples caráter de declarar o direito previamente estabelecido. Havia, também, o caráter de construir o direito por meio das decisões.

A falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, fizeram com que se dissesse que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa. (KELSEN, 1998)

Ou seja, até Hans Kelsen, ícone do positivismo, reconheceu a função construtiva da jurisdição e, não, meramente declaratória. A jurisdição é a continuação do processo de construção do direito. Depois de Kelsen, a influência, no direito, do pensamento dos filósofos e jurisfilósofos que demonstraram a complexidade do processo de interpretação das normas jurídicas, seja nas operações de estabelecimento do conteúdo da comunicação normativa, seja no preenchimento, com elementos históricos, temporais e territoriais, dos conceitos jurídicos, tornou evidente que o processo de interpretação do direito, realizado pelos tribunais, é um processo de construção do direito, não de sua *revelação*⁶⁷ para o mundo. Ao interpretar e aplicar o direito, os juízes, também, o estão criando, sendo que esta criação não é livre como a criação da arte, há limites⁶⁸.

Assim, a função jurisdicional, na amplitude observada no mundo atual, é fruto não somente do liberalismo, mas também do Estado de Direito, e não pode mais – se é que algum dia pôde – ser reduzida à mera declaração do direito ou pronúncia, como queria Montesquieu, do direito posto.

Além de integrar o processo de criação da norma, como já mencionado, a decisão judicial tem um efeito essencial de fornecer à sociedade a confirmação de validade prática do ordenamento.

⁶⁷ Revelação no sentido de *des-velamento* utilizado por Heidegger nas obras *Ser e tempo e Essência da verdade*.

⁶⁸ No sentido de limites da interpretação jurídica menciona-se novamente os nomes de Emílio Betti e Umberto Eco pelas suas contribuições.

Isto porque, a conduta de um cidadão não é, via de regra, balizada pelo ordenamento jurídico objetivo, mas pela leitura feita pelo destinatário da norma de sua eficácia e efetividade frente ao Judiciário. Não é uma simples questão de *revogação histórica* do texto legal, como ocorreu com a exigência de autorização do marido para a mulher casada constituir comércio, mas, de verificação, no plano da existência concreta, da coercitividade verdadeira de cada regra a partir da decisão jurisdicional⁶⁹.

Naturalmente, e o passado recente do Brasil é um retrato cruel desta realidade, em países com crises sociais e econômicas mais graves, a leitura que o destinatário da norma tem feito dela e da adequação de sua conduta à ela, não estão sendo eficazes para impedi-la, em face da falta ou insuficiência de aplicação de sanção.

Assim, à jurisdição cabe mais esse papel de recuperação da efetividade das normas jurídicas na construção de uma sociedade capaz de atender ao objetivo primeiro da reunião de animais da mesma espécie: a cooperação para objetivos comuns.

O destinatário da norma, o cidadão que não está envolvido com o estudo do direito, nem da ciência jurídica, não sem um motivo justificado, empresta mais importância aos resultados dos julgamentos que toma conhecimento do que à análise do conteúdo do direito objetivo. Na prática, o leigo pode ignorar as leis, mas não as sentenças!

Por outro lado, os operadores do direito, embora dediquem a maior parte de seu tempo à tarefa – já bastante complexa – de construir um ordenamento lógico, via de regra, não dão a devida relevância – e recebem com pouca tolerância – questionamentos dos leigos sobre as decisões proferidas em casos de maior repercussão social. Envolvido na complexidade técnica da própria ciência, o jurista tende à não dar crédito ou importância às críticas dos cidadãos comuns contra a

⁶⁹ Este não é um problema exclusivamente brasileiro, ou de países periféricos, fato que se constata com a notícia do controvertido sucesso da política da *tolerância zero* aplicada pela Polícia de Nova Iorque no combate contra o crime. Independente do mérito da referida política, admitir que se tem que coibir a infração menos grave para evitar a conduta mais danosa é reconhecer que a polícia praticava uma juridicamente inconcebível política de tolerância com relação a fatos definidos em lei como crime e que a sociedade já tinha, mesmo em países mais desenvolvidos social e economicamente, incorporado a idéia de que poderia praticar ilícitos *menos graves* sem sofrer sanção alguma. E isto, frise-se, na esfera penal, guardiã, como se sabe, dos valores sociais elementares.

absolvição de pessoas tidas como criminosos, a impunidade política, ou a inobservância das normas jurídicas pelo próprio Estado, institucionalmente (ex: tributação inconstitucional) ou por meio de seus agentes (ex: policiais criminosos, fiscais corruptos, etc.), mas é importante compreendê-las, porque a sociedade (não a mídia sensacionalista em proliferação atualmente) deve ser o *termômetro* da jurisdição.

É preciso, corajosamente, curar essas distorções. A sociedade não mais aceita explicações sobre normas certas, mas que funcionam mal, normas erradas, ou normas que, simplesmente, não *pegam*, não conseguem se fazer valer. É preciso fazer alguma coisa, não há mais espaço para desculpas meramente técnicas, que, além de insatisfatórias, agravam a distância entre o ordenamento e a sociedade.

Daí a urgência de compatibilizar o funcionamento do Estado e, em especial, da atividade de prestar a jurisdição com os valores existentes na comunidade.

É por isso que os juristas, atentos para a delicada posição em que a jurisdição estatal se encontra, não titubeiam em atribuir ao Poder Judiciário a tarefa de atualizar o direito à realidade, diminuindo a defasagem existente⁷⁰.

Na *sociedade da fração de segundo*⁷¹ e da *conexão on line*, o tempo solicitado pelo direito para a solução de demandas pelos meios processuais adequados parece uma eternidade, e, pior, transmite a imagem de um Poder Judiciário anacrônico como uma máquina dos primórdios da informática, ou seja, desproporcionalmente grande, caro e de pouca utilidade.

⁷⁰ Sobre a defasagem entre o direito e a realidade, o tema foi abordado na Parte I, Capítulo I, item 1.1 deste trabalho.

⁷¹ A redução da unidade, neste caso, serve de uma analogia da mudança da relação do homem com a contagem do tempo e, por conseqüência, com a vida. Do passado para o presente, o ser humano veio substituindo a unidade de registro da passagem do tempo da sucessão das gerações, pelo passar dos anos, das estações, dos dias, das horas, dos minutos, segundos e, agora, fração de segundos. A alteração gerada na relação do homem com o tempo é tamanha que é tão inconcebível para o homem contemporâneo participar de projetos a serem realizados em duzentos e cinquenta anos (quantas igrejas foram construídas no passado em lapsos temporais semelhantes ou até maiores), quando seria inútil entregar à um servo da gleba no auge do feudalismo um relógio com precisão de segundos! Muitos podem dizer que ao homem atual falta tempo, outros diriam que falta paciência...

Essa é uma realidade que precisa mudar, pois não atende mais aos anseios da população e, pode-se dizer até, que viola, em sentido amplo, o direito fundamental do acesso à justiça e a dignidade da pessoa humana.

Que se dizer então, quando um caso é julgado após o tempo necessário para quase ser esquecido e o resultado do seu julgamento ter como maior efeito a descrença dos cidadãos na efetividade do direito, porque a punição não será aplicada em virtude da incidência do instituto jurídico da prescrição.

Os exemplos são muitos, mas desnecessários, até porque a pretensão não é a de atribuir – inutilmente – qualquer tipo de responsabilidade pela situação atual ao Poder Judiciário, uma das vítimas (entre as maiores), da sucessão de erros cometidos no passado e repetidos no presente que destróem os sonhos desenvolvimentistas de muitas nações, entre as quais, do Brasil, além de afastar cada vez mais essas nações do bem-estar social.

Como, então, a jurisdição pode resgatar sua função, ou melhor, qual o papel a ser desempenhado pela jurisdição nos tempos atuais para colaborar para a criação ou para a restauração de um pacto social minimamente aceitável?

A resposta está na origem do problema: o homem. É a partir da busca da realização da pessoa humana, através da criação de um ambiente digno, necessário para o seu desenvolvimento em plenitude (função maior da própria sociedade), que se obtém o norte referencial para as ações necessárias ao resgate do pacto social como um todo, e das instituições com ele comprometidas, sendo que o Poder Judiciário não é exceção.

De fato, a dimensão descrita da atividade jurisdicional coloca-a sob outro foco: o do jurisdicionado. A jurisdição tem que ser vista como um serviço estatal. A prestação da justiça é um dever para o Estado e um direito para o cidadão. Neste sentido a propriedade e pertinência dos ensinamentos de Carmem Lúcia Antunes Rocha (1993), que, antes de ser nomeada Ministra do Supremo Tribunal Federal, já doutrinava que não seria possível verdadeira Constituição sem a garantia da jurisdição:

Não há Constituição verdadeira sem jurisdição garantida. [...] O direito jurisdição é o direito público subjetivo constitucionalmente assegurado ao cidadão de exigir do Estado a prestação daquela atividade. A jurisdição é, então, de uma parte, direito fundamental do cidadão, e, de outra, dever do Estado. [...] A jurisdição é direito-garantia sem o qual nenhum dos direitos, reconhecidos e declarados ou constituídos pela Lei Magna ou por outro documento legal, tem exercício assegurado e lesão ou ameaça desfeita eficazmente. (ROCHA, 1993, p. 42)

Assim, repita-se, a atividade jurisdicional é, ao mesmo tempo, um dever do Estado e um direito público subjetivo do cidadão.

Naturalmente, não é suficiente decidir, é preciso decidir de forma legítima, construtiva, comprometida com a realização do próprio ordenamento e dos valores que guarda. Para tanto, o direito à jurisdição deve ser compreendido como um direito à uma prestação jurisdicional conforme um rito pré-estabelecido (*due process of law*) e consubstanciado em uma norma individual, construída em consonância com o ordenamento ao qual pertence (princípio constitucional da fundamentação das decisões judiciais – art. 93, inc. IX, CF).

Na base do direito à jurisdição estão os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dentre outros. *A insegurança de qualquer destes princípios torna tívio e vacilante o processo, comprometendo o direito constitucional à jurisdição.* (ROCHA, 1993, p. 38)

Além dessa base, não é possível esquecer, os destinatários finais de toda atividade estatal, em especial da jurisdição que são: a sociedade - no coletivo, e o homem - no individual.

A célula, o átomo, da estrutura social é o homem, e é, exatamente, na falta de foco no ser humano que se encontra a origem da crescente ausência de sintonia entre os valores essenciais de cada indivíduo, grupo ou maioria da comunidade, e a experiência de viver em sociedade.

A repulsa sentida pelo cidadão à impunidade, ao desmando e à desordem assemelha-se a instintiva repugnância experimentada pela confrontação do

grotesco. A indignação para com a injustiça é inata no ser humano⁷². O desejo de exercer o livre arbítrio em paz é o mais simples, derradeiro e profundo sentimento a animar o espírito do cidadão para o convívio em sociedade. Parece pouco, mas, como o ar que se respira muitas vezes sem notar, sua vital importância só aparece na sua ausência.

A *liberdade* para realizar-se com o potencial inesgotável conferido ao homem e a *segurança* para confiar numa existência sem percalços são as matérias-primas das quais o ser humano fabrica a *felicidade*. O bem-estar que o direito pode e deve proporcionar ao cidadão é traduzível em liberdade e segurança. Mas, para ter essa liberdade é preciso que sejam garantidas ao homem condições mínimas de sobrevivência sadia, segura e sem dor; que seja assegurada a existência digna, para que ele possa exercer, de fato, sua liberdade. Afinal, quando uma sociedade de *excluídos* nega à maioria da população a liberdade de ser (inalcançável minimamente sem alimentação e saúde) ou a paz para viver (inatingível sem segurança pública, previdência e assistência social pública, habitação, etc.) não se pode falar em Estado Democrático de Direito, em direitos e garantias individuais, nem em Poder Judiciário livre, autônomo e independente.

Não é por outro motivo que Bobbio advertira que a questão dos direitos fundamentais não é mais de enunciá-los, mas de efetivá-los.

Por estas razões, dada a correlação da atividade jurisdicional com a efetivação de direitos, inclusive em função das decisões judiciais integrarem o processo de criação das normas jurídicas a serem, também, objeto da avaliação da legitimidade dos pronunciamentos do Judiciário, é que a atividade do Poder Judiciário deve ser realizada com a consciência da repercussão social das decisões na vida comunitária.

A idéia não é fugir do fenômeno jurídico, ao contrário, é incluir, com as justificativas, acima, esta temática na *ordem do dia* quando o assunto for o *papel* da jurisdição na

⁷² Não se defende a existência de um direito natural, como os jusnaturalistas, mas a existência de um sentimento inato de repúdio à injustiça. O que causa tal sensação, assim como o conteúdo dos próprios ordenamentos, varia histórica e geograficamente, mas o que não se altera é a indignação experimentada por aquele que presencia fatos ou atos ofensivos aos seus valores fundamentais.

construção de uma sociedade comprometida com a realização do bem-estar social e do desenvolvimento.

O desafio, enfim, para a jurisdição é de uma dimensão imensa: contribuir para que a vida em sociedade, idealizada pelos seres humanos, se torne uma realidade, ou, ao menos, seja justificável.

O Estado contemporâneo precisa desincumbir-se da sua finalidade principal de conservar a paz social e desenvolver as condições de vida em sociedade, atuando, no campo da prestação jurisdicional, de forma clara, límpida, concreta e eficaz na eliminação dos litígios e, acima de tudo, promovendo com isso dignidade, bem-estar, desenvolvimento, liberdade e paz. A proposta aqui trazida, em resumo, é que o Judiciário brasileiro deve: a) aperfeiçoar as decisões levando em conta a importância social da jurisdição e sua função de serviço, bem como a repercussão social das mesmas; b) incluir na discussão jurídica o compromisso da jurisdição com a sua finalidade social e a responsabilidade solidária do Judiciário com o Legislativo e o Executivo, na realização do bem-estar social e do desenvolvimento.

CAPÍTULO 2 DIREITOS SUBJETIVOS E JURISDIÇÃO

Neste capítulo examinam-se os direitos sociais como direitos públicos subjetivos, verificando-se a possibilidade de sua tutela, a exigência judicial de políticas públicas e como estão dispostos os direitos públicos subjetivos no ordenamento jurídico do Brasil.

2.1 DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS PÚBLICOS SUBJETIVOS E SUA TUTELA

Os direitos sociais são direitos humanos e possuem, como sujeito passivo, o Estado, e, como titular do direito, o cidadão. Representam, portanto, créditos⁷³ dos indivíduos perante o Estado. Créditos para a implementação de políticas públicas, visando o bem-estar em sentido amplo. Portanto, os direitos sociais são fundamento da existência das políticas públicas⁷⁴, pois exigem a ampliação dos poderes do Estado para o planejamento e a realização de prestações em prol dos cidadãos.

⁷³ Não créditos financeiros, mas prestações em prol da sua implementação.

⁷⁴ Daniel Sarmiento (2003) vai além afirmando que os direitos fundamentais, sejam eles sociais, individuais ou políticos, é que são o fundamento das políticas públicas estatais.

Os direitos sociais aparecem, hoje, pode-se dizer, na totalidade das constituições, posto que estas cartas a muito tempo deixaram de ser repositórios apenas de direitos civis para serem, também, repositórios de direitos sociais e econômicos.

Também, pode-se dizer que esses direitos consubstanciam-se em normas de eficácia plena, porque já se concluiu que não existem normas constitucionais sem força normativa, na medida em que as forças reais de poder que atuam no plano sociológico e político passaram a integrar o ordenamento jurídico, através da constituição escrita ou constituição jurídica, que deve exteriorizar os interesses dos sujeitos detentores das forças reais de poder, sob pena de tornarem-se inaplicáveis⁷⁵. A vontade da constituição só pode ser concretizada se revelar a vontade e atitude da comunidade.

Com efeito, entende-se que os direitos sociais constitucionais (independentemente de estarem reunidos em um único título ou capítulo), são preceitos normativos dotados de força imperativa coercitiva (art. 5º, §1º, CF/88). Do contrário, se entendidos como normas programáticas, seriam meros conselhos, ou compromissos ético-sociais, sem força cogente e seriam implementados ao arbítrio das autoridades públicas. E como diria Ruy Barbosa (1932), *não há, numa Constituição, cláusulas, a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular.*

Mas, entendidos como direitos humanos e como normas constitucionais cogentes e de eficácia plena, qual seria a natureza jurídica desses direitos sociais?

Os direitos sociais possuem a natureza jurídica de *direitos públicos subjetivos*, esclarecendo-se de antemão que qualquer divisão do direito deve ser entendida e utilizada, apenas, para fins didáticos, pois o direito deve ser visto sempre como um todo, indivisível, como um conjunto, um sistema interdependente e não departamentalizado⁷⁶.

⁷⁵ E aí tem que ser destacada a enorme contribuição de Ferdinand Lassale e Konrad Hesse.

⁷⁶ Hans Kelsen, por exemplo, não aceitava a distinção do direito em subjetivo e objetivo da doutrina italiana.

Assim, por exemplo, o direito ao bem-estar é um direito social *público*, porque a natureza dos interesses que regulamenta é transindividual e coletiva, ou seja, mesmo que para assegurar o bem-estar seja necessário regular as relações jurídicas entre Estados, destes com os cidadãos, ou destes últimos entre si, sempre a tutela do bem-estar é feita pelo prisma da proteção de bens e valores que tocam mais a coletividade do que a individualidade.

Com efeito, a educação, a saúde, o trabalho, a liberdade de pensamento e expressão, entre outros, embora comportem apropriação individual, possuem tamanha significação social que sua disciplina jurídica é feita pela lógica do interesse público. A própria proteção do Ministério Público e sua fiscalização do atendimento, pelo Poder Público e por particulares, das normas relacionadas a estes valores sociais revela tanto sua conotação social e coletiva, quanto sua indisponibilidade para o indivíduo. Pela sua importância, os direitos sociais, não podem ser relegados a conveniências individuais, nem mesmo dos próprios titulares.

Por outro lado, o direito ao bem-estar também é um *direito subjetivo*, porque se incorpora ao patrimônio jurídico do sujeito, que, em decorrência disso (incidência da norma geral) pode exigir a satisfação, pelo Estado, da norma geral hipotética, quando a hipótese de sua incidência for configurada em uma situação da qual participe.

Em primeiro lugar, é bom se ressaltar que direito subjetivo não significa o oposto de direito objetivo. O direito objetivo é a norma geral e hipotética que, inicialmente quando posta no ordenamento jurídico, não se relaciona com ninguém. A partir da incidência, aquela norma hipotética passa a ter existência concreta, ou seja, passa a reger uma situação real entre sujeitos, que, portanto, passam a ter a titularidade dos direitos e deveres inerentes àquela situação fática, tomada pelo direito como suficiente para modificação do patrimônio jurídico das partes.

Em razão dessa incidência, a norma geral e hipotética individualiza-se, ou seja, subjetiva-se, e, em decorrência dessa subjetivação, o sujeito, titular dessa norma, pode exigir o respeito deste direito em relação ao(s) sujeito(s) obrigado(s).

Com efeito, o direito subjetivo nada mais é do que a personalização (subjetivação) da norma geral, que além de se incorporar ao patrimônio jurídico do titular, confere ao sujeito a possibilidade de invocar a proteção prescrita pelo direito objetivo (pela norma geral e abstrata), caso este seja violado por comportamentos *não-conforme*.

Mas por que isso ocorre?

Porque a norma geral e hipotética, com a incidência individual, passa a integrar o patrimônio jurídico do sujeito.

Portanto, do direito subjetivo decorre a possibilidade, pelo sujeito, de exigir a satisfação de interesses tutelados pelo direito objetivo (norma geral).

Assim, o pressuposto para a existência do direito subjetivo é a vida humana em sociedade, pois o direito nasceu para regular essa convivência intersubjetiva. Um indivíduo sozinho numa ilha deserta, que não pertença a nenhum Estado, não precisa do direito objetivo (norma geral), nem será possível a subjetivação, dependente da existência de, pelo menos, dois indivíduos convivendo em comunidade.

E, por que não se poderia afirmar que o direito ao bem-estar é *direito subjetivo público*, mas sim *público subjetivo*?

Simplesmente, porque o titular do direito ao bem-estar não é o Poder Público, e, sim, o cidadão, este é que se encontra na condição, no caso do direito ao bem-estar, de exigir a prestação devida pelo Estado (que tem o dever de promover o bem-estar concretamente).

Assim, o titular do direito ao bem-estar é o cidadão. É nele que a norma geral e hipotética se subjetiva, e, é ele que pode, em decorrência disso, exigir do Poder Público uma prestação positiva, seja em face do próprio Estado, seja em face de outro particular.

O direito subjetivo público é uma espécie do gênero direito subjetivo, classificada pela titularidade do direito, que pertence ao patrimônio jurídico do Estado. O titular do direito subjetivo público é o Poder Público e, no direito ao bem-estar, ocorre o contrário, o titular do direito, repita-se, é o cidadão que, em face disso, pode exigir prestações positivas ao Estado.

Assim, justifica-se a natureza jurídica dos direitos sociais como direitos subjetivos públicos e não públicos subjetivos. Mas, a questão que interessa saber é se a existência desses direitos possibilita a tutela judicial, qual a importância disso e, se possível, como ele deve ser feita.

De fato, em decorrência do direito público subjetivo (subjetivação da norma geral e hipotética), pode haver a exigência de tutela jurisdicional no caso de comportamentos não realizadores ou violadores do direito.

A importância dessa possibilidade é enorme, pois significa a existência de controle judicial da atuação estatal, já que cabe ao Estado proteger e realizar efetivamente os direitos subjetivos.

Esse controle é possível tendo em vista, justamente, o conteúdo e a titularidade dos direitos públicos subjetivos, que consistem, segundo Clarice Seixas Duarte (2006, p. 268), citando o jurista alemão Georg Jellinek, *no poder da vontade humana que, protegido e reconhecido pelo ordenamento jurídico, tem por objeto um bem ou interesse (Jellinek, 1910, p.10).*

De fato, a partir do desenvolvimento deste conceito, passou-se a reconhecer situações jurídicas em que o Poder Público tem o dever de dar, fazer ou não fazer algo em benefício de um cidadão. Afinal, todo direito cujo objeto é uma prestação supõe um comportamento ativo ou omissivo por parte de quem tenha competência de prestá-lo.

Assim, a figura dos direitos públicos subjetivos prestam-se a exigência (pretensão) judicial pelo particular (titular do direito), em face do Poder Público, tendo como objeto a prestação por este devida.

Como pressuposto para a aceitação deste poder conferido ao indivíduo, está a idéia de que, entre o Estado e seus membros, existe uma relação jurídica e, conseqüentemente, os conflitos dela resultantes podem ser resolvidos judicialmente, ao contrário, por exemplo, do que ocorria no Estado Absolutista, em que os súditos eram vistos apenas como sujeitos de deveres e obrigações, não sujeitos de direito.

Ocorre que, a jurisdicização das relações instauradas entre o cidadão e o Estado implica, necessariamente, a limitação e o controle do poder estatal. Aliás, foi o processo de luta pela limitação do poder absoluto que resultou em uma série de modificações nas organizações das instituições modernas, notadamente na feição de Estado e no que se refere à evolução do conceito de personalidade individual.

Conforme Clarice Seixas Duarte (2006), para Jellinek, a personalidade é uma categoria própria do direito público, formada pelo conjunto de capacidades jurídicas reconhecidas e concedidas ao indivíduo pelo ordenamento estatal, e por meio da qual o homem é elevado à condição de sujeito de direito, passando a fazer parte da tutela jurídica.

É da personalidade jurídica do indivíduo, ela própria um direito subjetivo, que deriva a possibilidade de provocar o Estado no interesse individual, exigindo a efetivação das normas constantes do ordenamento jurídico, que incidiram em seu benefício.

Com efeito, a tutela judicial dos direitos subjetivos é um mecanismo de defesa contra eventuais omissões e abusos do Poder Público. Por outro lado, é uma garantia do cidadão em face do Estado e dos demais cidadãos.

Essa garantia está atrelada a busca por um patamar mínimo de igualdade, não apenas jurídica, mas, também, material e efetiva - grande bandeira dos direitos sociais.

A possibilidade de tutela judicial no que se refere à proteção de direitos públicos subjetivos justifica-se, assim, no Estado Democrático, e na exigência de uma posição ativa do Poder Público, responsável por criar condições concretas de vida digna.

Paolo Biscaretti di Ruffia (1984, p. 132)⁷⁷, sustenta que na categoria de direitos públicos subjetivos de prestação estão incluídos os direitos sociais, *que se traduzem em pretensões dos cidadãos diante do Estado na esfera econômico-social, âmbito no qual, os Estados Democráticos contemporâneos costumam, com frequência intervir, para uma melhor realização do princípio da igualdade.*

Com efeito, nos regimes democráticos se verifica que o poder estatal se traduz, também, em um *dever* em face do cidadão, deixando de caracterizar apenas uma posição de vantagem do Estado, para impregnar-se de obrigações deste para com a sociedade, detentora do *direito* de exigir a plena satisfação dos seus direitos subjetivos.

No sentido de que o *poder* é mero instrumento de cumprimento de um *dever*, Celso Castro (2000) pontua:

O Poder é simplesmente um meio e não um fim em si mesmo. Todo Poder que não seja devoto de uma função social revela-se opressor e conspira contra o Estado de Direito. Todo Poder é mero instrumento de cumprimento do dever e só nesta medida e com esta restrição é que ganha foros de legitimidade. Para que não se exceda no seu raio de ação, desvirtuando-se da destinação que lhe é própria, imperioso é que seja vigiado e controlado. (CASTRO, 2000, p. 2/3)

Com efeito, a relação entre o Estado e os indivíduos no regime democrático (que incorporou a questão social à ordem constitucional) se estabelece de forma sinalagmática (que implica obrigações recíprocas, mútua dependência de obrigações), o que caracteriza uma evolução da concepção do direito subjetivo como posição de prevalência juridicamente tutelada, diferentemente do que ocorre nos

⁷⁷ Sem adentrar, aqui, na discussão da doutrina italiana por este autor representada, que diferencia direito subjetivo de interesse legítimo.

regimes totalitários (nacional-socialista, fascista e soviético), que predominaram até meados do Século XX. A partir daí, mais particularmente após a Segunda Guerra, o centro das atenções passou a ser o cidadão. E o Estado com suas funções passou a existir e servir para esses indivíduos, e não o oposto.

Todavia, não basta que o Estado incorpore em nível constitucional um extenso rol de direitos sociais em prol do cidadão, é dever estatal planejar e realizar esses direitos no plano concreto, cumprindo os ditames constitucionais, notadamente quanto à garantia da dignidade da pessoa humana, o que está indissociável da garantia de um mínimo existencial – requisito fundamental para o início de uma participação social efetiva.

Esse dever estatal (planejamento e realização de prestações positivas) se efetiva através de políticas públicas. Por isso, uma das formas de tutela judicial dos direitos públicos subjetivos ocorre através do controle da escolha das prioridades a serem atendidas por essas políticas e sua implementação do ponto de vista material, apesar disso encontrar grande resistência doutrinária e jurisprudencial, como se verá a seguir, no item 2.2.

Mas, mesmo diante desse quadro de aversão ao controle sob o escudo da separação de poderes e da discricionariedade administrativa, a jurisdição terá de cumprir sua função social e constitucional, não podendo se afastar de prestar a tutela jurisdicional, quando provocada, e nem perder de vista a necessidade de garantia de cidadania mínima, conferida em caráter prioritário pelo atendimento ao mínimo existencial, que deve ser priorizado pelo Estado em suas políticas públicas.

2.2 EXIGIBILIDADE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Neste item busca-se analisar como pode ser executado o controle judicial das políticas públicas no Brasil, tendo em vista, especialmente, a necessidade de adaptação da figura jurídica dos direitos públicos subjetivos ao contexto da Constituição Federal de 1988, que adota o modelo do Estado Social e Democrático de Direito.

Conforme antecipado no tópico anterior, o direito público subjetivo presta-se à exigibilidade judicial de políticas públicas, pois permite ao titular do direito constranger, judicialmente, o Estado a executar o que deve. Outrossim, foi visto que as normas jurídicas constitucionais que protegem tais direitos são dotadas de força cogente. Por fim, foi dito que o Judiciário, enquanto sistema constitucional solucionador de demandas, não pode esquivar-se da competência de entregar a prestação jurisdicional, e deve ser entendido com essa função de servir à sociedade.

Assim, se há uma relação jurídica entre o Estado e seus membros, conseqüentemente, os conflitos dela resultantes podem e devem ser resolvidos judicialmente. E, se o objeto discutido em juízo for um direito público subjetivo (por exemplo: direito social), que deveria estar sendo prestado pelo Poder Executivo, através de uma determinada política pública e não estava, o caso não poderá deixar de ser julgado no seu mérito. Não o fazendo, o Judiciário, enquanto também instituição estatal, estará sendo cúmplice da violação da Constituição, especialmente se a hipótese realmente configurar descumprimento dos ditames constitucionais e dos valores do bem-estar e da justiça sociais, podendo e devendo ser responsabilizado pelas conseqüências que possam advir desta convivência.

O problema é que grande parte da doutrina e jurisprudência entende que a tutela judicial, no caso de interferência nas políticas públicas, viola o princípio da separação dos poderes, na medida em que o Judiciário estaria invadindo competência atribuída aos demais poderes. E, que se for possível a tutela, o Judiciário acabará tendo que julgar questões cuja apreciação é da esfera do juízo de oportunidade e conveniência da Administração Pública (mérito administrativo).

Assim, segundo essa corrente, o Judiciário não pode interferir nas decisões sobre alocação de recursos públicos, distribuição orçamentária, eleição de políticas públicas, realização de programas sociais e definições de prioridades governamentais, pois se o fizer estará politizando-se, o que não seria aconselhável.

Porém, existe outra parte da doutrina, na qual este trabalho se apóia, que entende que é possível tal exigência judicial de políticas públicas, sob o argumento de que

como o fundamento de validade dos direitos públicos subjetivos está nas leis e nas políticas públicas, se o Judiciário não enfrentar o risco de politizar-se, um dos canais de exigência e controle dessas leis e políticas estará fechado e, isso significaria criar um grande obstáculo à efetivação dos direitos públicos subjetivos como os sociais e, conseqüentemente, à implantação do Estado do Bem-estar e do desenvolvimento.

Essa corrente entende que, a partir da CF/88, o controle judicial sobre os atos da Administração Pública, foi ampliado, e, mitigada a noção inicial que existia de discricionariedade, obrigando a motivação de todos os atos, independentemente de sua índole (vinculados ou discricionários).

Ressalte-se que, não se está aqui defendendo a *discricionariedade zero* como alguns doutrinadores mais radicais o fazem, nem o incremento da burocratização para a eleição e implementação das políticas públicas. Apenas se está defendendo que o Poder Judiciário pode desincumbir-se de seu *mister* constitucional, controlando, também, os atos públicos (políticos e administrativos), através do devido processo legal e da fundamentação das decisões judiciais.

Entende-se ser perfeitamente possível o controle dos atos administrativos, principalmente dos discricionários, bem como que se pode exigir judicialmente políticas públicas, respeitando os ditames constitucionais, naquilo em que, de fato, for flagrante a violação, pelo Poder Público, das prioridades sociais irrenunciáveis, como os requisitos para a cidadania mínima, que funciona como pressuposto básico para o gozo dos demais direitos sociais. Afinal, somente o cidadão alimentado e com saúde tem condições de desfrutar, por exemplo, do direito social ao lazer, à moradia, à educação, e de participar ativamente do processo democrático.

Nesta perspectiva, não se aceita mais o conceito inicialmente consolidado na doutrina brasileira da idéia de *poder discricionário* relacionado à prática de atos administrativos segundo a análise da oportunidade e conveniência (liberdade administrativa) em que o controle judicial somente poderia incidir no exame da legalidade.

Com efeito, essa concepção dominou a doutrina nacional por algum tempo e ainda influencia juristas, que defendem que o ato discricionário é imune ao controle jurisdicional, porque se encontra na esfera da liberdade do Poder Executivo, estando proibido o Poder Judiciário interferir.

Entretanto, com a constante evolução da sociedade, passou-se a exigir mais conformação da ação do Poder Público com os interesses coletivos, e a cobrar mais ingerência do Judiciário sobre as decisões dos agentes públicos.

Quanto ao aspecto da legalidade, a lei continuou sendo utilizada, no âmbito dos interesses privados, como instrumento de libertação, mas, no âmbito público, o fenômeno da jurisdicização da vida assumiu outra feição, desenhada pela concepção do Estado do bem-estar social (construção do modelo de Estado prestador de cada vez mais serviços, garantidor de inúmeros direitos e protetor de variados interesses).

Com efeito, o Estado do Bem-estar propiciou, também, a necessidade de maior intervenção social sobre as decisões de governo, em especial quando as mesmas se revelem inadequadas para atingir as finalidades públicas.

Nesse sentido, o Judiciário passou a ser mais provocado pelo cidadão na perseguição de seus direitos e interesses, aumentando a necessidade de ampliação do controle jurisdicional dos atos administrativos, especialmente aqueles dotados de poder discricionário. Isto remete a uma nova visão da atuação discricionária do Poder Público e à ampliação do controle jurisdicional dos atos administrativos que se iniciou em 1946 e vige, hoje, com a Constituição Federal de 1988.

De fato, a CF/88 e algumas de suas Emendas criaram novos fundamentos para a ampliação do controle jurisdicional dos atos administrativos por meio da inclusão dos princípios da Administração Pública como o da moralidade⁷⁸, da impessoalidade, da publicidade e, afinal, da eficiência, que, em associação com o princípio da ubiqüidade inscrito no inciso XXXV, do art. 5º da Carta Magna, ensejam a conclusão

⁷⁸ A ação popular, por exemplo, permite o controle jurisdicional e a anulação de ato administrativo praticado que seja ofensivo ao princípio da moralidade, transcendendo aspectos formais da legalidade.

de que o ato administrativo causador de lesão ou ameaça a direito pode ser levado à apreciação pelo Poder Judiciário nas hipóteses em que ofender aos princípios que devem nortear a atuação do Poder Público.

O atendimento dos princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência pelos agentes públicos, assim como certos aspectos da publicidade, ultrapassa os limites da legalidade estrita, e, por conseqüência, determina a ampliação do controle jurisdicional dos atos administrativos, inclusive quando no exercício do poder discricionário.

Como já frisado no item anterior, a evolução do Estado Democrático de Direito tem ensejado a substituição do termo poder, pelo vocábulo dever. Prevalece a idéia de que todos os agentes públicos, dos mais graduados agentes políticos aos mais simples servidores, exercem função pública para servir ao interesse coletivo, são prepostos do cidadão na administração de seu patrimônio, com vistas à prestação de serviços e na proteção de valores de interesse geral. Esta transformação propõe alteração na questão da legitimidade do exercício do poder e na ética das relações entre o público e o privado.

Com essa mudança, a própria noção de separação de poderes sofreu modificações derivadas da evolução dos sistemas jurídicos e das estruturas sociais de forma, por exemplo, a contemplar o controle pelo Judiciário da legalidade e da constitucionalidade dos atos e normas emanados do Executivo e do Legislativo, como revela a evolução histórica do mandado de segurança e dos controles – concentrado e difuso – de constitucionalidade. O Brasil, afinal, é um exemplo deste remanejamento dos limites de atuação dos poderes, pois o Executivo ainda tem forte atividade legisferante (vide as Medidas Provisórias, os Decretos e ingerência da normatização de agências reguladoras sobre a vida social) e o Judiciário está sempre abarrotado de demandas cujo objeto inclui a legalidade ou a constitucionalidade de normas gerais oriundas do Legislativo ou do Executivo.

Tudo isso orientou na direção da ampliação do controle jurisdicional dos atos do Poder Público, especialmente quando no exercício de poder discricionário. A doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello exemplifica este avanço:

Tendo-se em conta que a proteção judicial – a dicção do direito no caso concreto – é a forma pela qual se garante a legitimidade, a dizer, é o meio por cuja via se assegura a consonância dos comportamentos com os ditames normativos, resulta inconfutável o acerto de que o cânone do art. 5º, XXXV, da Carta Constitucional é não só um princípio, mas, dentre eles, certamente dos mais assinalados, por se constituir em pedra de toque da ordenação normativa brasileira.

Sublinhada a importância dos princípios constitucionais e ressaltada a sobrançeria do princípio da universalidade da jurisdição, impende verificar como se concilia a consagração do preceito em tela com o exercício de ação discricionária, deferida pela lei à administração para o desempenho de certos cometimentos. A adequada composição entre eles dois termos fornece a medida da extensão que ao Judiciário quadra na investigação de atos administrativos expendidos no gozo de certa liberdade discricionária.” (MELLO, 2005, pp. 883-884).

Com efeito, a mais recente doutrina administrativista propõe um maior controle jurisdicional do ato administrativo discricionário sustentando basicamente três conclusões: a) a discricionariedade prevista na lei visa a escolha da solução pertinente e adequada ao caso concreto, não de qualquer solução; b) há diferentes amplitudes de discricionariedade, a serem verificadas caso a caso; c) a compatibilidade do ato com o ordenamento não advém exclusivamente do exercício do poder discricionário, mas exige cumulativamente o atendimento da razoabilidade a ser analisado na adequação da aplicação concreta da norma geral⁷⁹.

⁷⁹ *Estas considerações, conquanto óbvias, permitem extrair conclusões importantíssimas que, todavia, surpreendentemente, não têm sido esclarecidas pela doutrina, apesar das notáveis repercussões que têm em matéria de controle jurisdicional de atos praticados a título de discricção administrativa. Estas conclusões são as seguintes:*

a) Se a lei, nos casos de discricção, comporta medidas diferentes, só pode ser porque pretende que se dê uma certa solução para um dado tipo de casos e outra solução para outra espécie de casos, de modo a que sempre seja adotada a solução pertinente, adequada à fisionomia própria de cada situação, afim de que seja atendida a finalidade da regra em cujo nome é praticado o ato. Ou seja, a variedade de soluções comportadas na regra outorgadora de discricção não significa que todas estas soluções sejam igual e indiferentemente adequadas para todos os casos de sua aplicação. Significa, pelo contrário, que a lei considera que algumas delas são adequadas para certos casos e outras para outros casos.

b) A existência de discricionariedade ao nível da norma não significa, pois, que a discricionariedade existirá com a mesma amplitude perante o caso concreto e nem sequer que existirá em face de qualquer situação que ocorra, pois a compostura do caso concreto excluirá obrigatoriamente algumas das soluções admitidas in abstracto na regra e, eventualmente, tornará evidente que uma única medida seria apta a cumprir-lhe a finalidade. (.....)

c) Para ter-se como liso o ato não basta que o agente alegue que operou no exercício de discricção, isto é, dentro do campo de alternativas que a lei lhe abria. O juiz poderá, a instância da parte e em face da argumentação por ela desenvolvida, verificar, em exame de razoabilidade, se o comportamento administrativamente adotado, inobstante contido dentro das possibilidades em abstracto abertas pela lei, revelou-se in concreto, respeitoso das circunstâncias do caso e deferente para com a finalidade de norma aplicada. Em consequência desta avaliação, o Judiciário poderá concluir, em despeito de estar em pauta providência tomada com apoio em regra outorgadora de discricção, que, naquele caso específico submetido a seu crivo, à toda evidência a providência tomada era incabível, dadas as circunstâncias presentes e a finalidade que animava a lei invocada” (MELLO, 2005, pp. 886-887).

Assim, superada está a concepção de que o poder discricionário confere ao agente público uma margem de escolha entre caminhos possíveis orientada apenas por análises próprias ou pessoais do gestor de conveniência e oportunidade que seriam insusceptíveis de avaliação pelo Poder Judiciário sob pena de violação do princípio da separação dos poderes, embora ainda encontre alguma resistência.

O conceito de discricionariedade, hoje, é o da possibilidade, prevista em lei, de certa margem de escolha de uma conduta por parte do administrador público, regulada, que não pode ser confundida com liberdade total de opção. Discricionariedade não pode mais ser descrita como a liberdade para a prática de atos administrativos em relação à oportunidade, conveniência e conteúdo, pois a decisão tem que ser a melhor, a mais adequada, vinculada ao fim a que se destina e que mais atenda ao interesse público, ou seja, a que melhor responda, no caso concreto, à intenção da lei. Ademais, a eleição da opção, pelo administrador, tem de ser motivada e a motivação obrigatória este ato deve estar sujeita ao controle judicial.

Dessa forma, conclui-se que todo ato administrativo é cindicável, inclusive no seu mérito, e o Judiciário não pode mais contentar-se com a mera verificação da adequação formal do procedimento do ato questionado, nem se abster do exame da motivação, razoabilidade, justiça, interesse público, utilidade, resultados sociais concretos das medidas administrativas implementadas. Atualmente, o controle judicial mais abrangente é absolutamente compatível com os princípios e valores que norteiam a atuação jurisdicional, o que tem sido evidenciado no âmbito das ações civis públicas e ações populares.

Todas as teses contrárias a esse controle pautam-se no discurso de que o Poder Judiciário não pode assomar para si a tarefa de determinar prioridades ao Poder Executivo devendo prevalecer a vontade coletiva da autoridade administrativa, eleita pelos cidadãos para essa finalidade, protegendo-se a democracia e a separação de poderes.

Porém, não pode haver legítima democracia sem controle e o mito da absoluta separação de poderes no Estado Democrático deve ser quebrado.

O conceito de democracia não se resume mais à garantia da representação política formal ou dos direitos políticos individuais, envolve, além de diversas outras pretensões de interesses transindividuais exercitáveis contra o Estado e a própria sociedade civil (o direito ambiental é repleto de exemplos), as relações cotidianas entre os cidadãos, efetivamente participantes das decisões que lhes afetam. Do conceito de democracia como *representação*, evoluiu-se para a compreensão da democracia como *participação*.

Essa evolução reflete uma estrutura normativa compatível com o Direito Social, informada pela solidariedade, prudência e equilíbrio entre as forças sociais. Exemplo disso é a responsabilidade objetiva aplicada a danos ao meio ambiente, ao patrimônio público, aos consumidores, crianças e adolescentes, ao patrimônio histórico, cultural e artístico, à moralidade, dentre outros direitos difusos e coletivos.

Outrossim, a absoluta independência dos poderes é insustentável em face da evolução do constitucionalismo. A antiga noção de divisão estanque de poderes encontrou justificativa apenas enquanto defesa contra o despotismo dos tiranos que reuniam em uma só pessoa todas as funções públicas. Os poderes são sempre aspectos de uma única função estatal, que é o exercício da vontade soberana do povo. Essa vontade é que é o paradigma e o critério de atuação dos poderes e instituições. O modelo constitucional vigente a partir de 1988, no Brasil, não é mais compatível com o paradigma rígido da separação dos poderes.

Assim, a função judicial não consegue sustentar-se segundo os modelos informados pelos valores da rígida separação de poderes e pelo princípio da representatividade.

Mas, poderia se questionar com tudo isso quem controlaria o Poder Judiciário se este assomasse para si a tarefa de controlar e determinar as prioridades do Poder Executivo ao decidir litígio que envolva o exame do conteúdo do ato administrativo discricionário. Neste sentido, qual a vontade deve prevalecer: a do Executivo ou a do Judiciário? Como evitar a supremacia da vontade singular do juiz, como homem individual com compromissos sociais, ideológicos e culturais, sobre a vontade da autoridade administrativa eleita pelos cidadãos justamente para esta finalidade?

A resposta desdobra-se em dois aspectos: a) em primeiro lugar não perdendo de vista que o Judiciário não tem a liberdade de omitir-se no cumprimento de suas tarefas e compromissos com a sociedade de efetivar a justiça dirimindo os conflitos e estabelecendo a paz social e, por isso, é de absoluta importância a fundamentação das decisões judiciais que não podem concentrar-se apenas em argumentos exclusivamente tecnicistas, mas que demonstrem coerência com os aspectos políticos, sociais, econômicos e culturais; b) em segundo lugar, também o ato administrativo discricionário tem que fundamentar-se inderrogavelmente demonstrando o atendimento à legalidade e ao interesse público na realidade. Assim, através da argumentação e fundamentação estarão legitimadas as decisões políticas e administrativas, evitando-se a arbitrariedade tanto administrativa quanto judicial.

Portanto, não se está querendo, aqui, defendendo-se a possibilidade de exigibilidade judicial de políticas públicas, transferir demasiado poder aos juízes, substituindo a vontade política do representante eleito pelo voto, por um técnico escolhido por concurso, no qual não se avalia se o candidato possui habilidades de Administrador Público ou legitimidade para decisões de conteúdo político; nem se está querendo fazer apologia à politização do Judiciário, nem muito menos tornar o Judiciário num *superpoder* ou colocá-lo em hierarquia superior aos demais poderes, pois, com isso, se inverteria a ordem das coisas e, se correria o risco de, rapidamente, se instalar a ditadura dos juízes com suas prerrogativas, dentre elas, a vitaliciedade.

Acredita-se, dessa forma, que não deve haver nenhuma hierarquia entre os poderes, e, que se houvesse, o poder que deveria ser colocado em patamar mais alto seria o Legislativo, posto que, propriamente pela sua formação e escolha dos integrantes num regime democrático, seria o que teria mais chance de traduzir e representar a vontade popular.

Mas, partindo da premissa de que não há hierarquia entre o Legislativo, Executivo e Judiciário, para manter essa saudável divisão, bem como a harmonia dela, necessário se faz o funcionamento de um sistema eficaz de *freios e contrapesos*, ou seja, efetivar o controle de um poder pelos demais.

Pois bem, concluindo-se essa perspectiva, tem-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, pode haver a exigibilidade judicial de políticas públicas por meio de controle jurisdicional, o que não significa mais do que uma resultante da mudança do papel de todo o Estado.

Os direitos públicos subjetivos - como exemplo o direito social ao bem-estar -, por sua própria natureza, encontram na jurisdição o terreno fértil para o seu crescimento, em especial em sociedades como a brasileira, em que o processo de fortalecimento das outras instituições ainda está distante de atingir bom termo.

Isso não quer dizer que em sociedades em que o bem estar social (coletivo e individual) esteja mais estabelecido (após ter sido conquistado pela sucessão de processos históricos), e que dispõem de instituições fortalecidas, não se admita o controle jurisdicional. O que se quer dizer é que a discussão sobre a efetivação do bem-estar e os progressos na realização desse direito ocorre, primeiramente, no âmbito da própria sociedade civil, e, somente não havendo êxito, é que o Poder Judiciário deve ser acionado para a defesa de tais direitos.

No Brasil, e em países em condições análogas, exatamente por força da estruturação incipiente dos *fatores reais de poder*, como diria Lassale (2001), comprometidos com a mitigação das desigualdades sociais, surgem inúmeras dificuldades para o embate aberto na sociedade civil com os detentores do poder, seja econômico, seja político.

Logo, ao Poder Judiciário se apresenta a missão de fornecer, para os defensores dos direitos sociais, um espaço democrático (de acesso livre) e imparcial (em relação aos espaços da sociedade civil), no qual é possível promover a proteção de interesses jurídicos relacionados ao objetivo de se alcançar bem-estar e justiça social com alguma chance de conferir concretude a esses valores essenciais.

Como o Estado efetiva valores essenciais à coletividade a exemplo do bem-estar?

A forma positiva (no sentido de prestação) que o Estado tem de efetivar o bem-estar social é por intermédio da implementação de políticas públicas.

Mas como as políticas públicas se efetivam?

Para dar concretude a uma política pública, o Estado deve realizar medidas que, embora unidas por objetivos comuns, têm natureza jurídica distintas, tais como: leis ordinárias ou complementares; medidas provisórias; emendas constitucionais; decretos; planos; atos administrativos; regulamentos; etc. Esses são os instrumentos regulares para efetivação de políticas públicas, e sobre eles o controle jurisdicional geralmente é acionado. Porém, os instrumentos jurídicos citados constituem apenas parte de um processo complexo, que envolve diferentes etapas até a concretização de uma política pública, da formação e planejamento à sua execução e avaliação. (BUCCI, 2006)

O processo inicia-se pela escolha das prioridades e dos meios adequados para atingir os fins estabelecidos, além da determinação dos caminhos a serem adotados. Um outro elemento essencial da política pública diz respeito à previsão de financiamento (de onde virão os recursos a serem aportados); outra coisa é determinação da destinação de recursos (para onde irão os recursos aportados).

A Constituição vigente no Brasil, após inúmeras emendas, já criou mecanismos de regulamentar os aportes de recursos e, até, a vinculação de percentual deles para determinada finalidade social, através da criação ou não de fundos especiais (a exemplo do FUNDEF para a educação). Por fim, deve haver uma fase de avaliação dos resultados da política adotada, o que inclui o controle e a fiscalização de sua implementação pela sociedade civil, pelos Tribunais de Contas, Conselhos Gestores de Políticas Públicas e, até mesmo, pelo Judiciário.

Esse é o processo regular para criação, instalação e controle de uma política pública.

Mas, mesmo se o Executivo tiver como *álibi* a obediência dessas fases do processo, ainda assim, o Ministério Público ou mesmo um indivíduo sozinho podem entrar com uma ação judicial, exigindo tal interferência jurisdicional na política pública para garantia de, por exemplo, vagas em escola pública, tendo em vista que, a política

pública existente não as garante, porque, embora tenha sido criada e, previstos no orçamento recursos para executá-la, deixa diversas crianças privadas de vagas nas escolas públicas de ensino fundamental. Assim, conclui-se que o flagrante não acesso à educação pode ensejar a intervenção judicial na política pública.

Logo, o Judiciário poderia interferir na eleição de uma ação pública que prejudique a coletividade como no caso do Executivo Municipal ter construído uma quadra poliesportiva em detrimento de um posto de saúde, que a cidade não possuía, ou reformado o gabinete do prefeito, invés de ter construído uma escada, que a população da periferia precisava para descer o morro com segurança e dignidade, ou situações semelhantes.

E, ainda mais além, poder-se-ia dizer que, mesmo antes da edição da Lei Federal nº 5.296/04 (Lei que prestigia a garantia da acessibilidade em prédios públicos), o Judiciário, caso provocado, poderia vir a exigir do Poder Público que promovesse reformas nos prédios públicos, visando assegurar o livre e desimpedido acesso de cadeirantes e pessoas com dificuldade de locomoção, determinando, por exemplo, a criação de rampas alternativas ou a instalação de elevadores, em nome de garantir o bem-estar dessas pessoas.

Portanto, para fins deste trabalho, entende-se que pode haver exigibilidade judicial de políticas públicas, tanto por via do exercício de uma pretensão individual quanto coletiva. A omissão ou ação indevida do Poder Público nesses casos podem/devem ser questionadas em juízo, possibilitando, assim, o controle jurisdicional adequado e, até, a interferência judicial na alocação de recursos, na realização de programas sociais, na definição de prioridades de ação governamental.

Com efeito, cabe ao Judiciário corrigir atos ilegais ou inconstitucionais acolhendo, formulando ou interferindo na escolha das políticas públicas que melhor se adequem à situação do caso concreto, promovendo o bem-estar social e o desenvolvimento econômico. O que se busca com o controle judicial das políticas públicas não é uma abstenção do Estado, mas a realização de direitos sociais por meio da implementação de sistemas públicos adequados de saúde, educação, assistência social, etc.

Porém, esse controle judicial é apenas um canal de exigibilidade das políticas públicas, não seu fundamento, que é, justamente, a necessidade de atendimento dos direitos sociais, através do cumprimento de prestações positivas por parte da Administração Pública.

O grande desafio, então, é estabelecer mecanismos para garantir a exigibilidade e o controle judicial das políticas públicas sem ferir o princípio constitucional republicano da separação de poderes, principalmente, no caso de ausência ou insuficiência de políticas adotadas; e, por outro lado, sem que o Judiciário fique afastado da tutela das políticas públicas ou acabe funcionando como uma grande barreira à efetivação dos direitos sociais, prestando um *des-serviço* à sociedade.

Acredita-se que, o princípio da separação de poderes em nada será afetado se esse controle for efetivado dentro dos limites constitucionais, legais e procedimentais existentes, e, desde que as decisões respeitem a obrigação constitucional de fundamentação e motivação, ainda que o convencimento judicial se sustente na ponderação de bens e interesses em conflito ou nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, e na justiça social.

Outro problema a ser enfrentado, no momento do controle jurisdicional, é o da limitação material de recursos públicos (escassez orçamentária e financeira).

Ora, para implementar direitos que impliquem prestações positivas por parte do Estado é preciso haver, no plano fático, recursos públicos a ser aplicados. Com efeito, a falta desses recursos, na maioria das vezes, é a grande justificativa do Poder Público quando cobrado acerca da realização de determinada ação prevista em uma política pública.

Ocorre que, ainda que os recursos sejam materialmente limitados, o que não se discute, o que o Administrador Público tem de fazer é, diante dos recursos disponíveis, demonstrar que fez as escolhas adequadas, que elegeu e implantou as políticas públicas prioritárias. Agindo assim, dificilmente os órgãos controladores

desaprovarão as contas públicas, impondo multas ou se exigirão, judicialmente, políticas públicas. Afinal, é sabido que não se pode fazer nem exigir o impossível.

Entretanto, com ajuda de um perito que entenda de contabilidade pública, o juiz poderá identificar se, de fato, havia ou não recursos suficientes para a implementação da ação objeto de discussão judicial ou se esta foi mal dimensionada ou se houve desvios de verbas que deveriam ter sido aportadas em determinada ação estatal. Ademais, os relatórios dos Tribunais de Contas das prestações de contas dos recursos públicos (auditoria de contas) e dos programas de governo (auditoria de programas) podem ajudar o julgador a formar o seu convencimento antes de decidir determinada demanda que envolva políticas públicas.

A questão, assim, não é o que decidir, mas como legitimar a decisão no Estado Democrático de Direito.

O que se quer dizer com isso, é que a alegação de ausência de recursos, não deve ser encarada sempre como um limite objetivo à implementação de políticas públicas. Deve, sim, ser analisada cuidadosamente pelo Judiciário, porque pode estar sendo utilizada apenas como *álibi* do Poder Público para escusar-se de uma condenação em juízo.

Assim, a reserva do possível não pode constituir-se em um obstáculo à postura que a jurisdição e todo o Poder Público devem ter no Estado do Bem-estar e do desenvolvimento, de prestigiar a dignidade da pessoa humana e de promover o bem de todos. Afinal, se sempre o argumento econômico for limite objetivo à obtenção e fruição de quaisquer direitos, especialmente os públicos subjetivos, que implicam na necessidade de prestações positivas do Estado, a invocação do mesmo sempre servirá para impedir a exigência judicial de políticas de gestão adequadas aos princípios norteadores da Administração Pública.

Ora, o que o argumento da reserva do possível, no limite, diz é o seguinte: se há recurso, há direito; se não há, não há condição de exigir a conduta, ainda que persista o direito. Isso é simples e até óbvio. Mas o que se quer não é que o Judiciário exija que o Estado torne-se um mágico e materialize recursos para

implementar de maneira suficiente todos os direitos. Isso só seria possível no mundo irreal. No mundo real, das coisas, verdadeiramente, como elas são, o que se quer é que; havendo recurso, o Estado saiba eleger que políticas públicas deve realizar primeiro, entendendo que certos direitos preferem aos demais por serem prioritários, como é o caso da cidadania mínima (condição a ser atendida prioritariamente). É esse comportamento Estatal que o Judiciário deve controlar com razoabilidade, entre outros como: os desvios de verba e a corrupção, perversidades que impedem a efetiva implementação dos direitos de cunho social.

Ademais, o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, por reconhecer os direitos humanos (como uma verdadeira declaração de direitos fundamentais) não pode admitir que o Estado abandone os brasileiros à própria sorte. Se os recursos públicos não forem suficientes para efetivar todos os direitos previstos na Carta Política, que sejam eleitos e efetivados, ao menos, os prioritários.

Argumentos como a reserva do possível, trazidos em juízo irresponsavelmente pelo Estado, devem ser evitados, devendo haver controle do Judiciário nessas teses e punição pela litigância de má-fé e deslealdade processual nos casos cabíveis. Afinal, o Estado deve dar o exemplo e ser sempre honesto, principalmente, quando estiver litigando.

Assim, não podem ser postas, leviana e exclusivamente, a reserva do possível e o mérito administrativo para impedir o controle jurisdicional das políticas públicas e dos atos administrativos, pois essas questões são insuficientes, especialmente, quando se tem como pano de fundo da demanda a realização da dignidade da pessoa humana, através, da promoção do mínimo existencial (garantia das mínimas condições necessárias a uma existência digna).

Afinal, os direitos individuais e as liberdades dependem fundamentalmente dessa ação ativa do Estado de promotor do bem-estar e do desenvolvimento. O Poder Público não pode estar distante da garantia dos direitos sociais, sob o escudo da ausência de recursos ou da discricionariedade administrativa. Ele tem que ser capaz de alocar bem os recursos que possui e arrecada, e tem que divulgar amplamente

como estão sendo empregados estes recursos, para facilitar seu controle pelo povo, pelo Tribunal de Contas e pelo Judiciário.

Por tudo isso, o argumento da reserva do possível não deve ser um motivo para rechaçar o controle jurisdicional das políticas públicas e deve ser examinado com muito cuidado e atenção pelos juízes, para não serem induzidos em erro, por mais um sofisma criado por aqueles que não querem exercer o poder em conformidade com o Estado Democrático de Direito, ou seja, como um dever.

As políticas públicas no Estado do Bem-estar e do desenvolvimento devem estar atreladas ao fim e às metas para que foram criadas, e estes devem estar condizentes com a realidade e o interesse coletivo.

Outrossim, para se considerarem legítimas, as políticas públicas devem estar conforme os princípios constitucionais e não só com a lei. Além disso, devem estar orientadas à efetivação dos valores fundamentais da pessoa humana.

Daí a conclusão de que as decisões judiciais em demandas envolvendo gastos de recursos públicos e políticas públicas devem se focar na ponderação de bens e interesses, sendo que três perguntas devem povoar a mente do julgador, e devem ser devidamente expostas e respondidas na fundamentação da decisão, quais sejam: a) se foi seguido o percurso legal e procedimental e se o ato/ política pública foi motivado; b) se havia outra opção; e c) se a opção escolhida foi a mais adequada e razoável ao caso concreto. Dessa maneira estará garantida, também, a legitimidade das decisões judiciais acerca da exigibilidade de políticas públicas.

Inadmissível é que os direitos públicos subjetivos tornem-se, *pela inércia do legislador, ou pela insuficiência momentânea ou crônica de fundos estatais, substrato de sonho, letra morta, pretensão perenemente irrealizada*. (IPPÓLITO, 2003, p. 83)

O Poder Judiciário pode e deve avançar no caminho do controle das políticas públicas, sem perder de vista o caráter prioritário de certos direitos em detrimento de

outros; a garantia do mínimo existencial; a finitude dos recursos econômicos (reserva do possível) e, também, não-econômicos que podem estar envolvidos na questão do direito discutido (como no caso dos transplantes de órgãos). Além disso, os juízes devem ter sempre em mente a concretização dos princípios norteadores do Estado Social e Democrático de Direito e da atividade administrativa.

2.3 DIREITOS PÚBLICOS SUBJETIVOS NO BRASIL

A partir da Constituição Federal de 1988, houve uma transformação profunda no cenário jurídico do reconhecimento dos direitos públicos subjetivos como direitos fundamentais no Brasil.

A Constituição Federal de 1988, denominada *Constituição Cidadã*, garantiu direitos até então não previstos no ordenamento constitucional brasileiro. Ela priorizou o acesso à justiça, destacando: a obrigatoriedade de instalação dos juizados especiais para o julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo; a legitimação de entidades associativas para atuarem em juízo representando seus filiados; a ampliação das funções do Ministério Público; a adoção da defensoria pública em nível constitucional para defesa dos necessitados; a diversificada legitimação ativa para propositura da ação de inconstitucionalidade; o tratamento constitucional à ação popular para proteção de direitos coletivos vinculados ao meio-ambiente, ao consumidor e ao patrimônio histórico e cultural; alcance dado ao mandado de segurança para proteger direito coletivo; o *habeas data* para o acesso do cidadão a registros de bancos de dados, assim como para a retificação dos mesmos; a previsão do mandado de injunção, quando a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício de liberdades constitucionais (TEIXEIRA, 2003, p. 65-66)

Além disso, estendeu o rol dos direitos sociais, agasalhando diversos direitos como a saúde, educação, trabalho, lazer, segurança, moradia, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados. Esses direitos, entretanto, estão longe de formarem um grupo homogêneo no que diz respeito à conteúdo e à forma de positivação.

As normas constitucionais de direitos sociais são de eficácia plena, porém, do ponto de vista da efetividade, esses direitos exigem prestações materiais, logo dependem, naturalmente, da existência de recursos públicos disponíveis.

A questão é saber se há recursos públicos suficientes para garantir esses direitos de forma efetiva, uniforme, em todo território nacional, e universal para todos os milhões de brasileiros. Daí a origem das construções que pretendem estabelecer uma hierarquia entre os direitos sociais, de modo que os componentes da cidadania mínima estivessem em primeiro lugar. Assim, alimentação e a saúde prevaleceriam aos demais, por exemplo, ao lazer, à educação e à moradia.

Contudo, a grande inovação da CF/88 no que tange aos direitos sociais é tê-los reconhecido como direitos públicos subjetivos, o que implica na ampliação da titularidade e do objeto dos direitos sociais.

Outrossim, a previsão de veiculação de conflitos de interesses meta-individuais por meio de ações judiciais - de que são exemplo a ação civil pública, o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo e a ação popular - fez com que essa categoria assumisse novas dimensões.

De fato, quando se trata de interesses difusos⁸⁰ e coletivos⁸¹, é possível afirmar que a ação judicial transformou-se em um canal de participação social na gestão da coisa pública, ou seja, em um instrumento de participação política, que constitui uma forma de concretizar a democracia participativa consagrada no sistema jurídico brasileiro.

Da interpretação sistemática da Constituição de 1988, é possível se aferir que todos os direitos classificados como sociais (seja porque estão elencados nos arts. 6º e 7º, ou no Título da Ordem Social) são públicos e subjetivos e não apenas o direito ao ensino obrigatório e gratuito (art. 208, § 1º da CF/88), embora o reconhecimento

⁸⁰ Transindividuais, de natureza indivisível de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (art. 81, I, CDC).

⁸¹ 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 (art. 81, II, CDC).

expresso sirva para afastar interpretações minimalistas no sentido desse direito não poder ser acionável em juízo ou gerar pretensões individuais.

Por outro lado, entende-se que o reconhecimento dos direitos sociais como públicos subjetivos autorizam a possibilidade de, constatada a ocorrência de ameaça ou lesão, ser exigido judicialmente contra o Poder Público de imediato, individual ou coletivamente sua tutela. Aliás, a proteção do direito individual faz parte do bem comum.

Ademais, não se pode esquecer que o direito público subjetivo visa resguardar interesses individuais quando os mesmos coincidem com o interesse público. Isso significa que o reconhecimento de que o indivíduo pode fazer funcionar a máquina estatal em seu interesse não colide com o interesse do público, ao contrário, faz parte dele. O reconhecimento, pela lei, de pretensões aos indivíduos vem reforçar a proteção de sua liberdade e não transformá-los em direitos privados. (DUARTE, 2006, p. 272)

Quando um brasileiro, por exemplo, exerce seu direito ao ensino obrigatório exigindo uma vaga, de forma isolada e não coletiva, ele está acionando uma norma geral e abstrata em seu próprio interesse. Contudo, para fazer funcionar a máquina estatal em seu interesse, é preciso que, por trás desse interesse particular, seja protegido o interesse público.

Com efeito, a implantação de um sistema público adequado de educação interessa não apenas aos beneficiários diretos do serviço (alunos), mas à coletividade, já que a educação escolar constitui um meio de inserir as novas gerações no patrimônio cultural acumulado pela humanidade, dando-lhe continuidade. (DUARTE, 2006, p. 272)

Assim, o grande problema, hoje, no Brasil, no que tange aos direitos públicos subjetivos, não é o seu reconhecimento, mas a interpretação do atual sentido dessa figura jurídica, inserida num novo contexto de Estado do Bem-estar e do desenvolvimento, que pressupõe a adoção de uma postura intervencionista na área social, não só por intermédio de diplomas legais, mas, principalmente, pela

implementação de políticas públicas, grandes eixos orientadores da atividade estatal contemporânea.

Quanto à titularidade, a figura do direito público subjetivo no ordenamento jurídico brasileiro, quando utilizada para proteger um bem que é ao mesmo tempo individual e social, deve ser interpretada de forma ampliada prestando-se à exigibilidade tanto individual quanto coletiva. A pretensão individual é concorrente e não substitutiva em relação à pretensão pública. Assim, mesmo para aqueles casos em que o direito público subjetivo não está previsto de forma expressa, o indivíduo tem o direito de exigir uma prestação individual; apenas a pretensão primária é pública (podendo ser exercida pelo Ministério Público, por exemplo) e está voltada, prioritariamente, à exigibilidade de políticas públicas.

Acerca da possibilidade de tutela jurisdicional dos direitos públicos subjetivos, no Brasil, o que se discute, na realidade, são os limites do jurídico em oposição ao campo reservado à esfera política, não a possibilidade, em si mesma, de tutela efetivada, por exemplo, por meio da utilização de remédios constitucionais.

Até onde e em quais os limites o controle jurisdicional pode ser efetuado?

Mas será que não são justamente esses limites que precisam ser discutidos e revistos para a implantação efetiva do Estado do Bem-estar e do desenvolvimento no Brasil?

Será que o que está faltando não é exatamente a descoberta pelo Judiciário de seu novo papel no Estado Contemporâneo, de efetivador da justiça distributiva e eqüitativa de modo legal, mas, também, criativo e inovador na promoção do bem-estar social (art. 3º, III e IV, CF/88) e do desenvolvimento (art. 3º, II e III, CF/88)?

São essas fronteiras que se quer ultrapassar em prol da concretização do Estado Social, Democrático e de Direito, mas, sempre, partindo-se de uma visão constitucional de jurisdição, enquanto atividade (dever do Estado), e de sua importância social, especialmente na tutela dos direitos públicos subjetivos de

titularidade concomitantemente individual e coletiva, a exemplo do meio-ambiente equilibrado, do bem-estar e do desenvolvimento.

CAPÍTULO 3 JURISDIÇÃO NO ESTADO DO BEM-ESTAR E DO DESENVOLVIMENTO DIANTE DA GLOBALIZAÇÃO

Neste último capítulo, é analisada a atuação da jurisdição como promotora do bem-estar e do desenvolvimento em face da globalização, através do exame de decisões em casos concretos onde se vislumbra tal promoção, ainda que não se possa afirmar somente com isso ou pelo fato de o Brasil intitular-se constitucionalmente um Estado Democrático de Direito que seja, de fato, um Estado do bem-estar e do desenvolvimento. Porém, não resta dúvida que o Brasil busca um caminho para a institucionalização desse Estado, onde haja maior participação da sociedade civil e maior democratização, com a finalidade de efetivar os direitos sociais.

3.1 ATUAÇÃO DA JURISDIÇÃO EM FACE DA GLOBALIZAÇÃO

O objetivo deste tópico é analisar a atuação jurisdição como promotora do bem-estar e do desenvolvimento em face da globalização econômica e do enfraquecimento da autonomia dos Estados nacionais.

Para a ideologia neoliberal⁸², globalização é o processo de mudanças decorrente do movimento econômico de expansão de mercados.

⁸² Tratou-se de *ideologia neoliberal*, embora entenda-se que poderia ter sido usada a expressão *doutrina neoliberal* sem qualquer mudança de sentido, conforme significado dos vocábulos empregado no dicionário Houaiss, vejamos: a) *ideologia* é 5 conjunto de convicções filosóficas, sociais, políticas, etc. de um indivíduo ou

Porém, entende-se que esta definição está incompleta, pois o econômico é, como visto, só um dos aspectos desse movimento, que envolve, no mínimo, três processos que se desenvolvem simultaneamente. Segundo René Armand Dreifuss (1997) estes processos seriam: a *mundialização* relacionada com a disseminação de padrões de consumo, de massificação e homogeneização de estilo de comportamentos, modos de vida e impondo novos hábitos sociais; a *planetarização*, associada às profundas mudanças referentes às políticas governamentais e às instituições que permeiam as sociedades nacionais, que passam a ser reformatadas face às exigências de novos paradigmas econômicos, estando assim, ligada a um modo de dominação e à miniaturização do Estado-nação; e por fim, a *globalização tecnológica*, referente ao modo de produzir, impulsionado por redes de megaconglomerados transnacionais desenvolvidas em altíssimo ritmo de transmissão de informações.

Por isso, usar o termo *globalização* somente no sentido de designar uma nova etapa do desenvolvimento do sistema capitalista é muito vago e impreciso.

A *globalização* é ato ou efeito de globalizar-se. Do ponto de vista sociológico é um processo pelo qual a vida social e cultural nos diversos países do mundo é cada vez mais afetada por influências internacionais em razão de injunções políticas e econômicas. Sob o aspecto político-econômico: a) é o intercâmbio econômico e cultural entre diversos países, devido à informatização, ao desenvolvimento dos meios de comunicação e transporte, à ação neocolonialista de empresas

grupo de indivíduos e, etimologicamente, é a ciência das idéias, é a doutrina que inspira ou parece inspirar um governo ou um partido. b) *neoliberal* é um adjetivo masculino relativo ao neoliberalismo dado ao adepto dessa doutrina; e neoliberalismo é um substantivo masculino utilizado na economia política que significa 1 doutrina proposta por economistas franceses, alemães e norte-americanos, na primeira metade do século XX, voltada para adaptação dos princípios do liberalismo clássico às exigências de um Estado regulador e assistencialista, que deveria controlar parcialmente o funcionamento do mercado 2 doutrina, desenvolvida a partir da década de 1970, que defende a absoluta liberdade de mercado e uma restrição à intervenção estatal sobre a economia, só devendo esta ocorrer em setores imprescindíveis e ainda assim em grau mínimo. c) *doutrina* é 1 conjunto coerente de idéias fundamentais a serem transmitidas, ensinadas 2 conjunto de conhecimentos possuídos; ciência, erudição, saber 3 relativo a princípio, crença, ou conjunto de princípios ou crenças que tem um valor de verdade absoluta para os que o(a) sustentam e seguem, e que é, no entender destes, o(a) único(a) aceitável 4 conjunto de idéias básicas contidas num sistema filosófico, político, econômico, etc. ou das opiniões de um pensador, de um filósofo 5 juridicamente, conjunto de idéias, opiniões, conceitos que os autores expõem e defendem no estudo e no ensino do Direito, os quais servem de sustentação para teorias e interpretações da ciência jurídica 6 discurso moral fundamentado em princípios, ensinamento, pregação 7 politicamente, formulação dos princípios que um governo se propõe a tomar como base para suas ações ou sua política a determinada esfera, especialmente nas relações internacionais.

transnacionais e à pressão política no sentido da abdicação de medidas protecionistas; b) é, também, espécie de mercado financeiro mundial criado a partir da união de mercados de diferentes países e da quebra das fronteiras entre esses mercados; e c) é a integração cada vez maior das empresas transnacionais, num contexto mundial de livre-comércio e de diminuição da presença do Estado nos campos econômicos e sociais. (HOUAISS, 2001)

Assim, da própria definição na língua portuguesa conclui-se que a globalização não é um fenômeno apenas econômico, é também social, político e cultural.

A globalização social e política, por exemplo, firma-se na teoria dos direitos fundamentais e isto muito interessa aos povos periféricos, pois globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional, ou seja, implementar o ideário de igualdade.

Além disso, na esfera da normatividade jurídica, a globalização política introduz os direitos da quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. São direitos da quarta geração a extensão a todos os homens do direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. *Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.* (BONAVIDES, 1997, p.45)

Com efeito, a globalização é um fenômeno da pós-modernidade, ainda inacabado, que envolve diversos setores como: comércio, indústria, finanças, tecnologia, trabalho e cultura; e que traz conquistas científicas e tecnológicas, com instrumentos homogenizadores de comunicação e de culturas, como a informática, a comunicação por satélites, praticamente instantânea em todas as partes do globo terrestre, *abalando os princípios fundamentais do Direito tradicional, e modificando revolucionariamente os conceitos de espaço e de tempo. Os países procuram adaptar-se à idéia de um mundo só.* (SOUZA, 1999, p. 216)

Portanto a globalização é uma variável que afeta o Estado (econômica, social, política e juridicamente), e tem que ser levada em consideração quando se analisa a

função histórica da ciência do direito na sociedade, principalmente a partir da década de 90.

No panorama atual, percebe-se, uma repetição de argumentos: o praticado pelo neoliberalismo, quanto à globalização e o defendido pela burguesia quando rompeu com o feudalismo, unificando o Estado nacional.

O que justifica a globalização hoje é o mesmo mote utilizado pela burguesia do Século XV: rompimento de fronteiras, unidade do mercado interno, busca pelas simplificações, legislativas, judiciárias, tributárias, alfandegárias e monetárias, através da unificação territorial. Só que no Século XV um dos resultados do processo foi a formação dos Estados nacionais e, no Século XX, o enfraquecimento destes e o fortalecimento dos blocos econômicos e das empresas multinacionais e transnacionais.

É interessante destacar neste sentido o texto a seguir transcrito, que se refere ao movimento de formação das monarquias nacionais através do fortalecimento do poder central dos reis, patrocinado pela burguesia emergente e que culminou com o fim do sistema feudal e início do capitalismo:

O que a burguesia realmente desejava era a unificação do Estado nacional, ou seja, a uniformização do território. E isto significava: barreiras, leis, justiça, pedágio, impostos, alfândegas, pesos e medidas unificados para todo território nacional. Sem isso, o desenvolvimento econômico seria retardado. De fato, se não houvesse unidade no mercado interno não poderia haver expansão em direção ao mercado externo. Sem mercado interno forte, a burguesia não poderia concorrer com burguesias mais fortes (de outros países). (ARRUDA, 1996, p. 434)

Com efeito, no Século XV, as antigas instituições feudais que haviam servido a uma finalidade entraram em decadência, tornando-se ultrapassadas perante as modificações sociais ocorridas em face da ascensão comercial burguesa. *A atomização do poder feudal demonstra-se iníqua para o desenvolvimento do novo modo de produção baseado mormente nas relações comerciais, que requeriam uma autoridade central, um Estado nacional que pudesse trazer segurança e colocar ordem ao caos feudal.* (DELGADO, 2001, p. 31-32)

Com isso, surgiram, no Século XV, os Estados nacionais, impulsionados por comerciantes e mercadores que reivindicavam uma nova ordem política e econômica capaz de viabilizar o desenvolvimento econômico interno do país e possibilitar a concorrência externa com outros países. Foi a vitória dos reis sobre os feudos. Numa analogia, surgem, no Século XX, os blocos econômicos formados por vários países, a exemplo da União Européia, com, até a moeda unificada.

Apesar das transformações sociais, políticas, econômicas e culturais, ocorridas recentemente não provocarem, como no passado, uma alteração profunda na estrutura da sociedade, também não devem ser desprezadas, como faz a ideologia neoliberal ao conceituar e definir a globalização apenas sob o enfoque econômico, haja vista os impactos vivenciados pela organização política dos Estados nacionais, sem falar naqueles vividos nas relações de trabalho e no próprio Direito.

Celso Furtado (1999) assinala a diminuição da autonomia dos Estados nacionais no *desenho* do porvir da nação (bloco de nações), em consequência do processo mundial, denominado *globalização*:

Os sistemas de poder se fazem cada vez mais heterogêneos em um mundo em que os Estados nacionais perdem importância para instituições transnacionais, multinacionais e mesmo regionais. As atividades financeiras, beneficiadas por avanços surpreendentes na eletrônica, assumem posições de vanguarda na modelagem das estruturas de poder. Os padrões monetários tendem a unificar-se, o que amplia significativamente o âmbito de ação da moeda dominante, ao mesmo tempo que se impõe a constituição de vultosas reservas monetárias em benefício das economias centrais. A consequente redução da margem de autonomia das autoridades nacionais torna mais difícil alcançar a superação do subdesenvolvimento. (FURTADO, 1999, p. 09)

De fato, é temerária a perda de importância dos Estados nacionais para instituições transnacionais, multinacionais e mesmo regionais, como alerta Celso Furtado na transcrição anterior, principalmente porque a concentração de poder econômico nas mãos desses grupos reforça a desigualdade e exclusão social.

Desde a sua formação e até os dias de hoje, os Estados nacionais constituem os principais sujeitos da sociedade internacional. Deles derivam as demais pessoas internacionais, incluindo-se aí as próprias organizações internacionais. Como sujeito de direito internacional, segundo a Convenção Pan-Americana sobre Direitos e

Deveres dos Estados de 1933, o Estado deve reunir três requisitos em sua formação: povoação permanente, território determinado e governo soberano.

Porém, desde meados do Século XX, está havendo um gradativo esvaziamento do conceito de soberania e autonomia dos Estados nacionais, por conta da globalização (mais especificamente por conta do neoliberalismo), que tende a demonstrar a prescindibilidade do Estado-nação.

Esse esvaziamento coincide com o fim do capitalismo *domesticado* no âmbito do Estado-nação. *O novo capitalismo, de escala planetária, nasce, porém, com o mesmo apetite e a mesma aversão a regras do primeiro capitalismo industrial.* (FARIA, 2002, p. 148)

Esse novo capitalismo liberal (capitalismo liberal planetário) teve por efeito diminuir a presença do Estado como produtor e empresário, mas também relativizar a importância dos direitos sociais e da jurisdição estatal.

Com efeito, a despeito dos Estados serem os principais sujeitos da sociedade internacional, estes vêm se enfraquecendo em virtude das atuais dinâmicas globais, que os conduzem a um alto grau de dependência, capaz de reduzir, nitidamente, o seu poder decisório, embora ainda que formalmente, continuem a ser detentores de soberania e autonomia.

Por esta razão, nos dias de hoje o conceito de soberania apresentado por HOBBS, *enquanto poder soberano, acima do qual não há nenhum outro e ao qual todos os poderes (eclesiásticos, econômicos, etc.) se subordinam* merece ser revisto, junto com o conceito e formato dos Estados nacionais. Ao lado disso, tem que ser remodelado o conceito de jurisdição nacional e internacional.

O Estado já não pode mais almejar regular a sociedade civil nacional por meio de seus instrumentos jurídicos tradicionais, dada a crescente redução de seu poder de intervenção, controle e direção. Também já não pode deixar de compartilhar sua soberania com outras forças que transcendem o nível nacional. As funções do Estado-nação não desaparecem, mas assumem outras formas.

O que deve ocorrer, portanto, não é o fim da soberania e autonomia estatais, mas, sim, a revisão da função desses conceitos e adaptação aos novos parâmetros de convivência, cooperação internacional e formação de blocos econômicos.

A globalização não implica, necessariamente, no fim dos Estados-nacionais, e, sim, na remodelação dos mesmos diante dos novos parâmetros mundiais e na redefinição de suas funções diante da sociedade do conhecimento e de *redes*.

Entretanto, esta remodelação não pode ser aquela defendida no discurso neoliberal da necessidade do Estado mínimo: um Estado com seu papel circunscrito à prestação de serviços públicos básicos, pouca participação e mínima intervenção no domínio econômico. Muito menos, se deve defender a desnecessidade do Estado do bem-estar e na volta do Estado liberal, o que como visto, não será possível, pois a sociedade, ainda que globalizada, não abrirá mão das conquistas e vantagens sociais alcançadas ao longo da história.

Afinal, não se pode esquecer que o Estado do bem-estar proporcionou inúmeras vantagens para a sociedade com a ingerência da atuação do Estado no domínio econômico. O surgimento do Estado intervencionista significou, através das interferências nas atividades sociais, especialmente econômicas, um contrapeso às forças e interesses hegemônicos liberais, de forma a harmonizar o desenvolvimento com o bem-estar social, e, inclusive, incrementar o mercado consumidor tão relevante para as sociedades capitalistas contemporâneas.

Nesta seara desenvolveu-se o direito publicista, que retirando da autonomia privada a liberdade inicial, procurou regular as relações entre os particulares para assegurar um convívio social mais equilibrado e harmônico. Ou seja, crescia a importância e legitimidade de um direito no qual o interesse público passava a prevalecer sobre o particular.

Dáí falar-se, necessariamente, em Constituição, como repositório de valores e conceitos essenciais da comunidade que a promulga, e berço da concepção moderna de Estado de Direito, que acolheu a Declaração dos Direitos do Homem,

ponto de partida para a instituição de um autêntico sistema de proteção dos direitos fundamentais.

Dessa forma, reconhecendo-se as melhorias institucionais decorrentes da implantação do Estado do Bem-estar, hoje, não seria possível a restauração do Estado liberal do Século XIX, porque a sociedade não aceitaria mais, como outrora, a legitimidade dos detentores do poder econômico para dirigir o destino da comunidade, muito menos, a redução ou supressão de direitos sociais constitucionalmente garantidos.

A solução, então, é redefinir a função do Estado-nação, mas não com o enfoque minimalista, pois o Estado tem que, mesmo em face da globalização econômica, promover o bem-estar social e o desenvolvimento de sua nação e cooperar para que o mesmo ocorra com as outras nações mundiais, principalmente com aquelas mais pobres e menos desenvolvidas, porque, não se pode esquecer que o processo de globalização maximiza as diferenças entre a elite e os excluídos, entre os países pobres e os ricos, o que provoca uma fragmentação social e territorial.

Quanto ao fenômeno “racional” da globalização, devido à sua intensidade e velocidade, provoca graves efeitos desestabilizadores, criando um terreno fértil para a fragmentação social e territorial. Uma globalização que aprofunda as desigualdades sociais, nacionais e regionais e gera um fenômeno brutal de exclusão do mercado, tem produzido reações como o nacionalismo tribal, o separatismo e conflitos violentos que exarcebam as lutas de classe, as lutas dentro da sua própria classe e alteram a visão de mundo dos grupos e dos indivíduos, impregnando este final de milênio. A globalização, ao que parece, só tem aumentado o fosso entre os possuidores de riqueza e os excluídos do mercado, alimentando efeitos colaterais ao processo que chega até ao plano cultural. (SILVA, 2000, p. 60)

Com isso, fica ressaltada a importância da presença do Estado na solução de demandas sociais, como instituição apta a proteger os valores socialmente relevantes.

Sobre os contrastes globais (aumento da pobreza e da concentração de renda), o Relatório das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Humano (1997) concluiu que a concentração de riqueza chegou ao ponto de o patrimônio conjunto dos maiores

milionários do mundo, que são pouquíssimos, ser equivalente à renda somada da metade mais despossuída da população mundial, cerca de 3 bilhões de pessoas.

As causas apontadas pela ONU para o fato da globalização estar concentrando poder e marginalizando o pobre são múltiplas: das barreiras tarifárias e não-tarifárias mais punitivas com relação às exportações dos países periféricos, às leis de proteção de patentes que dificultam o acesso em massa das nações periféricas a novas tecnologias.

Já o Relatório do Banco Mundial (2000) declarou que a globalização aumenta a pobreza e a desigualdade, pois os custos de ajustamento para maior abertura são efetivamente suportados pelo pobre (54,7 % da humanidade vive em estado de miséria ou pobreza extrema).

Com efeito, se as estatísticas são alarmantes, os fatos são dolorosos. Atualmente: vinte mil pessoas morrem por dia em consequência da fome e da pobreza extrema⁸³.

Vive-se hoje num lastimável mundo de vergonhosos contrastes. Um mundo capaz de deixar os necessitados à mercê da própria sorte. Um mundo onde impera o sentimento de individualidade. Um mundo em que muito pouco ou quase nada se faz para espantar o abutre que, pacientemente, espera a morte de fome de um menino para matar a sua própria⁸⁴.

Por isso, parece claro que a diminuição de poder e de atuação do Estado nacional rumo a sua completa dissolução não será benéfica para ninguém, principalmente para a população dos países pobres. Muito menos será positiva a transferência de poder político e econômico para as entidades privadas supranacionais. A propósito Paulo Bonavides (1997) comenta os efeitos da *globalização do neoliberalismo como subproduto da globalização econômica no Brasil*:

⁸³ Como informa o Relatório do Banco Mundial de 2006.

⁸⁴ Imagem evocada por fotógrafo, feita na África, que se divulgou pelo mundo como um alerta.

O Brasil está sendo impelido para a utopia deste fim de século: a globalização do neoliberalismo, extraída da globalização econômica. O neoliberalismo cria, porém, mais problemas do que os que intenta resolver. Sua filosofia do poder é negativa e se move, de certa maneira, rumo à dissolução do Estado nacional, afrouxando e debilitando os laços de soberania e, ao mesmo passo, doutrinando uma falsa despolitização da sociedade. (BONAVIDES, 1997, p.45)

O mais importante, então, para países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, como o Brasil, é preservar a *margem de autonomia que lhes resta, que permita utilizar o peso internacional para mobilizar e coligar forças na defesa dos interesses dos povos que lutam pra preservar sua independência*. (FURTADO, 1999, p. 26)

Assim, parece prematuro falar na *morte* do Estado e na *falência* da soberania, pois é necessário que seja mantido o poder político e econômico nas mãos do Estado-nação, uma vez que este, ao menos, está sujeito a algum tipo de controle e intervenção, ainda que ineficiente do seu povo; não direciona suas atividades para a obtenção de lucro; e pode, através de planejamento de políticas públicas, promover o bem-estar social e o desenvolvimento.

Por essa razão, os Estados nacionais não devem aceitar pacificamente a redução de sua importância e de sua esfera de atuação e influência na sociedade, ao contrário, devem buscar meios alternativos de resgatar seus poderes e prerrogativas, notadamente através da institucionalização do processo de formação de blocos supranacionais, como já ocorrido na Europa (União Européia).

A integração é o meio pelo qual os Estados nacionais poderão manter-se no processo histórico e *sobreviver* na nova ordem que se avizinha. E, no caso dos países subdesenvolvidos, essa integração pode ser a única chance de tornarem-se fortes e competitivos mundialmente, inserindo-se nos grandes blocos econômicos, do contrário, exclusão ainda maior, exploração e aumento da pobreza é o que se vislumbra.

Mas, seja pela integração ou não, se o Estado nacional é um instrumento tão importante e privilegiado para enfrentar problemas estruturais e promover o bem-estar social, o grande desafio é como compatibilizá-lo com o processo, ainda

inacabado, de globalização (com acirramento da competição capitalista e das desigualdades).

Isso exigirá o aperfeiçoamento e fortalecimento das instituições estatais, uma distribuição eqüitativa da renda, um efetivo combate da corrupção, uma atenção especial ao comércio exterior, um maior controle dos gastos públicos com fiscalização abrangente e punição para os faltosos, e uma efetiva implementação de políticas públicas voltadas para realizar direitos sociais, priorizando acima de tudo a garantia dos direitos fundamentais e do mínimo existencial, a fim de solucionar graves problemas como: a fome e a subalimentação; as doenças; a falta ou insuficiência de vagas para ensino público; a insegurança pública; o desemprego; falta de moradia digna e de falta de saneamento básico; etc.

É nesse contexto que o Poder Judiciário, enquanto instituição concebida pela Constituição Federal, para solucionar conflitos jurídicos deve encontrar espaço para concretizar, em todas as decisões, os valores constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana.

Além disso, os Estados nacionais devem efetivamente democratizar-se e, com isso, deixarão de ser obstáculo ao desenvolvimento econômico, e promoverão adequada e universalmente o bem-estar social, transcendendo ao aparente paradoxo entre *bem-estar e desenvolvimento*.

Entretanto, para a construção desse espaço de mudança, será fundamental a combinação de duas noções: a idéia de liberdade e cidadania e a de existência de condições mínimas necessárias para o exercício das primeiras. Isso, porque, é muito difícil se esperar de um indivíduo que se reconhece cidadão somente porque tem um título de eleitor⁸⁵ ou um número de CPF, que exerça livremente suas escolhas, diante da sua dura realidade de analfabetismo, fome, dor e desemprego.

Com efeito, a concepção de pessoa livre e capaz é inteligível, apenas, quando vinculada a uma estrutura social: só a partir dessa perspectiva é possível dar um

⁸⁵ O Brasil pode ser considerado uma das maiores democracias do mundo porque possui mais de 90 milhões de pessoas habilitadas a votar?

sentido claro à noção de liberdade. *O indivíduo típico só pode ser pensado como livre, preparado para buscar seus fins e correr seus riscos, quando um arranjo coletivo lhe garante as condições mínimas necessárias.* (FARIA, 2002, p. 151)

Isso implica em neutralizar as desigualdades sociais, adotando políticas públicas universalizantes, pelo menos em relação à promoção das condições mínimas de existência digna, quais sejam: alimentação, saúde, educação, habitação, e segurança. Temas que devem ser prioritários a qualquer outra política pública, para que seja possível o enfrentamento das agudas desigualdades sociais em países como o Brasil, decorrentes de sua formação histórica, e acirradas com a mutação das relações no mundo globalizado.

Além disso, é importante determinar a responsabilidade e as atribuições dos poderes estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário), do mercado e da própria sociedade na implementação dessa proposta de mudança do Estado como forma de resistência aos *efeitos colaterais* da globalização combinada com o neoliberalismo. Afinal, a tarefa de implantar os direitos sociais, de forma plena e indiscutível não cabe apenas ao Governo, é dever de todos, considerando-se que essa construção é um *longo amanhecer*, utilizando de expressão contida no título do livro pluridisciplinar de Celso Furtado *O longo amanhecer: reflexões sobre a formação do Brasil* (1999).

Somente imbuídos dessa idéia de uma responsabilidade social compartilhada será possível enfrentar a ordem econômica emergente do capitalismo transnacional e, não obstante as tendências *liberalizantes*, enfrentar, também, a minimização das obrigações do Estado para com a realização de objetivos sociais. Nesse sentido, o *papel* da jurisdição é de fundamental importância para viabilizar um projeto de Estado promotor do bem-estar e do desenvolvimento, a partir da tutela dos direitos sociais e da busca da efetividade das normas constitucionais fundada na premissa da força normativa da Constituição.

3.2 O JUDICIÁRIO E A TUTELA DO BEM-ESTAR E DO DESENVOLVIMENTO

Vistos o contexto e as dificuldades do mundo atual de feição globalizada e a importância da função jurisdicional no sentido de efetivar os direitos sociais promovendo o bem-estar e o desenvolvimento, a pergunta que necessita ser respondida, do ponto de vista prático, é como isso poderá ser viabilizado pelo Judiciário. Ou melhor, como poderá ser feita a tutela jurisdicional do direito ao bem-estar social e ao desenvolvimento econômico no Brasil?

O direito ao bem-estar, como já mencionado neste estudo, abarca o rol necessário à garantia de um padrão mínimo necessário à pessoa viver com dignidade e liberdade, o que inclui, dentre outros aspectos, o atendimento dos direitos sociais à alimentação, saúde (preventiva, reparadora), amparo comunitário à infância, velhice, maternidade e desemprego (previdência e assistência sociais), educação (inclusive física através do esporte), cultura, moradia, segurança, ao lazer, à liberdade de expressão e informação, sob qualquer forma ou veículo (comunicação social), ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado.

Também está relacionada com o direito ao bem-estar a realização, pelo cidadão, de suas potencialidades pessoais e o compromisso da comunidade com os valores e sentimentos mais caros à raça humana, por isso a concretização do bem-estar requer, ainda, a vinculação da atuação do Estado com o apoio à ciência e à tecnologia (como forma de proporcionar aos cidadãos os benefícios da evolução do conhecimento humano) que, se traduz tanto no acesso ao consumo de energia elétrica e abastecimento de água potável, ao saneamento básico, às vacinas necessárias à prevenção de doenças, quanto ao tratamento da AIDS pelos remédios mais eficazes. E, se traduz, ainda, na preservação e amparo da família como núcleo básico da sociedade, e na proteção dos grupos sociais mais fracos e necessitados tais quais as crianças, os adolescentes, os idosos, os portadores de necessidades especiais, os índios, como forma de institucionalizar a solidariedade humana.

O bem-estar, desta maneira, está associado às necessidades materiais e imateriais do ser humano, sem o atendimento das quais resta prejudicado o próprio sentido da

vida em sociedade, pois a cooperação entre animais da mesma espécie visa, em essência, objetivos comuns.

Por outro lado, embora pareça paradoxal, o direito ao bem-estar da população induz ao desenvolvimento e é, também, induzido por este, por isso, necessariamente, bem-estar e desenvolvimento estão interligados.

O extenso rol de facetas do direito ao bem-estar parece ajustá-lo ao molde das utopias, tanto mais distantes quanto mais idealizadas. Entretanto, uma simples reflexão sobre os fatos da história recente do mundo revela que, nos sessenta anos que se seguiram ao final da Segunda Guerra Mundial, a Europa e o Japão foram capazes de se reconstruir a partir da terra arrasada, enquanto, neste mesmo período, não obstante os avanços tecnológicos, o Brasil manteve as desigualdades sociais ao ponto de violentar e romper o tecido da solidariedade social. Por isso muitos buscaram como saída o Estado solidarista, que os capitalistas rejeitam.

Em termos de bem-estar social e pessoal, é inegável, o Brasil pouco cresceu nesse meio século. A aferição é simples e dolorosamente cotidiana. A perda de confiança na estabilidade das relações internas é tal que a elite econômica renunciou aos espaços públicos e se sente incapaz de sequer conceber a possibilidade de uma adolescente de maior poder aquisitivo poder transitar livremente pela cidade a qualquer hora do dia ou da noite, algo corriqueiro em países que não estão em guerra. Como se falar em bem-estar quando o maior inimigo é o próximo? Que nível de cooperação e solidariedade esta sociedade estimula?

Com efeito, na concepção original e pura, o homem, pretendendo aperfeiçoar a solidariedade encontrada na natureza, idealizou uma reunião de indivíduos com a finalidade de assegurar mais do que a sobrevivência básica, um nível de cooperação capaz de transformar a relação da própria espécie com a natureza e entre seus membros. O extraordinário sucesso deste revolucionário arranjo reside na crença permanente dos indivíduos na capacidade da vida em sociedade lhe trazer mais vantagens do que a opção de tentar a própria sorte contra as forças da natureza.

Este sentimento, que solidifica os laços de cooperação social, sofre duplo impacto nos dias atuais, um do receio de que a interferência do homem na natureza está próxima de por em risco a sobrevivência da própria espécie, outro do questionamento acerca da efetiva existência de vantagem para maioria da população, não por acaso designada de *excluída*, na vida em comunidade.

Na origem do cientificismo, desenvolveu-se uma ingênua crença da existência apenas de pontos positivos no desenvolvimento tecnológico. Acreditava-se que a engenhosidade humana finalmente seria capaz de vencer as contingências da natureza e o homem moldaria o mundo em sua própria escala e, com isso, como que por encanto, a prosperidade se disseminaria entre todos os povos e a harmonia reinaria entre os homens e as nações. A inocência perdida em duas devastadoras guerras mundiais jamais voltaria a ser restaurada, especialmente quando a terra passou a viver sob constante ameaça de destruição bélica pelo próprio homem.

Com o curso da história, revelou-se que existem, também, pontos negativos no desenvolvimento tecnológico. Com efeito, já é possível perceber, na parte mais esclarecida da população, o início de um sentimento de descrença no progresso tecnológico como capaz de evitar o colapso dos recursos naturais, assim como já é palpável uma ruptura do tecido social de cooperação na massa de excluídos que, descrentes do sistema existente, já buscam formas próprias de ajuste comunitário, como ocorre nas periferias das capitais do Brasil e nas igrejas evangélicas.

Muito mais grave e significativo do que isso é o que ocorre quando a sociedade se depara, estarecida, com a declaração feita por jovens envolvidos em atividades ilícitas - nas quais, via de regra, eles não atingirão a idade adulta - pela predileção por uma vida curta, em curso acelerado em direção à morte, do que pela repetição da vida experimentada por seus pais. Neste caso, fica patente o resultado da incompetência do sistema na promoção dos direitos sociais relacionados ao bem-estar.

Por fim, reduzido, ainda não afastado, o risco de guerra nuclear, a humanidade como um todo se depara com um inimigo ainda mais cruel e difícil de enfrentar, por ser interior, o próprio homem, que não está sendo capaz de limitar suas intervenções

na natureza a níveis que não ofereçam riscos à preservação de sua própria existência.

A ciência e a tecnologia falharam, os *excluídos* temem individualmente não sobreviverem em um futuro próximo e os *incluídos* receiam a ausência de qualquer futuro para qualquer um em prazo um pouco maior.

Neste panorama, parece despropositado, mas é extremamente pertinente falar em direito ao bem-estar, quando, pela primeira vez na história da raça humana, a consciência da vida além do momento presente nos traz uma sombria visão do amanhã, a ausência de futuro.

A ciência e a tecnologia falharam por ignorar o fator humano, e é este o erro que não se pode repetir, daí a primazia de se tratar do direito ao bem-estar como forma de construir um outro tipo de realidade na qual o homem possa se inserir através da realização de suas potencialidades coletivas e individuais, usar da liberdade e usufruir da paz.

É preciso também entender o direito ao bem estar, como um direito de cunho coletivo, no sentido de, embora passível de apropriação individual, interessar à coletividade, razão de sua classificação como público. Lição mais exata sobre esta relação entre interesses privados de repercussão social e pública se conhece de Ruy Barbosa, que delineou, com a agudez que sempre lhe foi peculiar, os contornos da situação ao sustentar que a justificativa para a legitimação extraordinária de qualquer cidadão para impetração do *Habeas Corpus* é a liberdade, que é um bem jurídico tão precioso que nem mesmo o desinteresse do próprio titular em exercê-lo pode ser obstáculo para que a sociedade, por qualquer de seus membros, exija seu respeito⁸⁶.

Por outro lado, Jhering (2002), ao comentar o movimento de superação da teoria individualista pela social, já proclamava que a prosperidade coletiva se perfazia por

⁸⁶ O jurista baiano dizia que a liberdade era tão fundamental que, mesmo diante da inércia ou desinteresse do próprio titular, qualquer cidadão poderia – e deveria – impetrar o *Habeas Corpus* para defendê-la.

meio também da individual, a recíproca, no caso, lembra o doutrinador, é que não é verdadeira:

Ao deslocar o indivíduo do lugar que este injustamente se arrogou, colocando, ao invés dele, a sociedade, a teoria social tem a consciência de não ter causado prejuízo algum à legítima pretensão do indivíduo relativamente à sua disposição moral, e até, pelo contrário, pode ufanar-se de lhe ter feito muito mais justiça.

Na teoria social há lugar para o indivíduo, mas na teoria individualista não existe lugar para a sociedade – o todo contém a parte, mas a parte, que quer existir só para si, exclui o todo. Se a parte coloca como fim a sua prosperidade particular, então o todo pode arruinar-se. Já se o todo coloca como fim a sua prosperidade, deflui necessariamente a preocupação com a parte, pois que o todo não pode estar sã se a parte estiver doente. (JHERING, 2002, p. 99)

O interesse público, social e coletivo de serem feitos esforços para construir uma sociedade capaz de assegurar o bem-estar de todos e de cada um, torna esta uma missão premente da comunidade, e, por via de consequência, de dois dos seus maiores instrumentos criados para esta finalidade, o Estado e o direito.

É atribuição do direito e do Estado – do Estado Democrático de Direito, portanto – a proteção do direito ao bem-estar. É função da jurisdição exceder mais do que a mera dicção ou declaração do conteúdo da norma; ela deve colaborar para a efetividade do direito e do próprio Estado.

Direitos como os de cunho social, em sociedades desarticuladas institucionalmente como a brasileira, dependem do Poder Judiciário para se concretizar nas mãos dos destinatários. O desempenho deste relevante papel não poderia encontrar outro caminho senão o apresentado pela Constituição, seja como repositório do projeto social a ser alcançado, como ensina Lenio Streck (2002), seja como paradigma de legitimação, como leciona Sérgio Nogueira (2000):

É preciso entender a Constituição como algo substantivo, porque contém valores [...] que o pacto constituinte estabeleceu como passíveis de realização. Por tudo isso há de deixar assentado que o constitucionalismo dirigente-compromissário não está esgotado. A Constituição ainda deve constituir-a-ação, mormente porque, no Brasil, nunca constituiu. No texto da Constituição de 1988 há um núcleo essencial, não cumprido, contendo um conjunto de promessas da modernidade, que deve ser resgatado. (STRECK, 2002, p. 126)

[...] dado que referida ordem não admite fraturas nem contradições, há que se entender que a idéia democrática e a de Estado de Direito integram-se na unidade política e funcional da Constituição. Ambos os princípios

assumem assim, uma tarefa de legitimação, racionalização e de garantia de continuidade do exercício do poder, sendo a democracia uma forma de processo vital comunitário que reforça e efetiva a significação social do Estado de Direito. (NOJIRI, 2000, p.55)

A atividade jurisdicional, tomando por norte as normas constitucionais (princípios e regras), deve praticar uma conduta construtiva comprometida com a realização no mundo fenomenológico da vida do direito público subjetivo ao bem estar, não apenas através do fornecimento de uma prestação jurisdicional formalmente adequada, mas acima de tudo, comprometida com a construção da efetividade dos conteúdos prescritos no ordenamento e com a proteção dos valores juridicamente tutelados.

No plano operacional, as recentes reformas implementadas no Código de Processo Civil têm se dirigido à ampliação dos poderes decisórios do juiz, ao comprometimento do magistrado com a solução da demanda, não apenas do processo, o que é positivo.

A possibilidade de se aplicar o princípio da fungibilidade entre os institutos da tutela antecipada e da medida cautelar, a reunião em uma só ação da cognição com a execução da decisão judicial, o aprofundamento da utilização do princípio da oralidade com a restrição ao uso do agravo na modalidade do instrumento, apontam para o aumento da responsabilidade do Juiz com o resultado dos processos.

No mesmo sentido convergem: a celebração ou idealização de convênios entre órgãos do Poder Judiciário e do Banco Central, da Receita Federal, dos Departamentos Regionais de Trânsito e até dos Cartórios de Registro de Imóveis, assim como as reformas ainda em tramitação, como, por exemplo, a que tem a finalidade de restringir o efeito suspensivo da apelação.

Ademais, tem sido fortalecido o controle jurisdicional das políticas públicas. Com efeito, a utilização do Poder Judiciário para questionar e obrigar o Poder Público a desenvolver políticas públicas necessárias à realização dos direitos públicos subjetivos como o bem-estar social, vem freqüentando bastante as páginas da jurisprudência e doutrina no Brasil, em toda a América Latina e mesmo no mundo,

apesar das opiniões contrárias e das restrições que tentam impor ao controle sob o *escudo* da reserva do possível e da ofensa ao princípio da separação de poderes.

A falta de cidadania de expressiva parte da sociedade nos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento e os abusos e desvios de poder levam a uma maior participação do Poder Judiciário, que acaba acolhendo inúmeras demandas sociais e coletivas que não conseguem ser realizadas nos canais administrativos competentes.

O Judiciário tem, assim, ido além dos padrões tradicionais da jurisdição constitucional para ser mais pró-ativo, apesar da resistência doutrinária ao ativismo judicial.

Estão sendo desenvolvidas inúmeras ferramentas para o Judiciário intervir na ação governamental na defesa do interesse público, como é o caso das ações civis públicas. Sem falar nas outras ações constitucionais específicas como o mandado de injunção, a ação de inconstitucionalidade por omissão, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, a ação declaratória de constitucionalidade, e a ação de descumprimento de preceito fundamental.

Essas ações são caminhos abertos para se exigir a tutela jurisdicional dos direitos públicos subjetivos e questionar a omissão do legislador ou do Poder Executivo, ensejando anulação de atos ilegais e ajuste das condutas administrativas aos fins estabelecidos na Constituição.

Com efeito, essas ações pretendem obrigar a Administração Pública⁸⁷ a alterar comportamentos, corrigindo desvios e fundando-os não só na legalidade, mas, também, na constitucionalidade e na legitimidade.

Além disso, promoção do bem-estar e do desenvolvimento, por relacionar-se com a própria existência e justificativa do Estado, transcende a repartição de competência constitucional entre os entes federativos (União, Estados e Municípios); é atribuição

⁸⁷ O termo foi utilizado em sentido amplo, podendo ser substituído, sem alteração de conteúdo, por Poder Executivo ou Poder Público.

de todas as esferas e órgãos do Estado e, permeia todos os atos administrativos, inspirando o corolário que anuncia a prevalência do interesse público sobre o privado. Mas de que forma? Desorganizadamente? Aleatoriamente?

Não, através da regulação legal. Afinal, o Brasil se diz um Estado Democrático desde 1988, mas, ao mesmo tempo, de Direito, ou seja, um Estado orientado por regras jurídicas. Portanto, a promoção do bem-estar e do desenvolvimento tem de ser planejada, organizada, e regulada por instrumentos legais, mas, preservando, acima de tudo, a efetividade dos ditames constitucionais.

A CF/88 assegura que a competência para promover o bem-estar e do desenvolvimento é comum (diz o art. 23 que compete à União, Estados, Distrito Federal e Municípios), porém, o parágrafo único deste mesmo artigo deixa claro que: *Lei complementar fixará as normas para a cooperação entre os entes federativos, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar social em âmbito nacional*⁸⁸. Assim, o constituinte demonstrou preocupação com a viabilização da promoção desses direitos, de forma legal, organizada de cooperação, mas a competência continua sendo comum. O que se quer dizer com isso é que as leis complementares não podem, também, virar escudo de não efetivação de direitos.

Como exemplo dessa organização destacam-se várias iniciativas jurídico-institucionais criando as condições de viabilização plena do direito à saúde, como a Lei nº 8.080/90 – que organiza e estrutura o funcionamento dos serviços de saúde; e a Portaria nº 3.916 – que aprova a Política Nacional de Medicamentos, e, a mais recente, Norma Operacional da Assistência à Saúde, nº 01/2002 – NOAS-SUS 01/02, aprovada por Portaria do Ministério da Saúde que vem suceder a Norma Operacional Básica do SUS, nº 01/96 – NOB-SUS 01/96.

Com a supracitada Lei nº 8.080/90, ficou regulamentado o Sistema Único de Saúde - SUS, estabelecido pela Constituição Federal de 1988, sendo responsável por garantir o acesso pleno da população à saúde. O SUS foi concebido como um sistema, isto é, como um conjunto cujas partes encontram-se coordenadas entre si,

⁸⁸ Importa registrar a ausência – relevante – da referida Lei Complementar cuja falta é sentida.

funcionando como uma estrutura organizada, submetida a princípios e diretrizes fixados legalmente. Trata-se de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, através da qual o Poder Público cumpre seu dever na prestação do serviço público de atendimento à saúde.

A direção do Sistema Único de Saúde - SUS é única, de acordo com o inciso I do art. 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos: I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde, II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pelas respectivas Secretarias de Saúde ou órgãos equivalentes e III - no âmbito dos Municípios, pelas respectivas Secretarias de Saúde ou órgãos equivalentes.

Cumpra esclarecer que, com o advento das Normas Operacionais do Sistema Único de Saúde, já reeditadas várias vezes, ocorreu uma redefinição dos papéis dos gestores estadual e federal, passando o Município a ser o responsável imediato pelo atendimento das necessidades e demandas de saúde de sua população – fenômeno conhecido como *municipalização* da saúde. Busca-se, dessa forma, a responsabilidade crescente do Poder Público Municipal, obedecendo-se à lógica de que o Município é o ente político estruturalmente mais próximo do cidadão e, por isso, deve prestar os serviços de saúde da atenção básica, o que não exime de maneira nenhuma os outros entes estatais também de cumprir este dever, pois, frise-se, a competência estabelecida na Constituição é comum.

Além disso, por mais organizada que seja a prestação dos direitos sociais (públicos subjetivos), os mesmos são normas constitucionais de caráter preceptivo e não-programático, logo de eficácia plena e imediata. Assim, são direitos cuja tutela pode ser exigida independentemente de lei. O art. 5º, §1º, CF/88, impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a efetividade dos direitos fundamentais, tornando concreta a sua realização e acentuando o papel da Constituição enquanto instrumento a favor do desenvolvimento social.

Com efeito, as normas constitucionais sobre direitos fundamentais são normas de textura aberta, que, por sua natureza, contêm conceitos vagos, abstratos e imprecisos. Dessa forma, não podem ser interpretadas apenas mediante os métodos

tradicionais. Precisam ser interpretadas com métodos específicos e sob a influência de pontos de vista valorativos, ligados à justiça material. (IPPÓLITO, 2003, p. 81-82)

Assim, a natureza político-social das normas constitucionais que regem os direitos fundamentais impõe uma interpretação de perfil não liberal-individualista, mas, sim, uma interpretação comprometida com a concretização dos direitos sociais.

Nesta perspectiva, *os juízes tornam-se co-responsáveis pelas políticas dos outros poderes estatais, tendo que orientar a sua atuação para possibilitar a realização de projetos de mudança social.* (IPPÓLITO, 2003, p. 83). É necessário, portanto, um Judiciário que exerça o papel de *co-gestor dos interesses gerais*; que intervenha e controle a falta de qualidade da prestação dos serviços públicos; que exija a implementação de políticas públicas sociais eficientes, caso provocado, principalmente daquelas relacionadas à cidadania mínima. A participação de Judiciário não tem a conotação de compartilhamento do gerenciamento, mas o importante papel de contribuir para a definição dos parâmetros e caminhos para a concretização e a efetivação dos direitos no plano real.

Serão ampliados, com essa nova postura do Judiciário, o controle dos atos públicos pelo Judiciário e a eficiência dos programas governamentais. Porém, não fora isso, deve ser cobrado do Judiciário a efetividade e a eficiência da prestação jurisdicional.

Isto porque a sociedade reconhece que o compromisso com o bem-estar, individual e coletivo somente se cumpre pela distribuição de segurança jurídica (não meras decisões tecnicamente corretas, mas socialmente inócuas na proteção dos valores sociais tutelados pelo direito), de liberdade⁸⁹ (não soluções incompreensíveis, de grande complexidade teórica e total ineficácia prática) e de paz.

⁸⁹ Não se trata, por natural, da distribuição de sentenças de absolvições, às vezes até o contrário, a liberdade de alguns ou muitos, em certas circunstâncias, depende da restrição da liberdade de outros. O Poder Judiciário distribui liberdade quando atribui responsabilidade. O ser humano livre que a sociedade contemporânea requer é aquele capaz de decidir sua própria conduta assumindo as conseqüências.

3.3 DECISÕES REALIZADORAS DO BEM-ESTAR E DO DESENVOLVIMENTO NO BRASIL

O estudo da jurisprudência merece destaque, porque entende-se que *o direito mais pulsante é aquele efetivamente praticado nos tribunais*. (CASTRO, 2000). Afinal, a jurisprudência é uma das fontes de direito; de onde ele brota, cresce, borbulha e avança! Daí a justificativa para as análises das decisões a seguir elaboradas, que demonstram, pela sua completude e clareza, uma tendência que coincide com a postura do Judiciário aqui defendida: de garantidor de direitos.

a) Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 271.286-8-RS-2ª Turma-STF

Primeiro, analisa-se o inteiro teor do Acórdão, lavrado no Agravo em Recurso Extraordinário 271.286-8 – RS – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 24.11.2000, em que acordaram os Ministros da Segunda Turma do STF, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Em apertada síntese, trata-se de decisão proferida em agravo regimental, interposto contra decisão monocrática do Relator, que não conheceu o Recurso Extraordinário interposto pelo Município de Porto Alegre, mantendo a decisão do Tribunal de Justiça local que, apoiando-se no art. 196, CF/88, reconheceu incumbir ao Município, solidariamente com o Estado do Rio Grande do Sul, a obrigação de ambos fornecerem, gratuitamente, medicamentos necessários ao tratamento da AIDS, nos casos em que envolvessem pacientes destituídos de recursos financeiros e que fossem portadores do vírus HIV, independentemente de qualquer diploma infraconstitucional que estabeleça o contrário.

Vale a pena transcrever a ementa dessa decisão, ainda que a mesma seja extensa, e comentá-la em seguida, pela forma com que demonstra como o Judiciário deve desincumbir-se de sua função constitucional na solução de demandas, no Século XXI, mesmo diante da globalização, preocupando-se com sua importância social, com a repercussão de suas decisões, e com a atividade de servir à coletividade como uma garantia fundamental do cidadão na proteção dos direitos subjetivos,

inclusive, se necessário, interferindo em políticas públicas, como está sendo defendido neste trabalho que analisa a jurisdição no Estado do Bem-estar e do desenvolvimento.

EMENTA

PACIENTE COM HIV/AIDS – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) – PRECEDENTES (STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO

O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

- o direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.

- O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES

- o reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concepção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.

Com efeito, a saúde é um direito público subjetivo fundamental, e compõe um dos requisitos, considerados, neste trabalho, como imprescindíveis ao exercício da cidadania mínima.

Sem o atendimento a esses requisitos mínimos (saúde, alimentação, educação...), não há como o indivíduo reconhecer-se como cidadão livre e exercer sua liberdade plenamente, dada a vulnerabilidade extrema que se coloca sobre sua condição de existência.

Segundo o relatório, feito pelo Ministro Celso de Mello, o direito à saúde, além de qualificar-se como fundamental, e que deve ser assistido à todas as pessoas universalmente, representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. Assim, o Poder Público é o responsável por prestá-la, em todas as esferas institucionais de atuação. Portanto, os entes autônomos da organização federativa brasileira não podem mostrar-se indiferentes ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por omissão, em censurável comportamento inconstitucional, haja vista que a competência é comum (o art. 198 e parágrafo único, da CF/88, que responsabiliza as três esferas federativas pelo financiamento de ações e serviços de saúde).

O direito público à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da CF/88.

De fato, recai sobre o Estado a inafastabilidade do dever de realizar ações públicas (prestações positivas) em prol de garantir a real efetividade das prerrogativas básicas dos seus cidadãos como impõe o ordenamento jurídico atual.

Assim, acertadamente não foi conhecido do recurso extraordinário deduzido pelo Município e improvido o agravo regimental, mantendo-se a decisão *a quo*, rechaçando os argumentos levantados pelo agravante de que não foi observada a repartição de competência para operacionalização dos serviços de saúde, como forma de gestão financeira dos recursos públicos; de que inexistia previsão

orçamentária municipal para aquela política pública; e, por fim, de que foi afrontado o princípio da separação de poderes.

O entendimento do STF, inclusive em julgados semelhantes a este, é o de que entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito público subjetivo inalienável, assegurado a todos pela própria Constituição, e fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse secundário do Estado, impõe-se somente uma opção ao julgador: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana.

Não se pode perder de vista a perspectiva de que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível, assegurada à generalidade das pessoas. Traduz bem jurídico tutelado constitucionalmente, por cuja integridade deve velar o Poder Público, a quem incumbe formular e implementar políticas públicas idôneas que visem garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar (inclusive a medicamentos e vacinas).

Nesse contexto, surge para o Poder Público, a urgentíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas (preventivas e de recuperação), que, fundadas em políticas públicas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve o art. 196, CF/88.

O direito à saúde configura uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas e impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

Recai sobre o Estado o dever de conferir real efetividade às prerrogativas básicas fixadas pela Constituição para as pessoas, permitindo a elas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, exigir, do Estado, sua realização, por meio de prestações positivas, e legitimando a atuação do Ministério Público e do

Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixarem de respeitar o mandamento constitucional.

Não basta que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido. Daí a responsabilidade, *in casu*, estabelecida solidariamente entre Município e Estado na distribuição gratuita de medicamentos aos portadores de HIV, especialmente, àqueles que, comprovadamente, não possuem recursos para a aquisição dos mesmos (pessoas carentes).

Assim, inquestionável a legitimidade da decisão judicial em apreço, sua coragem, coerência, e conformidade com a jurisprudência mais recente e inovadora firmada pelo STF. Tendência que se verifica também nas decisões do RE 236.200-RS, Rel. Min. Maurício Corrêa; RE 247.9000-RS, Rel. Min. Marco Aurélio; RE 264.269-RS, Rel. Min. Moreira Alves; RE 267.612-RS, Rel. Min. Celso de Melo.

b) Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 410.715-5–SP–2ª Turma-STF

Por seu turno, analisa-se o inteiro teor do Acórdão, lavrado no Agravo em Recurso Extraordinário 410.715-5 – SP – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 22.11.2005, em que acordaram os Ministros da Segunda Turma do STF, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Trata-se de recurso de agravo regimental - cujo provimento foi negado, que foi interposto contra decisão que conheceu e deu provimento ao Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra o Município de Santo André. Diz a ementa:

E M E N T A
RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO.

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

- Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

- Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

- Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

Essa decisão exalta o direito à educação como direito social fundamental dos mais expressivos. Mas, o mais importante nessa decisão não é só isso. É que a mesma deixa clara a possibilidade de exigibilidade judicial de políticas públicas, em casos excepcionais, principalmente no caso de omissão do Poder Estatal ao cumprimento do dever constitucional de fornecer o acesso público e gratuito à educação (art. 208, CF/88).

O dever do Estado corresponde a um direito público subjetivo do cidadão, que pode constranger, judicialmente, os entes públicos a fazerem, no caso de abstenção injustificada, o que determina a Constituição, ou seja, o cidadão pode em decorrência de seu direito público subjetivo exigir do Estado o cumprimento de determinadas prestações, notadamente, para que seja realizado no plano concreto o

direito à educação, porque, na relação jurídica interposta, o cidadão figura como credor e o Poder Público como devedor.

Além de justificar a possibilidade de exigência judicial de políticas públicas, o Ministro Relator, Celso de Mello, enfrentou em seu voto a árida questão da reserva do possível, argumento utilizado pelo agravante.

De fato, o Município sustentou que o atendimento das crianças só poderia ser realizado dentro da razoabilidade que o orçamento municipal permitia e que a carência de novos aportes de recursos para financiar a educação infantil limitava o atendimento em todo o Município, comprometendo o erário e a possibilidade de ampliação do atendimento à educação infantil. Ainda mais, considerando a enorme demanda de crianças carentes de creches ou pré-escola no âmbito do Município. Por tais razões, segundo o Município, não seria possível o atendimento em concreto do quanto pleiteado na ação civil pública pelo Ministério Público Estadual.

Ao final, o agravante ainda aduziu que, como a questão envolvia disponibilidade orçamentária, e dotação específica para implantação dos meios à concretização das medidas pleiteadas, o Judiciário não poderia intrometer-se, posto que tais assuntos eram legado do poder discricionário do Executivo. Assim, se o Judiciário interviesse, estaria violando o art. 2º da CF/88.

Como visto, o Município trouxe vários argumentos para não ser condenado pelo Judiciário a prestar, concretamente, o atendimento à educação integral, notadamente o da discricionariedade administrativa, num modelo conservador, que foi rechaçado pelo STF.

Com efeito, a decisão assinalou que o direito à educação, representa prerrogativa constitucional deferida a todos, especialmente às crianças, e qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, portanto, a satisfação plena do mesmo era um dever do Poder Público. Logo, o Município não poderia menosprezar a garantia concreta do atendimento em creche e pré-escola das crianças de zero a seis anos de idade, sendo obrigado a proporcionar à população, também, a educação infantil, e, não só o ensino fundamental.

Por outro lado, foi asseverado, no voto, que o STF, dada a sua dimensão política, outorgada pela Constituição, não poderia demitir-se/anular-se/esquivar-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam com as liberdades positivas, reais e concretas. Do contrário, *restariam comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional, motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público.*

Certo é que não é atribuição típica do Judiciário formular e implementar políticas públicas, no entanto, tal incumbência pode lhe ser atribuída, excepcionalmente, se e *quando*, os órgãos estatais competentes, se omitirem, injustificadamente, comprometendo a efetividade de direitos individuais ou coletivos.

O Ministro Relator alertou ainda, que não deixou de conferir o relevo da alegação da reserva do possível e da onerosidade das implementações dos direitos sociais, cujo adimplemento implica prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais ou coletivas. Com efeito, se, de fato, objetivamente, fosse comprovada a inexistência de recursos públicos, não se poderia exigir do Estado a efetivação de um direito, vejamos os termos do voto nesse sentido:

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Entretanto, deixou claro que a alegação do Município de não ter recursos disponíveis não pode ser leviana, artificial, criada como obstáculo indevido à efetivação de direitos fundamentais, e, o sendo, deve ser desconsiderada:

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o

estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Assim, concluiu que a reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Poder Público, com a finalidade deste exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos fundamentais.

Isso ocorre porque, o Administrador Público está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal, e sua omissão neste sentido é passível de responsabilização. Sua discricionariedade, nestes casos, é mínima, não contemplando o não-fazer.

Com efeito, é bastante limitada a discricionariedade governamental quando o tema for a concretização de políticas públicas como medidas de efetivação de direitos constitucionais fundamentais, pois o Administrador Público está vinculado, como se disse, à Constituição e às regras infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, à finalidade do bem-estar e da justiça sociais.

Não há que se falar, como argumentado pelo Município agravante, que há discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência da implementação de políticas públicas da ordem social. Cabe ao Poder Público sempre priorizar a escolha pela implementação desses direitos, o que seja objeto de controle da população, do Tribunal de Contas e do Judiciário. *Cabe ao Juiz dar concretude à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo e a margem de discricionariedade do mesmo, verificando se o ato contraria sua finalidade constitucional.*

Os ditames da Carta Política, notadamente no que pertine à concretização de direitos da ordem social, representam fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes federados, cujas opções não podem ser exercidas de modo a comprometer a efetividade desses direitos, apoiados na conveniência e oportunidade. A liberdade de conformação do ato administrativo, em temas

relacionados à implementação de direitos sociais, está vinculada ao postulado da supremacia da Constituição.

Por fim, tratando especialmente do tema discutido na ação, qual seja, a educação infantil, o Ministro Relator destaca o caráter de fundamentalidade, impregnado nesse direito, que autoriza a adoção, pelo Judiciário, de provimentos jurisdicionais que viabilizem a concreção dessa prerrogativa constitucional, mediante a utilização, até mesmo, quando for o caso, de medidas extraordinárias que se destinem a tornar efetivo o atendimento dos direitos prestacionais que congregam os valores inerentes à dignidade da pessoa humana, como é o caso da educação fundamental.

As razões ora comentadas convenceram, assim, o Relator e toda a Segunda Turma do STF pela procedência da pretensão recursal deduzida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, pelo que, negaram provimento ao agravo regimental interposto pelo Município de Santo André, mantendo a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

Percebe-se, com a análise dessa decisão, que o Judiciário demonstrou qual deve ser o seu papel no Estado Social e Democrático de Direito em defesa da efetividade da cidadania e dos direitos públicos subjetivos. Um papel não só de solucionador de demandas no caso concreto, mas, também, de garantidor de direitos, de criador do Direito, de instrumento importante para a evolução da ciência jurídica, de efetivador da justiça distributiva e equitativa, e de protetor dos direitos fundamentais.

Neste sentido têm-se, também, como exemplo, as seguintes decisões já proferidas no âmbito da Suprema Corte: AI 455.802/SP, Rel. Min. Marco Aurélio; AI 475.571/SP, Rel. Min. Marco Aurélio; RE 401.673/SP, Rel. Min. Marco Aurélio; RE 402.024/SP, Rel. Min. Carlos Velloso; RE 411.518/SP, Rel. Min. Marco Aurélio.

c) Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 319-4 – DF – STF

Em seguida, analisa-se o inteiro teor do Acórdão, lavrado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 319-4 – DF, em 03/03/1993, com votos dos Ministros Moreira Alves, Marco Aurélio, Celso de Melo, Sepúlveda Pertence, Paulo Brossard e

Octávio Gallotti, em que foi julgada, por maioria de votos, procedente em parte a ação.

Nesta ação é possível perceber como a Corte Constitucional Brasileira tem decidido, diante de casos concretos, com vistas à realização do direito ao bem-estar e do desenvolvimento econômico, conciliando os dois regimes do Estado dualista, quais sejam: o da democracia liberal com o da democracia social.

A ação, movida pela Confederação Nacional dos estabelecimentos de Ensino (CONEFEM), argüia a inconstitucionalidade da Lei nº 8.039/90, que dispunha sobre o limite ao reajuste de mensalidades das escolas particulares. No entanto, o entendimento majoritário da Suprema Corte foi pela constitucionalidade da lei, posto que nela o Estado estava exercendo seu dever de proteger o acesso ao ensino, que é direito de todos, e, intervindo na esfera econômica da livre iniciativa, levando em consideração o princípio da proteção do consumidor.

Em trecho da ementa, que conclui pela inexistência de inconstitucionalidade na Lei nº 8.039/90, tem-se que:

Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros. **Não é, pois, inconstitucional a Lei 8.039**, de 30 de maio de 1990, pelo só fato de ela dispor sobre critérios de reajuste de mensalidades das escolas particulares. (grifo nosso)

De fato, com a Lei nº 8.039/93, o Estado estava mostrando sua feição social, evitando o aumento arbitrário dos lucros das escolas, que além de ser nocivo ao desenvolvimento, estava em desconformidade com os ditames do bem-estar e da justiça sociais, valores constitucionalmente assegurados.

A jurisdição, enquanto sistema constitucional de solução de demandas (lides), não se presta, no Estado contemporâneo a, apenas, dizer o direito. Em verdade, a ela cabe interpretar sistematicamente as normas constantes do ordenamento jurídico, suprimindo lacunas legais, declarando inconstitucionalidades, enfim, numa atividade de

criação do próprio direito. Ademais, nas palavras de Orlando Gomes (2003), a função judiciária constitucional deve concorrer para a humanização do Direito:

Se a função judiciária é também contribuir para o progresso do Direito, tirando da flexibilidade das leis todo o partido para adapta-las às novas realidades que vão surgindo, então, os magistrados podem e devem concorrer, sob a inspiração do Direito, mas, igualmente, para a “estabilização das transformações sociais”. [...] O poder dos Juizes de rejuvenescer as leis “consiste em fazê-las viver segundo as exigências do tempo presente”. Numa sociedade em transformação, eles não devem ser a *viva vox legis*. Impõe-se que sejam *viva vox juris*. (GOMES, 2003, p. 114-115)

Portanto, a decisão ora comentada ratifica o que foi trazido neste estudo, no sentido de que o objetivo fundamental da interpretação integrada e harmônica das Ordens Constitucionais Econômica e Social é a concretização do valor da dignidade da pessoa humana, e que, a jurisdição, enquanto sistema constitucional de solução de demandas, deve, afastar a norma que contrarie a sistemática constitucional, norma fundamental de caráter político, econômico e social do Estado.

Neste sentido, interessante destacar também, trecho do voto de vista do Ministro Marco Aurélio que, ao examinar o caso, asseverou:

Não obstante, a **Constituição é um grande sistema** e, assim, no trato das diversas matérias merecedoras da estatura constitucional, teve-se presente o **alicerce maior**, ou seja, a base revelada pela escolha política e que distingue a República Federativa do Brasil como um estado Democrático de Direito, para não fugirmos a letra expressa da Lei Máxima.

A dignidade da pessoa humana muito tem a ver com a educação. Daí ser este direito de todos e dever do Estado e da família, sendo promovida e incentivada com a colaboração da sociedade (art. 205, CF/88), assegurando-se a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, a liberdade de atuação no aprendizado, no ensino, a pesquisa, na divulgação do pensamento, da arte e do saber, o pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino, a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, a valorização dos profissionais do ensino, a gestão democrática do ensino público, na forma da lei, e a garantia de padrão de qualidade. [...] **Mais do que justificada é a posição atribuída ao Estado, quer em relação ao dever de proporcionar, gratuitamente, o próprio ensino, quer no tocante à edição de normas gerais disciplinadoras da educação nacional** e autorização e avaliação da respectiva qualidade. (grifos nossos)

Com efeito, o direito à educação é direito social de todos, indissociável ao valor da existência digna, sendo dever do Estado promovê-la e incentivá-la, com a

colaboração da sociedade, e visando ao desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205, CF/88).

Desta forma, constitucional é a regulação estatal da atividade privada de exploração do ensino, desde que esta não seja arbitrária e esteja em conformidade com os princípios constitucionais gerais da atividade econômica e visem como fim a realização da justiça social (art. 170, CF/88). Afinal, os estabelecimentos de educação, como todos os estabelecimentos em geral que explorem atividade econômica estão sujeitos aos imperativos e restrições impostas pela Constituição.

Assim, a jurisdição, como foi exercida nesta decisão ora discutida, atingiu ao escopo principal de dirimir os conflitos oriundos da vida em sociedade, aplicando normas abstratas a cada caso concreto, realizando, com o maior grau de objetivação possível o ideal de justiça.

Por fim, sendo que o *Direito Positivo pressupõe a Justiça como condição de sua legitimidade e a Justiça põe o Direito Positivo como condição de sua realizabilidade* (REALE, 2001, p. 92), a justiça social, enquanto fim a ser alcançado pelo ordenamento jurídico, poderá condicionar os meios para ser efetivada. Acertada a decisão do STF, apesar do esperado inconformismo da CONEFEM.

d) Recurso Especial 353.147 – DF – 2ª Turma - STJ

Por fim, analisa-se o inteiro teor do Acórdão, lavrado no Recurso Especial 353147 – DF – 2ª Turma - Rel. Min. Franciulli Netto – DJU 18.08.2003 – p. 00187, com votos das Ministras Eliana Calmon e Laurita Vaz, e dos Ministros Paulo Medina e Francisco Peçanha Martins, em que acordaram os Ministros da Segunda Turma do STJ, por maioria, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, vencida a Ministra Eliana Calmon.

Trata-se de uma ação de mandado de segurança contra ato praticado pelo Senhor Secretário de Assistência à Saúde, do Ministério da Saúde, consubstanciado na negativa de prestação de auxílio financeiro para a continuação de tratamento médico em Cuba, já iniciado por força de decisão judicial. No recurso especial, interposto

com fulcro no art. 105, III, a, da CF/88, o Recorrente pleiteava que o Judiciário determinasse que o Estado continuasse a custear seu tratamento de doença (retinose pigmentar – cegueira) no exterior (Cuba), recomendado por médicos brasileiros, em razão do direito à saúde ser um direito social fundamental e dever do Estado assegurá-lo. Vejamos o inteiro teor da ementa:

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. TRATAMENTO DE DOENÇA NO EXTERIOR. RETINOSE PIGMENTAR. CEGUEIRA. CUBA. RECOMENDAÇÃO DOS MÉDICOS BRASILEIROS. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. DEVER DO ESTADO.

O Sistema Único de Saúde pressupõe a integralidade da assistência, de forma individual ou coletiva, para atender cada caso em todos os níveis de complexidade, razão pela qual, comprovada a necessidade do tratamento no exterior para que seja evitada a cegueira completa do paciente, deverão ser fornecidos os recursos para tal empresa. Não se pode conceber que a simples existência de Portaria, suspendendo os auxílios-financeiros para tratamento no exterior, tenha a virtude de retirar a eficácia das regras constitucionais sobre o direito fundamental à vida e à saúde. *"O ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo"* (Ives Gandra da Silva Martins, in "Caderno de Direito Natural – Lei Positiva e Lei Natural", n. 1, 1ª edição, Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985, p. 27). Recurso especial provido.

Com efeito, a decisão pautou-se no atendimento e cumprimento da Constituição, notadamente das premissas constantes nos art. 196 a 200, do Título VIII - Da Ordem Social, que contempla direitos sociais, intransferíveis, inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis.

Neste sentido, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido individual e coletivamente, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Por outro lado, a promoção do direito à saúde, de acordo com as termos decididos rompe as barreiras territoriais do Estado nacional. Todos os entes federados (União, Estados e Municípios) são solidariamente responsáveis pela assistência integral à saúde no Brasil, podendo qualquer deles ser demandado em juízo para tornar efetivo o acesso ao direito social à saúde. E, frise-se, essa proteção constitucional

não se restringe, apenas, ao tratamento da doença quando instalada, mas, sobretudo, à implantação de políticas públicas sociais e econômicas de prevenção e manutenção da saúde.

O argumento contrário ao atendimento da pretensão do paciente por parte do Poder Público foi a existência de uma Portaria proibindo tal concessão, não a ausência de recursos para tal prestação.

Entretanto, dizer que o SUS está impedido de custear o tratamento no exterior como pleiteado, em razão da existência de uma Portaria Ministerial que suspende os auxílios-financeiros para esse tipo de tratamento, não pode vingar, posto que em flagrante choque com a Carta Magna brasileira, que assegura como garantia fundamental o direito à vida e a saúde. Uma Portaria não tem a virtude, no ordenamento jurídico pátrio, de retirar a eficácia das normas constitucionais, ainda mais se tratando de norma jurídica de eficácia plena, como são os direitos sociais.

Ora, são de relevância pública as ações e serviços de saúde. Estes, no Brasil, integram um sistema único (SUS), organizado de acordo com as diretrizes: a) de descentralização, com direção única em cada esfera de governo; b) de atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e c) de participação da comunidade.

O Sistema Único de Saúde (SUS), criado pela CF/88, tem a finalidade de proporcionar acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde e é financiado através de recursos oriundos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do distrito Federal e dos Municípios (art. 198, §1º).

Assim, para que o direito constitucional à saúde seja plenamente concretizado, o Poder Público, através do SUS, deve fornecer todos os recursos necessários, sempre que requisitados, para atender, como firmado na decisão ora examinada, *cada caso em todos os níveis de complexidade*, razão pela qual deve fornecer não só medicamentos para debelar as enfermidades, como, também, comprovada a necessidade do tratamento fora do Estado nacional (no exterior), custeá-lo para todos que precisem, dentro dos limites orçamentários (reserva do possível).

Logo, não haveria, como não houve, argumentos no STJ para o não provimento do recurso especial, pelo menos, valendo-se de uma análise jurídica da pretensão resistida, da finalidade da jurisdição e da efetividade das normas constitucionais no Estado Social e Democrático de Direito.

Vale a pena transcrever, pela lucidez dos argumentos as palavras do Ministro Relator Franciulli Netto no seu voto. Vejamos:

As normas que promovem a garantia de direitos fundamentais não podem ser consideradas como programáticas [...] Destarte, defronte de um direito fundamental, cai por terra qualquer outra justificativa de natureza técnica ou burocrática do Poder Público [...] Deveras, como já ressaltado pelo ilustre Ministro José Delgado, ao julgar caso semelhante ao dos autos, em que se discutia o fornecimento de medicamentos a portadores do vírus HIV, o REsp n. 325.337/RJ, DJU de 3.8.2001, "***a busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo magistrado, de modo que o cidadão tenha, cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direitos privado, quer nas de direito público.***" (grifos aditados)

Assim, utilizando-se o raciocínio acima transcrito, conclui-se que a atuação do Poder Judiciário brasileiro realmente não deve titubear quando suscitado a garantir o direito reclamado em caso concreto, posto que impedido de negar a prestação jurisdicional pleiteada em virtude do princípio da inafastabilidade da jurisdição, e co-responsável estatal por fazer valer o desenvolvimento e o bem-estar, conforme os ditames da justiça social.

CONCLUSÃO

A complexidade com que se apresenta hoje a realidade mundial e, particularmente, a brasileira, parecem apontar para a falta de saídas. Tantas são as desigualdades sociais, tamanha é a exploração do homem pelo homem e do planeta pelos homens, enormes são as injustiças e o descrédito nos governos, que o desânimo e a desesperança parecem ser o único convite viável.

De fato, a história mudou, a sociedade mudou, o homem mudou, portanto, é preciso um Estado e um direito também mudados, com novas dimensões, perspectivas e possibilidades.

Todavia, um Brasil e um Judiciário novos só surgirão com novas idéias, que mudem a consciência das pessoas: que transformem o brasileiro por dentro. Mas a idéia do *novo*, não pode estar somente ligada à novidade. Isso não seria capaz de mudar o quadro existente. Têm de ser idéias realmente comprometidas com o coletivo, com o social, com o democrático. Mas, como conseguir isso?

Na inserção do indivíduo no relacionamento, na comunidade, no grupo, porque ninguém se liberta sozinho. Com efeito, somente no grupo, pode ser dado início ao processo de libertação.

Por isso, o caminho para se construir um Brasil e um mundo novo passa pelo indivíduo que se torna pessoa através do grupo. Lá ele toma consciência do que é e do que precisa ser.

Daí se conclui que as mudanças necessárias não virão de cima. De cima se pode até ter uma visão mais global da realidade, mas, jamais, a completa. Somente quem está no seu seio pode dizer como ele é e tentar mudá-lo.

Todavia, essa mudança não deve acontecer por meio da violência e da força, pois isso nada constrói, pelo contrário, a história está cheia de exemplos de que a truculência destrói o que se pretende criar, seja quando tenta impor as transformações necessárias, seja quando procura manter privilégios, seja quando utilizada para repressão ou eliminação de oposição⁹⁰. A reação à ditadura militar brasileira forneceu exemplos dos que a enfrentaram pela música ou pelas armas. Ambas permaneceram na memória brasileira, uma contribuindo para o cancionário, outra para o historiador, ainda que, muitas vezes, com a violência terminou-se fazendo o que se lutava para acabar, ou seja, usando-se a injustiça para combater a o que se achava injusto.

Assim, a saída para se construir o *novo*, embora demorada, só se dará pela transformação e conscientização das pessoas inseridas na comunidade. É através da infra-estrutura comunitária ou grupal que acontecerão as mudanças que se fazem necessárias, inclusive estruturais. Só a consciência participativa poderá criar novas e melhores condições de vida no planeta. Só com essa consciência mais comunitária e menos individualista é que poderão ser efetivamente respeitados os direitos humanos.

A sociedade é o espaço cultural onde os homens vivem. Portanto, nesse espaço há um universo de possibilidades, alternativas e opções, como já demonstra a física quântica.

⁹⁰ Não se pode esquecer da violência utilizada na tortura que se instalou nos porões das ditaduras, principalmente da brasileira, como ferramenta eficiente de trucidamento e eliminação de opositores do regime militar. O Brasil foi especialista no assunto e deu aulas de tortura de presos políticos a outras ditaduras latino-americanas. Uma nódoa na história nacional, que contém relatos de mentiras, farsas, notícias plantadas na imprensa, crueldades e monstruosidades impressionantes e inacreditáveis, como o caso da morte macabra de Bacuri, após 109 dias de sua prisão. A violência mutilou a nação e manchou para sempre as páginas da história do Brasil.

A jurisdição é um dos recortes feitos dentro desse universo, sendo os outros recortes a função executiva e a função legislativa. Portanto, a função jurisdicional foi uma opção política/constitucional que a sociedade fez, reduzindo as possibilidades existentes em seu universo.

Como sistema constitucional de solução de demandas judiciais, concebido com a finalidade original de *dizer o direito*, a jurisdição, surgiu do afastamento da autotutela, quando o Estado transferiu ao Poder Judiciário esta função estatal, numa forma de heterocomposição de conflitos.

A jurisdição, assim, é a atividade do juiz de interpretar e aplicar normas abstratas a cada caso concreto, numa verdadeira atividade de construção do direito - que se apresenta através de uma linguagem de textura aberta, e, por isso, imprescindível ser interpretado antes de aplicado.

Não podendo mais ser resolvidos os conflitos através da autocomposição, maior prestígio ganhou a jurisdição, tornando o seu acesso e sua inafastabilidade mais que um direito, uma garantia do cidadão em face do Estado.

E, tratando-se do Brasil, o *papel* da jurisdição constitucional tem maior amplitude ainda, posto que não há divisão dos conflitos: o magistrado tudo julga, sejam os conflitos de direito público sejam os de direito privado, sejam as demandas que não estão fundadas em conflitos, mas que lhe sejam submetidas.

Além disso, em atenção ao princípio dispositivo, garantindo a inércia do juiz, este, representante do poder-função jurisdicional, não pode tomar a iniciativa; tem que ser provocado, mas, quando provocado, tem de atuar da melhor forma possível resolvendo a demanda entre as partes no processo e, também, oferecendo à sociedade a resposta que precisa ouvir.

E, essa atuação terá de ser sempre com vistas à realização do bem-estar social e do desenvolvimento, ainda mais diante do mundo globalizado. Sendo que o bem-estar deve incluir condições materiais e espirituais dos indivíduos coletivamente

considerados, necessárias ao exercício de uma vida digna e livre, sem o que resta prejudicado o próprio sentido da vida em sociedade, pois a cooperação entre animais da mesma espécie visa, em essência, objetivos comuns. E que o desenvolvimento que se pretende não é só um processo econômico, mas, uma verdadeira mudança estrutural do Estado que engloba aspectos econômicos, sociais, culturais, políticos e jurídicos, e que visa o incremento do bem-estar de todos os indivíduos.

Os direitos ao bem-estar e ao desenvolvimento são direitos humanos, públicos subjetivos, dos quais todos os homens são titulares, ao mesmo tempo, individual e coletivamente e que, portanto, na qualidade de responsáveis pelo seu respeito e efetivação, devem participar ativamente tanto da luta para sua construção, quanto da distribuição eqüitativa dos benefícios resultantes da implementação desses direitos, que não podem estar dissociados de padrões de sustentabilidade e de preservação ambiental. Por isso, todo cidadão pode exigir de outro e do Poder Público, inclusive judicialmente, a satisfação desses direitos.

De fato, na ótica do Estado Contemporâneo a importância social da jurisdição ganha maior peso, posto que a herança da modernidade para os cidadãos e, conseqüentemente, para o direito, consubstancia-se na possibilidade de existência de direitos públicos subjetivos exercitáveis contra o Estado e contra outros particulares. Assim, os conflitos podem se dar entre o particular e o Poder Público: o cidadão pode exigir judicialmente a tutela de direitos subjetivos (como o direito ao bem-estar e ao desenvolvimento), que se incorporaram ao seu patrimônio jurídico, e que estão previstos no Brasil através de normas jurídicas constitucionais, portanto dotadas de força cogente e eficácia plena.

Porém, ainda que exigível judicialmente, a tutela desses direitos públicos subjetivos deve ser feita com responsabilidade e razoabilidade, ou seja, levando-se em conta os créditos do cidadão titular do direito frente ao Estado, o caráter prioritário dos mesmos em face da realização de outros direitos e do mesmo direito para os outros cidadãos, bem como considerando a finitude de recursos econômicos e não-econômicos que podem estar envolvidos na questão da implementação do direito discutido (como é o caso de necessidade de transplantes).

Os recursos econômicos devem ser considerados, simplesmente, porque são limitados em todo o mundo. Contudo, considerando o Brasil, seu potencial e riquezas naturais, pode-se concluir que existem recursos e riquezas suficientes para implementação das políticas públicas prioritárias, bastando que sejam bem direcionadas, distribuídas e fiscalizadas, devendo, portanto, o argumento da reserva do possível e da escassez de recursos ser analisado com muito cuidado pelo Judiciário, quando efetuar o controle das políticas públicas, para que, esta não seja mais uma desculpa ou escudo para o não-atendimento das determinações constitucionais, legais e morais. A escassez dos recursos deve servir, sim, para que o Estado saiba planejar e eleger as políticas públicas prioritárias.

Atento para todos esses fatores o Judiciário estará perfeitamente apto a exercer sua função de garantidor dos direitos do cidadão, notadamente os de cidadania mínima, que permitirão o indivíduo exercer *plenamente* sua liberdade, sem invadir a competência de outro poder nem quebrar o pacto da separação de poderes.

Portanto, através da interpretação da norma constitucional, a tutela aos direitos subjetivos pode/deve ser prestada jurisdicionalmente, ainda que isto implique na realização do controle jurisdicional sobre a legalidade e a constitucionalidade dos gastos públicos e das políticas públicas, podendo o Judiciário determinar, se for o caso, e se tiver sido provocado, a anulação do ato administrativo ou da política pública, preservando a integridade do direito violado; a implementação de certa política pública; e, até, a determinação da observância pelo Poder Público da prioridade escolhida pelo ordenamento, fazendo prevalecer sempre o pacto constitucional e o interesse coletivo prioritário.

Dessa maneira, não se pode aceitar mais uma jurisdição que não seja compreendida como um serviço estatal e como um direito do cidadão, serviço este que seja criativo não repetitivo e automatizado; atuante, não omissivo e ausente; que valorize sua história e a do ser humano; que seja parte das decisões fundamentais que envolvem questões políticas, sociais e econômicas de seu Estado; que concretize através do desempenho de sua função estatal o bem-estar social e o desenvolvimento.

Esse novo modelo de jurisdição tem que ter como espinha dorsal uma visão integral e global da pessoa humana, da sociedade e do desenvolvimento, com objetivos que vão além de decidir demandas, que rumam para a liberdade, a igualdade e a justiça social.

Com efeito, essa nova perspectiva de jurisdição só terá lugar num novo Estado do bem-estar e do desenvolvimento, que proporcione mais estabilidade à economia, mas que dê, também, mais condições de emprego aos milhares de desempregados, educação aos milhares de analfabetos, saúde aos milhares de doentes, além de moradia digna, etc.

Deve ser um Estado que deixe de ser concentrador de renda para favorecer a todos aqueles que produzem; que deixe de ser excludente para se tornar abrangente; que deixe de ser dependente para poder trilhar seu próprio caminho.

Deve ser um Estado onde o desenvolvimento seja integral, humanizado e sustentável, pois não se pode mais aceitar que o econômico se separe do humano, do social e do ambiental.

Assim, a jurisdição, enquanto sistema constitucional de solução de demandas, dada à magnitude do Estado de Direito e em face da globalização e da autonomia dos Estados Nacionais pode e deve desincumbir-se de sua missão de realizar o desenvolvimento da sociedade e o bem-estar, promovendo a harmonia social.

Ademais, pode e deve a jurisdição, para garantir a cidadania mínima, o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, efetuar o amplo controle da Administração Pública quanto à legalidade, economicidade, moralidade, publicidade, eficiência e legitimidade dos atos administrativos e das políticas públicas.

Diante desse quadro, a jurisdição exercida *ainda* por seres humanos (magistrados) não deve perder de vista que toda norma constitucional possui eficácia; que as normas constitucionais que promovem as garantias fundamentais não podem ser consideradas programáticas, portanto, devem ter aplicação plena e imediata; que o direito ao bem-estar é um direito subjetivo público, assim como o direito ao

desenvolvimento; que a promoção do bem-estar e do desenvolvimento transcende a repartição de competências própria do regime federativo e, que a globalização é um processo intangível, no qual o grande desafio é filtrar, ou pelo menos, amenizar os seus efeitos nocivos, notadamente naquilo que for de encontro à proposta de efetivação do Estado Democrático de Direito e de realização dos princípios da dignidade da pessoa humana e da justiça social.

Pode ser uma utopia a construção desse Estado, mas o que foi demonstrado no trabalho, notadamente com a análise das decisões em caso concreto, é que isso já é possível, e que o embrião das mudanças só precisa ser regado para germinar e florescer a partir das bases, das pequenas coisas, da consciência de cada um. *Afinal, quando apenas uma pessoa sonha, nada acontece; mas quando todos sonham, tudo pode acontecer. Oxalá! Tomara!*

REFERÊNCIAS

LIVROS E ARTIGOS PUBLICADOS EM LIVROS:

AGUILLAR, Fernando Herren. Direito econômico e globalização. In: **Direito Global**. Coordenadores: SUNDFELD, Carlos Ari, VIEIRA, Oscar Vilhena. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 3.ed. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

ALVES, Moreira, RIBEIRO, Eduardo, TEIXEIRA, Sálvio. O poder judiciário na nova Constituição. In: XAVIER, Alberto, et al. **A nova ordem constitucional: Aspectos polêmicos**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v.I.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003.

ARAÚJO, Luiz David. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

_____. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ARRUDA, José Jobson de A. **História moderna e contemporânea**. 28. ed. São Paulo: Ática, 1996.

_____. **História antiga e medieval**. 18. ed. São Paulo: Ática, 1996.

ARS, Dom Paulo Evaristo. **Brasil nunca mais**. 20.ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria da Constituição**. São Paulo: Resenha Universitária, 1979.

BARBOSA, Ruy. **Comentários à constituição federal brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1932, v. II.

BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva (Organizador). **Constituição Federal vista pelo STF**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito econômico brasileiro**. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BETTI, Emílio. **La interpretacion de las leyes y actos jurídicos**. Madri: ERDP, [s.d].

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOAVENTURA, Edivaldo. Desenvolvimento e Crescimento. In: **Revista da Associação Comercial da Bahia**. Salvador: Revista da Associação Comercial da Bahia, 1967.

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

_____. **O conceito de sociedade civil**. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. O Poder Judiciário e o parágrafo único do art. 1º da Constituição do Brasil. In: **VI Jornada Teixeira de Freitas: unidade do sistema jurídico e identidade latino-americana**. [s.l.]: [s.e.], [s.d.], p. 17-47.

_____. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRITO, Edvaldo. **Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico**. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

_____. As normas econômico-financeiras e o controle do Poder Judiciário. In: **Aspectos constitucionais e econômicos do sistema financeiro**. São Paulo: IBCB, 1997, p. 41-44.

_____. Aspectos da Tutela da Concorrência no Estado Dualista do Bem-Estar e do Desenvolvimento. In: MARTINS, I. G. S.; NALINI, J. R. (Orgs.). **Dimensões do Direito Contemporâneo: estudos em homenagem a Geraldo Vidigal**. São Paulo: IOB, 2001, p. 241-252.

_____. Ato de Concentração. In: COSTA, M.; MENEZES, P. L.; MARTINS, R. G. S. (Coords.). **Direito Concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 29-42.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, v. I.

CADIER, Christophe Yvan François. **O Brasil e a globalização dos mercados financeiros**. In: Direito Global. Coordenadores: SUNDFELD, Carlos Ari, VIEIRA, Oscar Vilhena. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 279-285.

CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil: estudos sobre o processo civil**. Campinas: Bookseller, 1999, v. I.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, v. I

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Teoria do direito e globalização econômica**. In: Direito Global. Coordenadores: SUNDFELD, Carlos Ari, VIEIRA, Oscar Vilhena. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 77-92.

CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza. RODRIGUES NETO, Sílvia Marina L. Batalha de. **O poder econômico perante o direito**. 1. ed. São Paulo: LTr, 1996.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. São Paulo: Cultrix, 2004.

_____. **A teia da vida**. São Paulo: Cultrix, 1996.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência: exposição didática: área do direito processual civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. Campinas: Servanda, 1999, v. I.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional didático**. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1998, v. I.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

COHEN, Marleide. **Juscelino Kubitschek: o presidente bossa-nova**. São Paulo: Globo, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. **Constitucionalismo ou neoliberalismo: o que interessa a quem?**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 21.

DELGADO, Ana Paula Teixeira. **O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização: paradoxos e desafios**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DIDIER, Fredie. **Direito Processual Civil**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DOWBOR, Ladislaw; IANNI, Octavio; RESENDE, Paulo Edgar (orgs.). **Desafios da globalização**. Petrópolis: Vozes, 1997.

DUARTE, Clarice Seixas. Direito público subjetivo e políticas educacionais. In: **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. Maria Paula Dallari Bucci (org). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 267-278.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DREIFUSS, René Armand. **A época das perplexidades: mundialização, globalização e planetarização: novos desafios**. Petrópolis: Vozes, 1996.

ECO, Umberto. **Interpretação e superinterpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. por J. Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Tratado de direito civil brasileiro: dos direitos subjetivos**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1941.

FARIA, José Eduardo. **Poder e legitimidade**. São Paulo: Editora Perspectiva, [s.d.].

_____. **A crise constitucional e a restauração da legitimidade**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1985.

_____. **A função social do judiciário**. São Paulo: Ática, 1989.

_____. **Direito e economia na democracia brasileira**. São Paulo: Malheiros, 1993

____. **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas.** São Paulo: Malheiros, 1996.

____. Globalização econômica e reforma constitucional. In: **Revista dos Tribunais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 86, v. 736, 1997, p. 11-19.

____. (Org). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça.** São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

____. **A ciência do direito.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito constitucional econômico.** São Paulo: Saraiva, 1990.

____. **Direitos humanos fundamentais.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FON, Antonio Carlos. **Tortura: a história da repressão política no Brasil.** 6.ed. São Paulo: Global, 1981.

FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito econômico.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade.** 13. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

FURTADO, Celso. **O longo amanhecer: reflexões sobre a formação do Brasil.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

GARCIA, Juvêncio Gomes. **Função criadora do juiz.** Brasília: Brasília jurídica, 1996.

GOMES, Orlando. **Direito e desenvolvimento.** Salvador: Publicações da Universidade Federal da Bahia, série II, n. 24, 1961.

____. **Direito econômico.** São Paulo: Saraiva, 1977.

____. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GORENDER, Jacob. **Combate nas Trevas - a esquerda brasileira: das ilusões perdidas a luta armada.** São Paulo: Ática, 1987.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: **Dos direitos humanos fundamentais**. Org. Willis Santiago Guerra Filho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 11-30.

_____. **Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: Introdução a uma teoria social sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. **Introdução ao Direito Processual Constitucional**. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.

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

_____. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

GUIMARÃES, Angélica. **Competência Municipal em matéria de licitação e contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

HABERMAS, Jurgen. **A ética e a questão da verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

_____. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. 2.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**. 2. ed. Trad. Por A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HEIDEGGER, Martin. **Sobre a essência da verdade**. [s.l.]: Livraria duas cidades, [s.d].

_____. **El ser e el tiempo**. México: Fonte de Cultura Econômica, 1951.

HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HIRST, Paul. **Globalização em questão: a economia internacional e a possibilidade de governabilidade**. Petrópolis: Vozes, 1998.

HOFRE, Otfried. **Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

____. **A democracia no mundo de hoje**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

____. **Interpretação e estudos da Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1990.

HOBBSAWN, Eric. **A era dos extremos - o breve século XX (1914-1991)**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

____. **O novo século: entrevista a Antonio Polito**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

HOUAISS, Antonio e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

IANNI, Otávio. **A formação do estado populista na América Latina**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

JHERING, Rudolf von. **A finalidade do direito**. Trad. por Heder K. Hofmann. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. por Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006.

KELSEN, Hans. **O que é justiça**. Trad. por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

____. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KOSHIBA, Luiz, PEREIRA, Denise Manzi Frayze. **História do Brasil**. 5. ed. São Paulo: Atual, 1987.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. por Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LEAL, Rogério Gesta. **O estado-juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LLOID, Dennis. **A idéia de lei**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUNO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, estado de derecho y Constitución**. 2. ed. [s.l.]: Tecnos, [s.d.].

MACEDO Jr., Ronaldo Porto. Globalização e direito do consumidor. In: **Direito Global**. Coordenadores: SUNDFELD, Carlos Ari, VIEIRA, Oscar Vilhena. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 225-239.

MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1993, v. 3.

MARINHO, Josaphat. **Direito, sociedade e Estado**. Salvador: Memorial das Letras, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **O sistema legal e judiciário brasileiro**. São Paulo: LTr, 2000.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1997, v. I.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1988, t. I.

MIRANDA (b), Pontes. **Sistema de ciência positiva do direito**. Atualizador Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000, t. I.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2005, v. I.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Trad. por Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES(b), Germana de. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2.ed. São Paulo: Dialética, 2004.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **A justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NEUMANN, Laurício, DALPIAZ, Oswaldo. **Realidade brasileira**. 3. ed. Petrópolis: vozes, 1986.

NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

____. **A interpretação judicial do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NOSSO FUTURO COMUM. Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1988.

OHMAE, Kenichi. **O fim do Estado-nação**. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Portugal: Edições 70, 1999.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004.

PAZZINATO, Alceu Luiz, SENISE, Maria Helena Valente. **História moderna e contemporânea**. 11. ed. São Paulo: Ática, 1997.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Controle judicial da administração pública: da legalidade estrita à lógica razoável**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Globalização. In: **Direito Global**. Coordenadores: SUNDFELD, Carlos Ari, VIEIRA, Oscar Vilhena. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 195-208.

PIMENTA, Paulo Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PRODI, Paolo. **Uma história da justiça: do pluralismo dos foros ao dualismo moderno entre consciência e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

QUEIROZ, Cristina M.M. **Os actos políticos no estado de direito: o problema do controle jurídico do poder**. Coimbra: Livraria Almedina, 1990.

RAWLS, John. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

____. **Uma teoria de justiça** São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RESTIFFE, Lauro Paiva. **Jurisdição, inação e ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

ROBLES, Gregório. **El Derecho como texto: cuatro estudios de Teoría Comunicacional del Derecho**. Madri: Civitas, 1998.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 31-51.

_____. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROCHA(a), Fernando Luiz Ximenes. Direitos fundamentais na Constituição de 1988. In: **Os 10 anos da Constituição Federal: temas diversos**. Coord. Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 1999, p. 31-56.

ROSA, Antonio José Miguel Feu. **Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. por Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2000.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. **Direito Constitucional – Instituições de direito público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

RUSSEL, Bertrand. **Ética e política na sociedade humana**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977.

SANTAELLA, Lúcia. **Teoria geral dos signos: como as linguagens significam as coisas**. São Paulo: Pioneira, 2000.

SANTANA, Heron. Meio ambiente e reforma tributária: justiça fiscal e extrafiscal dos tributos ambientais. In: **Revista de Direito Ambiental**, ano 9 jan-mar/2004, nº 33, pp. 9-32. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS, Boaventura de Souza. O estado e o direito na transcrição pós-moderna: para um novo senso comum. In: **Revista Humanidades**, UNB, v. 7, nº 3, 1991, p.19-42.

SANTOS(a), Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998.

SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade do estado intervencionista**. São Paulo: Saraiva, 1990.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte burguesa**. Trad. por Aurélio Wandler Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

SKIDMORE, Thomas E. **Brasil: de Getúlio a Castelo (1930-1964)**. Rio de Janeiro: Saga, [s.d].

_____. **O Brasil da década de 70**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

SILVA, César Augusto da. **O direito econômico na perspectiva da globalização: análise das reformas constitucionais e da legislação ordinária pertinente.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA(a), José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

____. **Curso de direito constitucional positivo.** 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA(b), Ovídio Batista. **Curso de processo civil.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional.** 1. ed. São Paulo: LTr, 1999.

____. **Direito constitucional econômico.** São Paulo: LTr, 2001.

____. **Curso de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico.** 4. ed. São Paulo: LTr, 1999.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRUCHINER, Noel. **Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao Direito.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STURZENEGGER, Luiz Carlos. As normas econômico-financeiras e o controle do Poder Judiciário. In: **Aspectos constitucionais e econômicos do sistema financeiro.** São Paulo: IBCB, 1997, p. 55-62.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TAMER, Sergio Victor. **Atos políticos e direitos sociais nas democracias: um estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia judicial dos direitos sociais.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A criação e realização do direito na decisão judicial.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico.** Trad. por José Antunes Engrácia. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenbian, 1989.

TIBÚRCIO, Carlos, MIRANDA, Nilmário. **Dos filhos deste solo.** São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1999.

TOURAINÉ, Alan. **Crítica da modernidade**. Petrópolis: Vozes, 1994.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO, GABINETE DA REVISTA. **A constituição na visão dos tribunais: interpretação e julgados artigo por artigo**. Brasília: Saraiva, 1997, v. 3.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Direitos humanos e meio-ambiente**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. 2.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

WAMBIER, Luis Rodrigues (coord). **Curso avançado de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. I.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao estudo do Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994.

DISSERTAÇÕES:

CASTRO, Celso Luiz Braga de. **Desvios de conduta da Administração Pública**. Mestrado em Direito Público – UFBA, 2000.

LINS, Emmanuela Vilar. **As dimensões da vulnerabilidade humana: como condição, como característica e como princípio bioético-jurídico**. Mestrado em Direito Privado – UFBA, 2007.

PAUPÉRIO. Leonardo Tochetto. **A cidadania mínima: relação jurídico-constitucional da extinção da fome e do alívio voluntário da dor**. Mestrado em Direito Público – UFBA, 2005.

ARTIGOS ELETRÔNICOS:

COLLAÇO, Maria Heliadora do Vale Romeiro. Do direito ao desenvolvimento. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 521, 10 dez. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina>. Acesso em: 22/01/2008

IPPÓLITO, Rita Marasco. Efetivação dos direitos fundamentais sociais. **Jus Navigandi**, Pelotas, ano 4, n. 71, 21 dez. 2003. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina> . Acesso em: 02/07/2006

LIMA, George Marmelstein. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina> . Acesso em: 02/07/2006

Al Gore e IPCC ganham o Prêmio Nobel da Paz. Disponível em: <http://www1.folha.oul.com.br/folha/ambiente> Acesso em: 12/10/2006

A cruzada de Al Gore contra o efeito estufa. Disponível em: <http://www.terra.com> Acesso em: 20/10/2006

Protocolo de Quioto. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Protocolo_de_Quioto Acesso em: 22/01/2008.

O clima mudou, e você? Disponível em: <http://www.miradaglobal.com.br> Acesso em 22/01/2008

Mudança climática e projeções. Disponível em: <http://www.miradaglobal.com.br> Acesso em: 22/01/2008

A outra face da crise do Estado do Bem-estar social: neo-liberalismo e os novos movimentos da sociedade do trabalho. Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP. Núcleo de Estudos de Políticas Públicas – NEPP. Caderno 13, 1990. Disponível em: <http://www.unicamp.br> Acesso em: 24/01/2008

ENTREVISTAS:

CARVALHO NETO, Joviniano Soares de. Sociólogo, advogado e cientista político. Entrevistado sobre aspectos históricos, políticos e sociológicos do Brasil, em 05/12/2007 e 28/01/2008.

DECISÕES:

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso Extraordinário 271.286-RS

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso Extraordinário 410.715-5-SP

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Ação Direta de Inconstitucionalidade 319-4-DF

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial 353.147-DF

FILMES:

Inimigo público. Produção: Darryl F. Zanuck. Direção: William Wellman. 1931.

Adorável vagabundo. Produção: Frank Capra. Direção: Frank Capra. 1941.

Sol é para todos. Produção: Alan J. Pakula. Direção: Robert Mulligan. 1962.

Quem somos nós. Produção: William Arntz e Betsy Chasse. Direção: William Arntz, Betsy Chasse e Mark Vicente. 2004.

Uma verdade inconveniente: um aviso global. Produção: Laurie David, Lawrence Bender, Scott Z. Burns. Direção: Davis Guggenheim. 2006.

MÚSICAS:

Cálice. Letra e Música de Chico Buarque.

João e Maria. Letra e Música de Chico Buarque e Sivuca.

Roda viva. Letra e Música de Chico Buarque.

A Banda. Letra e Música de Chico Buarque.

Noite dos Mascarados. Letra e Música de Chico Buarque.

Vai Passar. Letra e Música de Francis Hime e Chico Buarque.

Construção. Letra e Música de Chico Buarque.

Hino da Repressão. Letra e Música de Chico Buarque.

Carolina. Letra e Música de Chico Buarque.

Coração de Estudante. Letra e Música de Milton Nascimento.

Brasil. Letra e Música de Cazuza, George Israel e Nilo Romero.

Ideologia. Letra e Música de Cazuza, George Israel e Nilo Romero.