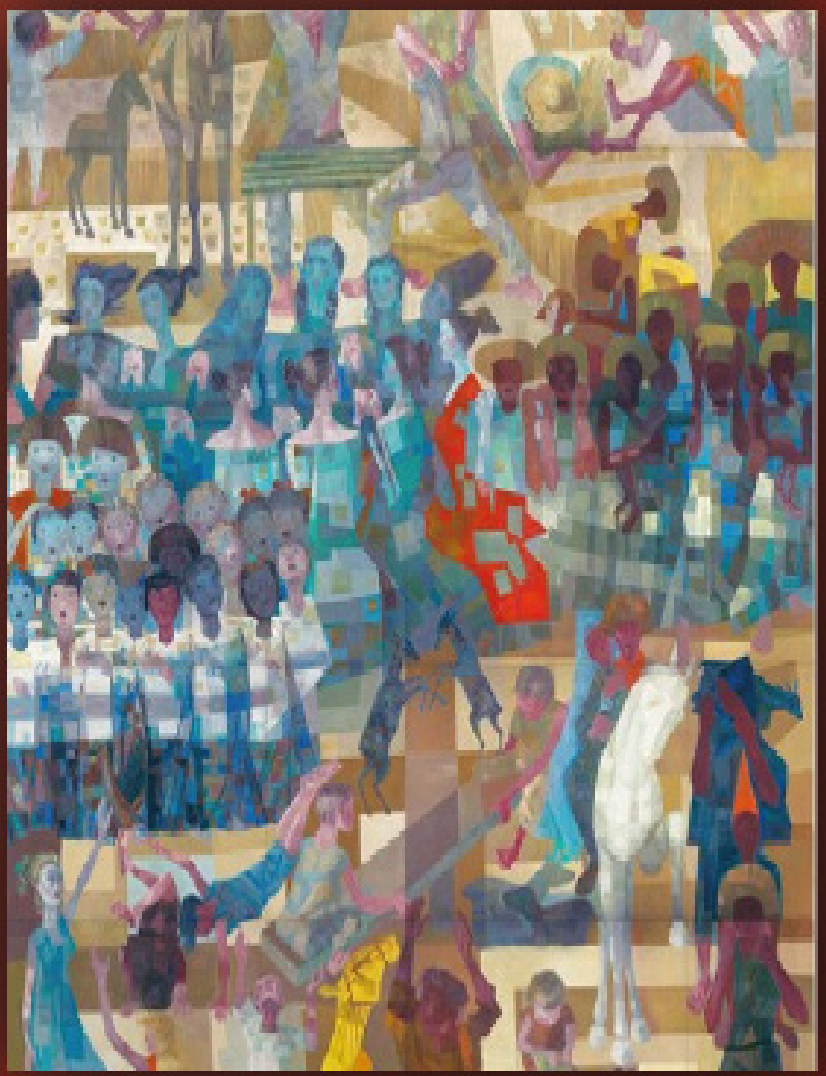
Organização
Renata Lourenço

SABERES JURÍDICOS: DIREITOS HUMANOS, TEORIA DA JUSTIÇA E MEIO AMBIENTE.



Guerra e Paz – Cândido Portinari – ONU

UNEMAT EDITORA

Organização

Renata Lourenço

SABERES JURÍDICOS: DIREITOS HUMANOS, TEORIA DA JUSTIÇA E MEIO AMBIENTE

2020

Editora Unemat
Editor: Maria José Landivar de Figueiredo Barbosa
Capa: Gabriel Guimarães Barbosa da Silva
Diagramação: Gabriel Guimarães Barbosa da Silva

Editora Unemat 2020

Conselho Editorial:
Judite de Azevedo do Carmo - Membro
Ana Maria Lima - Membro
Maria Aparecida Pereira Pierangeli
Célia R. Araújo Soares Lopes
Milena Borges de Morais
Ivete Cevallos
Jussara de Araújo Gonçalves
Denise da Costa Boamorte Cortela
Teldo Anderson da Silva Pereira
Carla Monteiro de Souza
Fabiano Rodrigues de Melo

SABERES JURÍDICOS: DIREITOS HUMANOS, TEORIA DA JUSTIÇA E MEIO AMBIENTE: Renata Lourenço.

CIP – CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

L892s Lourenço, Renata.
Saberes jurídicos: Direitos Humanos, Teoria da Justiça e Meio Ambiente / Renata Lourenço (org.). – Cáceres: Unemat Editora, 2020.
201. p.
ISBN - 978.85.7911.210.2
1. Direitos Humanos. 2. Justiça, Teoria. 3. Meio Ambiente. I. Título. II. Título: Direitos Humanos, Teoria da Justiça e Meio Ambiente.
CDU 34(81)

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Luiz Kenji Umeno Alencar - CRB1 2037.

Editora UNEMAT
Avenida Tancredo Neves nº 1095 - Cavalhada
Fone/fax: (0xx65) 3221-0023
Cáceres-MT – 78217-900 - Brasil
E-mail: editora@unemat.br

Todos os direitos reservados ao autor. É proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou de qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei nº9610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal. O conteúdo da obra está liberado para outras publicações do autor.

SUMÁRIO

Apresentação 005

Dedicatória 007

1ª Parte – Direitos Humanos e Neoliberalismo

Capitulo 1 - A METAFISICA DOS COSTUMES COMO SUBSÍDIO DE INSERÇÃO DA PRÓPRIA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANAE DAS SOCIEDADES
Marcelo Gasparini. 011

Capítulo 2 - OS DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E SUAS VIOLAÇÕES.
Mariele S. Canabarro Quinteiro. 019

Capítulo 3 - A REINSERÇÃO SOCIAL NO ATUAL SISTEMA JURÍDICO E PENITENCIÁRIO NACIONAL.
Hamilton Lobo Mendes Filho. 031

Capítulo 4 - A QUESTÃO INDÍGENA NO BRASIL: uma análise através da atuação da corte interamericana de direitos humanos no caso xakmok kasek versus paraguay.
Renata Lourenço. 039

Capítulo 5 - BEUCHOT, LUÑO, SEN, SILVA, SARLET E KANT UM DIÁLOGO SOBRE OS DIREITOS HUMANOS.
Rose Kelly Dos Santos Martínez Fernandez. 047

Capítulo 6 - EPISTEMOLOGIA, DIREITO E NEOLIBERALISMO.
Armando do Lago Albuquerque Filho. 055

2ª Parte- Teoria da Justiça e Cidadania

Capítulo 7 - AS POLÍTICAS PÚBLICAS E A JUDICIALIZAÇÃO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS.
Danilo Pires Atala. 075

Capítulo 8 - ALÉM DO CONTRATO SOCIAL DE POSIÇÃO ORIGINAL E VÉU DE IGNORÂNCIA: a justiça social por uma nova visão do desenvolvimento.
Marcelo Geraldo Coutinho Horn. 089

Capítulo 9 - REPRESENTAÇÃO POPULAR EM XEQUE: O DESPRESTÍGIO E AJUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL.
José Renato de Oliveira Silva. 099

Capítulo 10 - INFLUÊNCIA DA ONDA MUNDIAL DE REPRESENTAÇÃO DE INTERESSES DIFUSOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO
Paulo Henrique Salmazo de Souza. 109

Capítulo 11 - LEGITIMAÇÃO DAS AÇÕES COLETIVAS DE PROTEÇÃO DOS INTERESSES DIFUSOS: uma análise a partir da obra Acesso à Justiça, de Capelletti e Garth.
Jesus Vieira de Oliveira. 121

Capítulo 12 - A FÉ NA PALAVRA PÚBLICA E AS MANIFESTAÇÕES POPULARES NO BRASIL EM 2013.
Kézia Barbosa Da Silva. 129

Capítulo 13 - DESAPOSENTAÇÃO, JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E SEUS OBSTÁCULOS.
Jaime Santana Orro Silva. 139

3ª Parte – Meio Ambiente e Urbanismo

Capítulo 14 - ASSENTAMENTOS PRECÁRIOS EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE: revisão literária.
Luiz Emídio Dantas Junior. 155

Capítulo 15 - O DIREITO A CIDADE COMO UM DIREITO HUMANO: o conjunto arquitetônico, paisagístico e urbanístico de Cáceres-MT.
Elzira dos Santos Matos. 171

Capítulo 16 - O DIREITO À MORADIA E AS ÁREAS DE PROTEÇÃO PERMANENTES EM CÁCERES/MT.
Evely Bocardi de Miranda Saldanha. 179

Capítulo 17 - DIREITO AGRÁRIO: Os assentamentos rurais no Município de Cáceres/MT.
Expedito Figueiredo de Souza. 191

Sobre os autores 197

APRESENTAÇÃO

Este livro é fruto das atividades e experiências dos acadêmicos da Turma Especial do Mestrado Interinstitucional em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará, em parceria com a Universidade do Estado de Mato Grosso e a Universidade Federal de Mato Grosso.

O Mestrado cursado pelos autores tem a sua área de concentração em Direitos Humanos, com ênfase em Direitos Humanos e Desenvolvimento Sustentável, dividida em quatro linhas de pesquisa: Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos; Direitos Humanos e Inclusão Social; Direitos Humanos e Meio Ambiente; Intervenção Penal, Segurança Pública e Direitos Humanos.

Essa diversidade de linhas de pesquisa, embora todas girando em torno dos Direitos Humanos, certamente explica a distinção das reflexões e a variação de enfoques dos textos integrantes desta publicação, que refletem muito dos sentimentos – alegrias, sofrimentos...-, ideias e ideais de seus autores, os quais, ao longo do curso, tiveram tantas vezes que romper antigos e levantar novos paradigmas, abandonar seus preconceitos e sempre enveredar pelo estudo e conhecimento científico.

Os artigos expostos neste livro são, portanto, resultados preliminares e parciais da empreitada acadêmica dos autores em seu Mestrado. Longe de constituírem produto acabado, representam o nascedouro de uma produção científica que se lança ao desafio de não se interromper, de produzir resultados que venham colaborar para o fortalecimento da produção intelectual das instituições promotoras, em especial da Universidade do Estado de Mato Grosso - UNEMAT, a qual todos os autores estão vinculados afetiva e profissionalmente.

Agradecemos a todos os gestores, professores e servidores, das três universidades envolvidas, em especial ao servidor da PRPPG Ricardo Furlanetto Amorim, que se uniram para a realização desse Mestrado que pela primeira vez vem proporcionar a qualificação *stricto sensu* em Direito aos profissionais, docentes e servidores, da UNEMAT.

Tanto em relação ao Mestrado quanto à própria viabilização dessa publicação, nossos sinceros e especiais agradecimentos aos ex-Reitores Prof.Dr. Adriano Aparecido Silva e Prof. Dr.Dionei Silva, a ex-Pró-Reitora e ex-Secretária de Estado de Ciência e Tecnologia, Profa. Dra. Áurea Regina Ignácio, ao ex-Pró-Reitor e atual Vice-Reitor Prof.Ms. Ariel Lopes, a atual Reitora, Profa. Dra. Ana Maria Di Renzo ao Prof. Ms. Cesar Davi Mendo e Prof.Dr. Juliano Moreno Kersul de Carvalho que acreditaram e contribuíram enormemente para a consolidação desse projeto de qualificação e desenvolvimento científico.

Estendemos nossos agradecimentos aos Professores da UFPA , Prof.Dr. Paulo Weyill e Prof. Dr. Jean François Ives Deluchey pela dedicação e empenho em tornar realidade este mestrado.

Nosso agradecimento especial ao Prof. Dr. Teodoro Irigaray que acreditou no nosso trabalho, nos agraciando com o prefácio do livro.

HOMENAGEM

Coube a mim a honrosa e árdua missão de fazer uma homenagem nosso Prof. Armando (Armandão para os íntimos); nosso Professor Decano, agraciado (ou penalizado, não sabemos), pela aposentadoria. Honrosa porque me sinto lisonjeado pela missão, árdua porque não sei se serei capaz para tanto.

O fato é que já se foram mais de 21 anos desde aquele os últimos dias do verão do ano de 1994, com 19 anos tive o privilégio e o prazer de ser aluno do Prof. Armandão na aula inaugural do curso de Direito da Unemat. Armandão estava lá, sempre íntegro e reto, concentrado, fazendo seu melhor, não só pelo dever, mais pelo amor à nobre e digna – embora maltrata – missão de ser professor; é esta a grande lição que nós carregamos do estimado mestre, a INTEGRIDADE, a RETIDÃO e a SERIEDADE que sempre tratou os colegas e alunos. Estes valores, com certeza, nos inspiraram ...

Prof. Armandão, sentimo-nos privilegiados por termos sidos seus alunos, colegas de profissão e colegas de mestrado.

Este é o nosso singelo agradecimento.

Prof. Danilo Atala

1ª Parte
Direitos Humanos e Neoliberalismo

CAPÍTULO 1

A METAFÍSICA DOS COSTUMES COMO SUBSÍDIO DE INSERÇÃO DA PRÓPRIA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANAE DAS SOCIEDADES

Marcelo Gasparini

RESUMO

O presente artigo visa compreender as perspectivas da dignidade na formação do caráter dos indivíduos e das sociedades, ao analisar os critérios filosóficos existentes nas relações entre as obras *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* de Immanuel Kant conjugado em parte com *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*, de Ingo Wolfgang Sarlet, analisando a contextualização entre estas obras, demonstrando suas nuances e suas conjugações, discutindo a importância da dignidade na formação dos indivíduos, e naquilo que se promove na constituição de uma sociedade, dentro de seus padrões, pensamentos e universalidades, demonstrando aquilo que os une e compartilham. Kant (2003) afirma que o que diferencia o indivíduo dos outros seres da natureza é a razão, pretendendo alterar o conceito de moralidade e introduzir conceitos como a boa vontade. Considera como leis morais apenas as leis universais. A ação humana, no seu entender, quando puder ser elevada à condição de universalmente aceita, acaba se tornando uma lei moral, devendo, por razões racionais, ser observada por todos. Assim, o objetivo da Fundamentação da Metafísica dos Costumes é buscar um princípio de moralidade que fundamente os costumes e o agir moral corroborando na formação do próprio princípio da dignidade da pessoa humana. A partir dos pensamentos destes autores este artigo ratifica que o princípio da dignidade vem definida como uma condição inerente ao indivíduo, e que a razão no sentido de praticidade ou de vontade é um conceito fundamental para compreender suas ideias, considerando a metafísica dos costumes como subsídio de inserção da própria dignidade da pessoa humana e das sociedades.

Palavras-chave: metafísica, moralidade, boa vontade e dignidade.

INTRODUÇÃO

Na Teoria dos Direitos Humanos, há três questões principais: o fundamento, a universalidade, e a fundamentação (natureza das normas) dos Direitos Humanos.

Dentre os critérios que se referem ao fundamento, o mesmo será considerado de acordo com o desenvolvimento do trabalho exposto a seguir, nos termos em que Kant (2003) expõe seus pensamentos, ou seja, dentre as perspectivas da fundamentação.

Apesar da existência de críticas ao modelo de universalidade empregada, existe razões de manter tal conceito como forma definidora aos direitos humanos e, em consequência de evitar as críticas. Dentre esta premissa de viabilizar o universalidade como fonte positiva dos direitos humanos, destaca-se as posturas comunitaristas, sendo que o *ethos* social (é uma espécie de síntese dos costumes de um povo, identidade social), poderá ser um marco de referência mais

adequado que a moral individual para estabelecer determinados problemas ético-jurídicos contemporâneos como o significado e o alcance dos valores e princípios constitucionais, o fundamento das liberdades, o dever de obediência do direito

Dentre os critérios da fundamentação dos direitos humanos, visa analisar as razões que a legitimam e a reconheçam, justificando e acolhendo sua positivação de maneira racional.

Estas se debruçam em dois grandes qustionamentos centrais, em primeiro momento na possibilidade de se estabelecer fundamentos para os direitos humanos; e a segunda, pressupondo uma resposta afirmativa ao primeiro questionamento, onde busca identificar esses mesmos fundamentos.

Os doutrinadores que fundamentam os direitos humanos sob uma perspectiva subjetiva asseveram que os valores devem ser apreendidos por cada sujeito, com base nos seus interesses particulares. Tais valores éticos individuais, por sua vez, deveriam ser respeitados de modo absoluto pelos demais sujeitos. Portanto, constata-se que esse pensamento parte de um subjetivismo axiológico, sendo que a principal crítica a essas construções teóricas está relacionada aos perigos da excitação do individualismo, de modo a se prescindirem valores sociais básicos.

Para essa corrente, as invariantes axiológicas, caracterizadas pela universalidade, atemporalidade e pré-existência, fundamentariam os direitos humanos. Por outro lado, considerando que o indivíduo, na condição de valor-fonte de todos os valores, os assimilaria pela intuição emocional, conclui-se que o fundamento do fundamento consiste na própria consciência do sujeito. Conforme já evidenciado, a questão do fundamento é de crucial importância, pois permite a captação da essência do ser. Porém, mais do que isso, se afigura necessária a identificação de fundamentos absolutos, vez que o relativismo se aproxima da própria negação do fundamento ao desconsiderar que este possua um conteúdo pré-estabelecido.

A tese proferida acima propicia uma percepção jusnaturalista, predominante iluminista, o aspecto jurídico, a qual fornece condição teórica para uma percepção universal aos direitos humanos.

Se caracteriza pela consideração dos direitos humanos como direitos naturais e deriva diretamente da crença no Direito Natural.

Já a fundamentação ética se conceitua no empenho de uma justificação racional dos direitos humanos, na qual estes são considerados como direitos morais, que seriam aquelas exigências éticas, de bens, valores, de razões ou princípios que consite na formação de qualquer indivíduo, pelo simples fato de serem seres racionais e de opinião, e com projeção de inserção no ordenamento jurídico positivo.

Este artigo se concentra na discussão que constitui a dignidade da pessoa humana na formação do ser humano e das sociedades, tendo como fio condutor principal as ideias de Immanuel Kant em “A fundamentação da metafísica dos costumes”.

Kant (2003), em sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, datada de 1786, visa buscar um princípio de moralidade que fundamente os costumes e o agir moral.

A referida obra foi desenvolvida em três partes: Primeira seção: passagem do conhecimento vulgar para o filosófico; segunda seção: saída da filosofia moral popular para a Metafísica dos Costumes; Terceira seção: o último passo, da Metafísica dos Costumes para a Crítica da Razão Pura Prática.

Dentro deste primeiro capítulo, que se refere à transição do conhecimento vulgar da razão ao conhecimento filosófico, Kant (2003) nos faz refletir em seu discurso que a razão não deve nos dirigir na satisfação de nossas necessidades, mas deve criar uma vontade boa em si mesma,

sendo por isso, absolutamente necessária. Uma ação feita por dever não tem seu valor moral na sua utilidade, mas na lei que impulsiona a ação.

Já na concepção do segundo capítulo que se refere à transição da filosofia popular à metafísica dos costumes, o autor nos reporta a discutir mesmo que o indivíduo seja impulsionado agir de acordo com o dever, se não há ainda dúvidas em relação a existência de interferências nas ações através das vontades pessoais. Porém, fica evidente que o conceito de moral não foi colocado em dúvida, sendo considerado digno de conceber a ideia de dever, mas precário para cumpri-lo, e empregando a razão para conduzir as vontades pessoais, deixando-a sempre em evidência em nossas convicções, seja através dos empirismos ou não, onde uma filosofia prática popular é admissível quando fundamentada primeiramente nos conceitos da razão pura.

Por fim, sob o terceiro capítulo, que trata da transição da metafísica dos costumes à crítica da razão pura, se desenvolve através do pensamento de que a liberdade é liame do objetivo da autonomia da vontade, sendo a liberdade como objeto da vontade e que deve pressupor-se em todos os seres racionais, e esta vontade somente se torna livre se estiver sob a lei moral, esta deve ser atribuída a todos os seres racionais.

Na obra *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível,* Sarlet (2013) possui como finalidade analisar quais as principais dimensões da dignidade da pessoa, relacionadas em termos de compreensão e significados de seu conteúdo como princípio jurídico, resultando direitos e deveres fundamentais como consequências da ordem jurídica e contribuições limitadas advindas do pensamento filosófico.

O intuito deste artigo consiste em compreender as perspectivas da dignidade na formação do caráter dos indivíduos e das sociedades, ao analisar os critérios filosóficos existentes, a contextualização entre estas obras, demonstrando suas nuances e suas conjugações, discutindo a dignidade na formação dos indivíduos, e naquilo que se promove na constituição de uma sociedade, dentro de seus padrões, pensamentos e universalidades, demonstrando aquilo que os une e compartilham.

Após a breve explanação do método utilizado, o artigo apresenta a visão de Kant, de Sarlet e uma análise comparativa do tema nas referidas obras, e uma conclusão.

MÉTODO

O método adotado prevê uma revisão bibliográfica das obras de Emmanuel Kant (2003) *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* conjugado em parte com a obra de Ingo Wolfgang Sarlet (2013). As *dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*, estabelecendo uma análise comparativa e crítica que aborda os pensamentos dos autores acerca da dignidade da pessoa humana na formação do ser humano e das sociedades.

1 - A DIGNIDADE NA VISÃO DE KANT EM A *FUNDAMENTAÇÃO DA METAFÍSICA DOS COSTUMES*

Kant (2003) ao descrever suas ideias, inicia propondo que a filosofia grega divide seus ensinamentos em três elementos: a Física, a Ética e a Lógica, e parte do entendimento que estes elementos fazem parte do chamado conhecimento racional, onde encontra tanto uma forma de conhecimento material quanto formal.

Na forma de conhecimento Material, considera qualquer objeto, ou se ocupa de determinados objetos e das leis a que eles estão submetidos, possuindo partes empíricas e racionais, que por sua vez é dupla, pois que estas leis ou são leis da natureza ou leis da liberdade.

a) Leis da Natureza – sua ciência chama-se Física ou Teoria da Natureza.

b) Leis da Liberdade – sua ciência chama-se Ética ou Teoria dos Costumes.

Já em um segundo momento, encontra-se o conhecimento Formal, que se ocupa apenas da forma de entendimento e da razão em si mesmas e das regras universais do pensar em geral, sem distinção dos objetos, que o autor chama de Lógica, onde não pode haver parte empírica, isto é, as leis universais e necessárias do pensar se assentam em princípios tirados das experiências vividas, nas observações das coisas, e não em teorias e métodos científicos, chamado de empírico, ou seja, aquele conhecimento adquirido durante **toda a vida**, no dia-a-dia, que não tem comprovação científica nenhuma, pois não seria lógica, isto é, um instrumento de medida para o entendimento ou para a razão que é válido para todo o pensar e que tem de ser demonstrado, utilizando-se do método de conhecimento formal.

Desta forma, constata-se que o empírico é um método realizado através de tentativas e erros, caracterizado pelo senso comum, e que cada um o compreende à sua maneira. O método empírico gera aprendizado, uma vez que aprendemos fatos através das experiências vividas e presenciadas, para obter conclusões. O conhecimento empírico é muitas vezes superficial, sensitivo e subjetivo.

Já a metafísica, se baseia em considerações que se limitam a determinados objetos do entendimento, através do estudo das formas ou leis constitutivas da razão, fundamentada em toda especulação a respeito de realidades suprassensíveis (a totalidade cósmica, Deus ou a alma humana), e fonte de princípios gerais para o conhecimento empírico.

Ou seja, para Kant (2003) o termo “Metafísica” significa um conhecimento não-empírico ou racional. Combinando com o conceito de costumes, que designa todo o conjunto de leis ou regras de conduta que normatizam a ação humana, Kant (2003) chega ao conceito de Metafísica dos Costumes, que segundo seu entendimento é o estudo de leis que regulam a conduta humana sob um ponto de vista essencialmente racional e não contaminado pelo empírico.

Diante destas observações, Kant (2003) nos retrata a existência de uma dupla metafísica, seja a metafísica da natureza, quanto a metafísica dos costumes, ambas compostas de partes racional e empírica, embora com diferenças. Dentre os conhecimentos que abrangem a metafísica da natureza, esta é representada pela física e possui partes empíricas (princípio da experiência) e racionais bem definidas. Já a que se constitui como metafisica dos costumes é representada pela ética, que apresenta uma parte empírica, consistente na antropologia prática (estudo do conhecimento do homem) e uma parte racional, correspondente à moral.

O dever é comum a todos os seres racionais, que empiricamente não se pode provar o valor de uma ação, o seu valor é independente dos seus resultados, exemplo da lealdade na amizade, estabelecendo com fim em si mesma; bem como a *priori* da moral, que para compreender melhor o conceito de dever é importante esclarecer a noção de imperativo e de obrigação moral.

Desta forma, a razão no sentido de praticidade ou de vontade é um conceito fundamental para o autor, sendo que a razão prática é aquela que não se preocupa em traduzir as leis da natureza, constituída como a razão teórica do ser, mas sim as leis segundo as quais o ser racional dotado de liberdade deve agir. Afirmar que o indivíduo tem vontade é dizer que ele pode representar uma lei e agir de acordo com a lei.

A divisão pronunciada pelos gregos entre o ser e o dever ser, é explorada por Kant (2003), que separa bem o pensamento racional e o empírico, onde as leis morais se diferenciam de tudo que seja produto da experiência, ou seja, de tudo que seja empírico, que é tratado como pressuposto de pureza, constante nas obras de Kant (2003). A filosofia moral é considerada pura pois foge do empirismo. Não recorre a nada do conhecimento do indivíduo, pelo contrário, fornece a este, como ser racional, leis *a priori*. A metafísica dos costumes serve para investigar a origem dos princípios práticos que residem na razão.

A condição da moralidade não constitui, portanto, uma estrutura inerte, inserida nos indivíduos por meio da repressão e da vigilância, mas sim um produto das ações humanas, passível de aprimoramento infinito. Porém, como devemos julgar estas ações humanas?

Kant (2003) nos descreve que a ação humana através da boa vontade não é boa por aquilo que promove ou realiza, mas é boa em si mesma, e que não é possível avaliar a moralidade de um ato apenas por suas consequências, pois os indivíduos podem praticar boas ações tendo em vista interesses egoístas. Segundo Kant (2003), é preciso avaliar as ações por sua origem: através da boa vontade, sendo aquela que age por puro respeito ao dever.

Assim, os costumes podem se perverter quando falta um elemento que os conduzam para a moral. A conduta moralmente boa deve ser cumprida por amor da lei moral, sob pena de inconsistência e incerteza, onde estas normas morais não são regras impostas aos indivíduos a partir do exterior por uma autoridade qualquer, mas sim, são regras produzidas livremente pelos próprios sujeitos.

Dentre as formas nas Leis Morais encontra-se a seguinte divisão:

a) Imperativo Categórico: valem como princípios apodíticos, apresentam uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade, e possuem valor moral.

Desta forma, o que vale ou o que é bom na ação é a intensão, independentemente do resultado, tornando-se imperativo da moralidade. Torna-se válido para todo ser racional, e enquanto lei, tem de ser obedecido, mesmo contra a inclinação do indivíduo, formando princípio apodítico, que age somente uma máxima tal que possa querer que se torne uma lei universal.

b) Imperativo Hipotético: representam a necessidade prática de uma ação possível como meio de alcançar qualquer coisa que se quer, ou que é possível que se queira, e que não possui valor moral.

Dentro deste Imperativo Hipotético, há a necessidade prática de um meio para alcançar um fim, havendo a dicotomia entre o princípio assertório e o princípio problemático.

No princípio assertório, a existência dos conselhos da prudência, não podem apresentar ações de forma objetiva como praticamente necessárias. Já pelo princípio problemático, há a existência de regras de destreza, que se apresentam como imperativos que nos indicam como determinada finalidade pode ser atingida.

Na razão prática, ou seja, a vontade, se define como a faculdade de se determinar a si mesma em agir em conformidade com a representação de certas leis, sendo o princípio objetivo da autodeterminação da vontade e do fim.

A vontade legisladora, na qual o ser racional se submete às leis as quais é autor, não pode estar dependente de um interesse exterior a si mesmo, havendo autonomia da vontade.

Assim, através do universo dos fins, há existência de uma ligação sistemática de vários seres por meio de leis comuns, através do reino das leis morais, onde a necessidade de agir segundo os princípios legislados é chamada obrigação prática ou dever. Um ser racional é um membro do reino dos fins quando é legislador universal e se submete às leis que criou.

No reino dos fins tudo tem preço ou dignidade, ou seja, tem dignidade quando está acima de todo o preço e nada lhe pode equivaler, como a moralidade e a humanidade são únicas coisas que tem dignidade; e tem preço se puder ser substituído.

Esta dignidade a que se refere Kant (2003), possui como contextualização uma relação intrínseca com a obra *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível,* de Ingo Wolfgang Sarlet (2013).

2 - A DIGNIDADE NA VISÃO DE SARLET EM AS DIMENSÕES DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: CONSTRUINDO UMA COMPREENSÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL NECESSÁRIA E POSSÍVEL

Deve-se elucidar que a premissa de uma compreensão jurídico-constitucional a respeito da dignidade da pessoa humana, finalidade de Sarlet nesta obra, é difícil de ser definida, principalmente como atribuição e de proteção da norma fundamental, por se tratar de um conceito abstrato ou mesmo não totalmente absoluto, relativamente demonstrado como uma forma inerente a todos e a qualquer indivíduo.

Assim, a dignidade apresenta um caráter de intersubjetividade, tendo uma dimensão comunicativa e relacional da dignidade da pessoa humana como reconhecimento pelos outros. Esta dimensão vai além de uma concepção ontológica, como uma qualidade própria, inerente ao indivíduo, que visa um caráter a todos os sujeitos, partindo de uma premissa de proteção ao conjunto de direitos e liberdades indispensáveis a todos seres humanos. No campo da sua perspectiva intersubjetiva, acarreta na obrigação de respeito pelo indivíduo, sendo que a filosofia kantiana consagra essa ideia em que o indivíduo, como ser racional, existe como fim em si, ou seja, como algo que não pode ser empregado simplesmente como meio, devendo ser respeitado.

Desta forma, Sarlet (2013) descreve que a dignidade possui como limite e como tarefa: a dupla dimensão negativa e prestacional da dignidade, que apresenta uma dicotomia quanto a sua dimensão, pois a compreende como uma autonomia do indivíduo, sendo inerente quanto ao respeito da própria existência e na precisão de sua proteção, seja por parte da sociedade ou do Estado. No tocante aos limites da autonomia da vontade, tem-se que as prestações capazes de implicar prejuízos para a vida, saúde ou integridade física do obrigado, devem ser repudiadas pelo direito.

Embora complexo, o conceito de dignidade da pessoa humana, pode ser desmistificado. Para tanto, há que se compreender qual a forma de abrangência na vedação da diminuição de uma pessoa como se sua importância fosse menor que a importância de um objeto qualquer, e destacar a dupla perspectiva ontológica e instrumental, compreendendo a sua dimensão negativa, no caso defensiva em relação ao sujeito, e a positiva, tornando-se prestacional aos indivíduos.

Sendo assim, a necessária secularização e universalização da dignidade num contexto multicultural – por uma concepção não “fundamentalista” da dignidade. De acordo com Sarlet (2013), no texto em análise, percebe-se a importância do tema em discussão, através da visão do foco no Direito e na Filosofia do Direito, em permitir através de uma adequada formação, discussão e compreensão de dignidade aos indivíduos, tomando o cuidado em se analisar unilateralmente e limitadamente o tema, tomando o cuidado de invocar a promoção e a proteção da dignidade dentro dos princípios igualitários a todos.

3 - ANÁLISE COMPARATIVA DAS PERSPECTIVAS SOBRE A DIGNIDADE DE KANT (2003) E DE SARLET (2013)

Dentro da abordagem referente ao texto, Kant (2003) pretende expor que a razão é o motor que distingue o homem dos demais seres. Por ser regido pela racionalidade, as condutas humanas serão moralmente positivas somente se forem executadas com o ânimo igualmente positivo do agente. Ou seja, se for imbuído de boa vontade, principalmente a virtude dessa proposta está em desvincular a fundamentação kantiana da moral de uma possível ética dos valores. Neste sentido, portanto, nossa proposta de leitura e interpretação consiste em apresentar esses conceitos kantianos dentro da proposta da dignidade da pessoa humana.

A lei moral, portanto, é cumprida como um fruto do pensamento racional positivo humano, onde percebemos que o termo dignidade deve ser encarado como um bem inerente aos indivíduos, ou seja, um direito da personalidade do sujeito, que não pode ser inalienável ou mesmo renunciado, que deverá ser reconhecido, respeitado, promovido e protegido, ratificado não só dentro da condição humana, mas também pelo próprio ordenamento jurídico, considerando tal condição inclusive àqueles que cometem atos infames ou indignos, que não poderão ser desconsiderados.

Fica evidente que a valoração da concepção da dignidade está dentro dos critérios de respeitabilidade e normativa, haja vista que à própria Declaração Universal da Organização das Nações Unidas (ONU) se perfaz em seu primeiro artigo, bem como em nossos ordenamentos, seja pela Constituição Federal, dentro dos critérios dos direitos fundamentais e também junto ao Código Civil, dentro do capítulo do direitos da personalidade, que corrobora na ênfase dada sobre o tema.

Porém, o seu ideal encontra-se em constante transformação, em cada tempo e lugar, relaciona-se com a contingência tanto histórica quanto cultural, sujeitando-se à evolução do processo civilizatório, razão pela qual não se acha determinada em dimensão absoluta. Por isso, é um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento, e o texto demonstra tomar o cuidado de qualquer análise unilateral e limitadora sobre o tema, invocando pela dignidade a promoção e a proteção dentro dos princípios igualitários a todos.

Neste caso, tais afirmativas deverão ainda levar em consideração que a essência do material de dignidade decorre de princípios jurídicos fundamentais, como a igualdade que impede toda e qualquer discriminação arbitrária e fundamentada nas qualidades da pessoa; da liberdade, para assegurar a autonomia ética e capacidade para a liberdade pessoal; da integridade física e moral, que prevê a garantia de um conjunto de prestações materiais que asseguram uma vida com dignidade, e por fim, da solidariedade, que se manifesta com a garantia e a promoção da coexistência humana em suas diversas formas de ações.

CONCLUSÃO

Este artigo cumpre seu objetivo de analisar comparativamente as perspectivas de Kant e de Sarlet sobre a dignidade da pessoa humana e da formação da sociedade. Consistindo na compreensão das perspectivas da dignidade na formação do caráter dos indivíduos e das sociedades, na análise dos critérios filosóficos existentes, da contextualização das obras, demonstrando suas nuances e suas conjugações, discutindo a importância da dignidade na formação dos indivíduos, e naquilo que se propõe na constituição de uma sociedade, dentro de seus padrões, pensamentos e universalidades, demonstrando aquilo que os une e compartilham.

Tanto Kant (2003) como Sarlet (2013) mencionam o tema da dignidade em uma constante construção, apresentando sua contextualização na indispensabilidade de uma perspectiva histórico-cultural, na qual o significado de dignidade da pessoa humana está intimamente ligado ao respeito inerente a todo o ser humano. Mas existe além disso, seu ideário que se relaciona com a contingência histórica e cultural, sujeitando-se à evolução do processo civilizatório, em cada tempo e lugar, razão pela qual não se acha determinada em dimensão absoluta.

Por isso, a metafísica dos costumes como subsídio de inserção da própria dignidade da pessoa humana, bem como nas sociedades, tornando-se um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento. Percebe-se que o reconhecimento de uma dimensão cultural representa dignidade ao valor intrínseco reconhecido ao indivíduo, mas valorado como uma conquista pela ação concreta de cada sujeito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa – Portugal: Edições 70, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. 2 ed, revista e ampliada. Porto alegre: Livraria do Advogado, p. 15-43, 2013.

CAPÍTULO 2

OS DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E SUAS VIOLAÇÕES

Mariele S. Canabarro Quinteiro

Direitos Humanos são direitos inerentes à toda pessoa. Após a Segunda Guerra Mundial a comunidade internacional se preocupou com uma forma de proteção aos Direitos Humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi apresentada à Assembléia Geral da ONU em 1948, mas sem força jurídica.

Por isso, surgiram os Pactos Internacionais que judicializaram a Declaração, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Em seguida surgiu o Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos com ramificações chamadas de Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos. O Brasil aderiu aos Pactos somente no ano de 1992.

Em 1988, promulgou a Constituição da República Federativa do Brasil trazendo um rol de Direitos Humanos e suas garantias. Como princípio basilar, apresentou o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. E deu *status* constitucional aos Tratados Internacionais em que o pais fosse signatário.

Mesmo diante de tantas previsões legislativas ainda há graves violações aos Direitos Humanos no Brasil e no mundo. Verificou-se que a legislação tanto internacional quanto nacional já previu e garantiu todos os Direitos Humanos, porém é algo que não se consegue trazer à realidade das pessoas que sofrem com terríveis violações.

1 - INTRODUÇÃO

Este capítulo apresenta o conceito de Direitos Humanos como sendo direitos inerentes à pessoa humana, dos quais nenhum homem pode ser despojado. Em seguida, um breve histórico do surgimento do sistema de proteção dos Direitos Humanos. Este histórico se ateve a dois fatos sociais importantes, a Revolução Francesa e a Segunda Guerra Mundial. Fatos que fizeram com que a comunidade internacional se atentasse à necessidade de proteção especial aos direitos do homem.

Também a elaboração e apresentação da Declaração Universal dos Direitos Humanos e os Pactos Internacionais que a seguiram são fatos importantes que demonstram como hoje o Sistema Global e os Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos se fundamentam. Que tem força jurídica podendo processar e julgar casos de violação dos Direitos Humanos pelos Estados -parte.

Destaca-se que o Brasil é signatário de vários pactos internacionais de proteção aos Direitos Humanos e que na sua Carta Magna há previsão destes direitos. Há, no ordenamento jurídico brasileiro prevalência dos Direitos Humanos.

Porém, não se pode deixar de demonstrar que muitas violações ainda ocorrem mesmo com tantas previsões legais de proteção. Infelizmente muitas pessoas são atingidas pela falta de ação do Estado brasileiro.

2 - CONCEITO

Os Direitos Humanos "constituem-se em um conjunto de direitos que são inerentes aos seres humanos" (TEREZO,). Esses direitos são concebidos de forma a incluir reivindicações morais e políticas que, no consenso contemporâneo, todo o ser humano tem ou deve ter perante a sociedade ou governo (HENKIN,).

Para Bobbio (1992) direitos do homem são: "aqueles que pertencem, ou deveria pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado. São aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização".

Estes direitos nascem com o ser humano e se estabelecem no convívio social. Por isso, sob a influência dos juspublicistas alemães, adotou-se a expressão direitos fundamentais para designar os direitos inerentes à pessoa humana, inseridos nos textos das constituições e se encontram, portanto, tutelados jurídica e jurisdicionalmente pelo Estado (GUERRA FILHO,).

Várias expressões são utilizadas para identificar os direitos inerentes à pessoa humana. SILVA (2004, p. 176) fornece a definição dos termos utilizados para referir a estes direitos:

> "I – Direitos Naturais: Direitos inerentes à natureza do Homem;
> II – Direitos Humanos: contra esta expressão, existe a teoria que não é apenas o homem o titular dos direitos;
> III – Direitos Individuais: termo cada vez mais desprezado, mas ainda é empregado para compreender os denominados direitos civis ou liberdades civis;
> IV – Direitos Fundamentais do Homem: é o termo mais correto a ser utilizado, pois refere-se a princípios que se resumem a concepção do mundo com prerrogativas e instituições que ele se concretiza em garantias de uma sobrevivência digna, livre e igual para todas as pessoas".

As características dos Direitos Humanos são a historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, universalidade e limitabilidade.

Ressalte-se que na Constituição Federal Brasileira de 1988 os Direitos Humanos estão previstos no art. 5º, *caput* e denominados Direitos e Garantias Fundamentais do Homem.

3 - HISTÓRICO

CANÇADO TRINDADE (2002) ao tratar da história social dos Direitos Humanos afirma que não há como empreender uma investigação com certa segurança se não viajar ao momento em que esta história teve início e, a partir de lá, acompanhar suas evoluções.

> Por onde, então começar a história dos Direitos Humanos? (...) podemos optar por uma história social – melhor dizendo, um método de estudo que procure compreender como e por quais motivos reais ou dissimulados, as diversas forças sociais interferiram no sentido de impulsionar, retardar ou modificar o desenvolvimento e a efetividade prática dos direitos humanos nas sociedades (...)". (CANÇADO TRINDADE (2002, p.16)

Em sendo assim, a primeira afirmação dos Direitos Humanos ocorreu no século XVIII, com a Revolução Francesa e Americana, as quais inauguraram a época da perspectiva dos governados. Assiste-se à substituição da ênfase na noção de dever dos súditos pela promoção da noção de direitos do cidadão. O poder do governante passa a ter limites[1].

1 Terezo. Cristina. A dinâmica dos direitos humanos e a estática dos direitos econômicos, sociais e culturais. Disponível em: https://docs.google.com/file/d/0B-gdPAwXzLJkeEEtaTJEZTM0TWs/edit

Já no plano internacional, foi necessário ocorrer a Segunda Guerra Mundial para que a organização internacional (futura ONU – Organização das Nações Unidas) percebesse a necessidade de apoiar em normas internacionais os ideais dos Direitos Humanos.

Entre os líderes democráticos, verificou-se que os direitos humanos não mais poderiam constituir matéria de domínio exclusivo dos Estados. Percebeu-se a necessidade de algum tipo de controle internacional para conter o mal ativo e passivo prevalentes no mundo (PIOVESAN, 2003 p.). "Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução" (TEREZO).

No final da Segunda Guerra Mundial marcou o início da internacionalização dos Direitos Humanos, quando, através de muitos movimentos populares, surgem os Direitos de toda a humanidade.

> Diante do novo quadro mundial, movimentos populares começaram a demandar mudanças sociais, viabilizadas com o aparecimento dos Direitos dos Povos, Direitos de toda a Humanidade, os quais buscavam não só a proteção do ser humano em sua individualidade, mas de toda a sociedade, a partir da conjugação de esforços do Estado, dos indivíduos e de todos os setores da sociedade. (Idem TEREZO)

3.1 - INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DH

Para Terezo(ibid.), diante das necessidades desta sociedade, a internacionalização dos Direitos Humanos tornou-se uma resposta aos horrores da guerra nazista. Esta sociedade constituiu organismos que buscavam valores universais e que apresentasse instrumentos capazes de efetivar a aplicabilidade dos direitos humanos.

E, é neste cenário internacional que os Direitos Humanos se consolidaram na Carta das Nações Unidas, de 1945, quando surgiu o Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos com a Organização das Nações Unidas - ONU. Esta Carta previa foi tão somente um rol de Direitos Humanos e sequer exigia a sua observância pelos membros.

No mesmo ano, na Conferência de São Francisco, o Presidente Truman prometeu a criação de uma *Bill of Rights.* Diante disso, a Assembleia Geral das Nações Unidas constituiu o Terceiro Comitê de Assuntos Sociais, Humanos e Culturais, o que resultou na criação do Conselho Econômico e Social – ECOSOC o qual criou a Comissão de Direitos Humanos - CDH, encarregada de elaborar um instrumento internacional para os Direitos Humanos.

A esposa do ex-presidente dos Estados Unidos, Eleanor Roosevelt, foi presidente da Comissão dos Direitos Humanos, ela coordenava os trabalhos com o auxílio do governo britânico e diversos especialistas canadenses.

A Comissão dividiu os trabalhos em três etapas. A primeira seria a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH. A segunda seria a elaboração de um documento juridicamente mais vinculante que a Declaração. E, por fim, a formulação de mecanismos exigibilidade e de judicialidade dos direitos previstos nos instrumentos internacionais.

3.2 - A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS - DUDH

Terezo(IBID) descreve ainda que, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem foi adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas - ONU.

De acordo com o que então Presidente Americano Franklin Roosevelt já sustentava, a Declaração, em seu preâmbulo anunciou as quatro liberdades, quais sejam: liberdade de palavra, de crença, liberdade de viver a salvo do temor e da necessidade.

Uma das características relevantes da DUDH é a de conciliar diferentes filosofias a partir dos países que constituíam a ONU – Organização das Nações Unidas. O que iniciou uma era de legislação internacional.

E, já no primeiro capítulo identifica-se a influência da Revolução Francesa, onde se anuncia os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade.

Para Bobbio (1992, p. 30) esta Declaração representa "a única prova da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido"

Trata-se de um marco legal na fase de internacionalização dos Direitos Humanos por tornar-se um instrumento universal, pois determina que incumbe ao Estado colocar à disposição os meios materiais para implementar condições para o efetivo exercício destes direitos.

Para Piovesan (2003), a Declaração Universal de 1948 apresenta uma nova concepção de direitos humanos, tendo em vista que ressalta a universalidade e a indivisibilidade destes direitos.

> Universalidade por que a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos, sendo a dignidade da pessoa humana o fundamento dos direitos humanos. Indivisibilidade por que, ineditamente, o catálogo dos direitos civis e políticos é conjugado ao catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais. (PIOVESAN, 2003 p.)

Para CANÇADO TRINDADE (2009, p. 16), a "Declaração Universal de 1948 desenvolveu-se em um período de tempo relativamente curto, em um dos poucos lampejos de lucidez no decorrer do século passado".

3.3 - OS PACTOS INTERNACIONAIS - A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Importante destacar que a DUDH – Declaração Universal de Direitos Humanos não possuía força jurídica vinculante e obrigatória, havendo a necessidade de criar mecanismos para tornar os direitos previstos eficazes. Iniciou-se o processo de judicialização dos Direitos Humanos.

Surgiram assim, em 1966, os Pactos Internacionais sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC e sobre Direitos Civis e Políticos - PIDCP.

Os Pactos são instrumentos internacionais vinculantes, estabelecem obrigações legais para os Estados que os reconhecerem e deixam de lado a intervenção gradativa. E caracterizam o Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos que passa a surgir oficialmente com os instrumentos promulgados pela Organização das Nações Unidas – ONU.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos diz respeito às liberdades: pessoal, de pensamento, de religião, de reunião e econômica. Também à constituição do Estado democrático, fundado na representatividade, proporcionando aos seus cidadãos liberdades positivas, que são os direitos eleitorais e a liberdade de associação partidária.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais demonstra a importância da implementação dos Direitos Humanos, de forma a conduzir os Estados a intervirem para reduzir as desigualdades sociais e garantir o desenvolvimento do bem-estar da sociedade.

Uma vez realizada a adesão ao Pacto, o Estado-parte se compromete a observar seus dispositivos. E, a violação das obrigações previstas em textos internacionais implica em violação aos Direitos Internacional Público.

São considerados Estado-parte do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos 167 países e do Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, 160. Isto do total de 192 Estados-parte da ONU – Organização das Nações Unidas. Destaca-se que o Brasil é signatário de ambos os Pactos, o que ocorreu em 1992.

3.4 – EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Quando se trata da evolução dos Direitos Humanos, doutrinadores preferem dividi-los em gerações que se completam. Piovesan (2003, p. 36) explica que a origem do termo "Gerações de Direitos Humanos" versa de 1979, na França, com Karel Vasak quando ministrava aulas sobre a as fases de normatização dos Direitos Humanos.

A Primeira Geração diz respeito aos direitos de liberdade. São os direitos individuais e políticos. Todos os direitos assegurados pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. A Segunda Geração abrange os direitos culturais, sociais e econômicos. São direitos que advém da Igualdade. São assegurados pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Já a Terceira Geração trata dos direitos de solidariedade e de fraternidade. Por exemplo, o direito a paz, ao meio ambiente e a comunicação (BONAVIDES, 2010, p.522).

Bobbio (1992) acompanhado por outros doutrinadores defende o surgimento da Quarta Geração dos Direitos Humanos, que abrange o direito à democracia, ao pluralismo, à informação e à normatização do patrimônio genético.

Bonavides (2010, p. 593) ainda apresenta a Quinta Geração dos Direitos Humanos, que são os direitos advindos da paz.

4 - INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

O Direito Internacional dos Direitos Humanos começou a se desenvolver a partir da aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Quando surge o Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos e o Sistema Regional de Proteção aos Direitos Humanos, o qual pretende internacionalizar os Direitos Humanos no plano regional, principalmente na Europa, América e África. Estes sistemas compõem o universo instrumental de proteção aos Direitos Humanos no mundo[2].

Em sendo assim, os instrumentos jurídicos internacionais de proteção aos Direitos Humanos são divididos em Sistema Global, Sistema Americano de Direitos Humanos, Sistema Europeu de Direitos Humanos e Sistema Africano de Proteção aos Direitos Humanos[3].

A base legal do Sistema Global que se encontra na Carta das Nações Unidas é Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1.948 e nos dois Pactos: Pacto de Direitos Civis e Políticos e o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1.966. O órgão judiciário deste sistema é a Corte Internacional de Justiça (CANÇADO TRINDADE, 2009).

O Sistema Americano de Direitos Humanos fundamenta-se na Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1.969, o qual passou a vigorar apenas em 1.978 e no Protocolo de San Salvador. O órgão judiciário deste sistema é a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual conta com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, um órgão responsável pela tentativa de conciliação e admissibilidade dos processos, antes de serem apreciados pela Corte[4].

2 Idem
3 Piovesan. Flávia. Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos.
Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a_pdf/piovesan_sip.pdf
4 http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/atique_sistemas_europeu_interamericano.pdf

O Sistema Europeu de Direitos Humanos baseia-se na Convenção Salvaguarda de Direitos do Homem, de 1.950 e seu órgão judiciário é a Corte Européia de Direitos Humanos[5].

O Sistema Africano de Proteção aos Direitos Humanos fundamenta-se na Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos de 1.981 e no Protocolo de Ouagadougoue seu órgão judiciário é a Corte Africana de Direitos Humanos e, da mesma forma como ocorre no Sistema Americano, também conta com uma Comissão que verifica a admissibilidade processual: Comissão Africana de Direitos Humanos[6].

Como se observa, são vários os instrumentos de proteção dos direitos humanos, concentrados nas mais variadas regiões do mundo. Porém, todos os referidos instrumentos "têm encontrado uma fonte comum de inspiração na Declaração Universal de 1948" (CANÇADO TRINDADE, 2009, P. 23).

5 – DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

No Brasil, a luta pelos Direitos Humanos iniciou-se paralelemente à luta contra a ditadura militar, que se instaurou com o Golpe Militar contra o governo de João Goulart, em 1964[7].

E a efetivação desta batalha em favor dos Direitos Humanos ocorreu na década de 70, por meio dos movimentos sociais que se confrontavam com o governo militar. Estes movimentos buscavam melhores condições de vida, trabalho, salário, moradia, alimentação, saúde e democratização da sociedade[8].

A Constituição Federal do Brasil, promulgada em 1988, simbolizou a ruptura com o regime autoritário. É o marco jurídico da democracia e da institucionalização dos Direitos Humanos[9]. Foi quando o país passou a incorporar Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Tanto é que o Brasil tornou-se signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais em 1992[10].

5.1 – DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

O Título II da Constituição Federal Brasileira de 1988 é dedicado aos Direitos e Garantias Fundamentais. Está dividido em 5 capítulos:

I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos;
II – Dos Direitos Sociais;
III – Da Nacionalidade;
IV – Dos Direitos Políticos;
VI – Dos Partidos Políticos.

5 Idem
6 Idem
7 Coimbra, Cecília Maria Bouças e Outros. Direitos Humanos no Brasil e o Grupo Tortura Nunca Mais. Disponível em: http://www.slab.uff.br/images/Aqruivos/textos_sti/Cec%C3%ADlia%20Coimbra/texto7.pdf
8 Idem
9 Piovesan, Flávia. A Constituição Brasileira e os Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos. Disponível em: http://www.vestibulardombosco.com.br/faculdade/revista_direito/3edicao/Artigo%203.pdf
10 Idem

Utilizando o critério de seu conteúdo SILVA (2004, p. 182) classifica os Direitos Fundamentais da Constituição Federal Brasileira de 1988 da seguinte maneira:

Direitos Individuais - art. 5º - que são os direitos fundamentais do indivíduo;

Direitos à Nacionalidade – art. 12 – definição de nacionalidade e suas faculdades;

Direitos Políticos – art. 14 ao art. 17 – direitos fundamentais do homem como cidadão;

Direitos Sociais – art. 6º e art. 193 – direitos fundamentais do homem em suas relações sociais;

Direitos Coletivos – art. 5º - direitos fundamentais do homem em sua coletividade;

Direitos Solidários – art. 3º e art. 225 – direitos fundamentais do gênero humano.

Importante ressaltar que a Constituição Federal Brasileira preferiu fixar os Direitos Fundamentais antes mesmo da Organização do Estado, realçando a importância destes Direitos na nova ordem democrática que vem instituir. Possuem natureza jurídica de norma positiva constitucional e têm como objetivo a liberdade, a igualdade e a dignidade do cidadão.

5.2 – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal Brasileira de 1988 trouxe como Princípio orientador das relações internacionais o Primado da Prevalência dos Direitos Humanos. De acordo com este Princípio, a Dignidade da Pessoa Humana foi elevada ao *status* de Princípio Fundamental pela Constituição Brasileira:

> **Art. 1.º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:
> I - a soberania;
> II - a cidadania;
> III - **a dignidade da pessoa humana**;
> IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
> V - o pluralismo político. (Grifo Nosso)

Desta forma, a Dignidade da Pessoa Humana passa a ser núcleo básico e informador de todo o sistema constitucional, ou seja, serve de parâmetro para interpretação de todo o sistema constitucional brasileiro[11].

5.3 – TRATADOS NO DIREITO BRASILEIRO

Tratado é um "ato solene celebrado entre dois ou mais Estados soberanos, visando interesses de cada contratante como pessoa jurídica de direito público internacional" (ACQUAVIVA (2011, p. 856)).

A Constituição Federal de 1988, traz de forma expressa a interação do direito brasileiro com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos:

> Art. 5º - (...)
> § 2.º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

11 Piovesan, Flávia. A Constituição Brasileira e os Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos. Disponível em: http://www.vestibulardombosco.com.br/faculdade/revista_direito/3edicao/Artigo%203.pdf

Verifica-se que os direitos enunciados em Tratados Internacionais em que o Brasil seja signatário possuem *status* constitucional no ordenamento jurídico brasileiro. Em sendo assim, a Carta Magna Brasileira dá aos direitos internacionais a força de norma constitucional. E, a consequência disso é a garantia de sua aplicabilidade imediata.

Desta forma, a primeira vez em que o Brasil ratificou algum tratado foi em 1989, com a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis Desumanos e Degradantes.

A partir de então, inúmeros outros tratados sobre Direitos Humanos foram ratificados. A título de ilustração, alguns exemplos são[12]:

1 –Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (20-06-1989);

2 –Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis Desumanos ou Degradantes (28-09-2014);

3 –Convenção sobre os Direitos das Crianças (24-09-1990);

4 –Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional (20-06-2002);

5 –Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (28-06-2002).

Portanto, os Tratados que versam sobre Direitos Humanos em que o Brasil tornou-se signatário são normas constitucionais. Hierarquicamente, isto significa dizer que estão acima de todas as normas infraconstitucionais existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

6 - VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS

Verificou-se que o Sistema de Proteção aos Direitos Humanos é internacionalmente reconhecido e possui muitos países signatários. Inclusive o Brasil é parte em muitos Tratados que versam a respeito desta proteção.

No Brasil foi criado, em 1996, o Programa Nacional de Direitos Humanos e, em 1997, a Secretaria Nacional de Direitos Humanos as quais possuem a função de implementar Políticas Públicas de proteção aos Direitos Humanos.Porém, assim como em todo o mundo, ainda há graves violações a estes direitos. E, em determinados grupos de risco estas violações são acentuadas, como mulheres, crianças, jovens, negros, pobres, analfabetos e homossexuais. (RIOS BALBINO,

Um exemplo de graves violações aos Direitos Humanos que ocorre no Brasil é contra as mulheres que sofrem com o grande número de casos de violência doméstica e, mais recentemente, com o aumento assustador de mulheres que contraem o vírus da AIDS (ZAMPIERE, 2004, p. 197).

A Conferência das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, que aconteceu em Viena, em 1993, objetivou tratar a respeito da violência contra mulheres, considerando que é uma violação aos Direitos Humanos. E o Brasil, por ser signatário, criou a Secretaria de Políticas para as Mulheres e Delegacias Especiais de Mulheres, mas os dados de violência contra mulheres são alarmantes.

Da mesma forma, ocorre com crianças e adolescentes que, mesmo sob o manto da proteção do Estatuto da Criança e do Adolescente desde 1990, sofrem violações como fome, doenças, falta de educação, trabalho infantil, exploração sexual e uso de drogas. Inúmeros casos são assistidos por todas na mídia o que torna fácil a percepção de que há muitas crianças e adolescentes em situações graves de violação de Direitos Humanos.

Há que se falar também do Sistema Penitenciário no Brasil que não tem estrutura e é ineficiente. Diariamente ocorrem fugas e rebeliões de presos que vivem em situações desumanas dento do cárcere.

12 Piovesan, Flávia. A Constituição Brasileira e os Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos. Disponível em: http://www.vestibulardombosco.com.br/faculdade/revista_direito/3edicao/Artigo%203.pdf

Assistência à Saúde é precária e as desigualdades sociais são ainda mais percebidas quando o paciente necessita de assistência médica. Muitas pessoas sofrem por necessitar de tratamento médico e não encontram auxílio do Estado.

Quando se trata de meio ambiente, também não é diferente. Embora o Brasil tenha sediado a última Conferência da Organização das Nações Unidas – ONU, Rio+20, desmatamentos irregulares ainda ocorrem. Bem como plantios que se utilizam de agrotóxicos nocivos há milhares de pessoas.

Além destes, muitos outros exemplos podem ser vistos na realidade da sociedade brasileira. São violações à dignidade da pessoa humana, ao direito à saúde, ao direito à moradia, a um meio ambiente equilibrado, entre muitos outros direitos protegidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH e por tantos Pactos Internacionais em que o Brasil é parte.

7 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Direitos Humanos são direitos que nascem com a pessoa humana. E, de acordo com o seu caráter universal deve ser estendido a todos os serem humanos. Mas seu reconhecimento e proteção ocorreram apenas em 1948 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Quando o mundo percebeu a necessidade de reconhecer estes direitos a nível mundial. Isto por que a Segunda Guerra Mundial trouxe terror e a organização mundial se viu preocupada em proteger os Direitos Humanos.

Mas a judicialização dos Direitos Humanos ainda ocorreu após, com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os quais trouxeram um caráter judicial a esta proteção. Fazendo com que a violação das obrigações previstas em textos internacionais implica em violação ao Direito Internacional Público.

Em seguida, instituiu-se o Sistema Global e Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos o que fez com que várias regiões do mundo tivessem proteção especifica dos Sistemas de Proteção aos Direitos Humanos Regional.

O Brasil faz parte do Sistema Americano de Proteção aos Direitos Humanos e é signatário de vários Pactos Internacionais que visam a proteção e garantia destes direitos. Neste sentido, a Constituição Federal Brasileira de 1988, que significou um marco na democratização do pais, dá prioridade ao tratar dos Direitos Humanos. Antes mesmo da organização do Estado, já no artigo 5º, a Constituição Federal traz um rol de Direitos e Garantias Individuais e Coletivos bem como no decorrer do texto constitucional podem ser encontrados ainda outros direitos humanos previstos.

Além disso, a Dignidade da Pessoa Humana é Princípio norteador de toda a Constituição Federal Brasileira, afirmando que toda e qualquer legislação do pais deverá observar este princípio.

E, os Tratados Internacionais que versam sobre Direitos Humanos possuem força de norma constitucional, hierarquicamente superior e de aplicabilidade imediata. Isto quer dizer que nenhuma lei poderá estar em desacordo com os Tratados em que o Brasil é signatário. E ainda que não é necessário que haja qualquer lei regulamentando o que foi ratificado em um Tratado. Ele possui aplicabilidade imediata.

Portanto, verifica-se uma grande preocupação internacional e nacional com a proteção dos Direitos Humanos. Porém, embora sejam muitos os Tratados e o Sistema Global e Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos estejam lutando contra as terríveis violações ainda há vários muitos casos que a proteção prevista não alcança.

Conforme exposto alhures, no Brasil não é diferente. A constituição Federal Brasileira de 1988 prioriza os direitos inerentes à pessoa humana estabelecendo inclusive suas garantias. Mas a realidade que a sociedade conhece não está de acordo com o que foi previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

Observa-se o "problema grave do nosso tempo" anunciado por BOBBIO (1992, p. x) com relação aos Direitos Fundamentais, qual seja, de "não mais fundamentá-los, mas de protegê-los".

Verifica-se que a preocupação não deve ser em fundamentar e organizar a sistemática de judicialização dos Direitos Humanos. Há que se tornar realidade esta proteção.

> Não se trata de saber quais e quantos são estes direitos, qual é a sua natureza e o seu fundamento, se são naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro de garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados. Não basta ao Estado reconhecer direitos formalmente; deve buscar concretizá-los, incorporá-los no dia-a-dia dos cidadãos e de seus agentes. (PINHO, 2010, p.96).

8 – REFERENCIAIS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Acquaviva**, 2011. P. 316.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos. Rio de Janeiro**: Campus, 1992. p. 30.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **O Legado da Declaração Universal dos Direitos Humanos e sua trajetória ao longo das seis décadas (1948-2008)**. Brasília, 2009. P. 16.

COIMBRA, Cecília Maria Bouças e Outros. **Direitos Humanos no Brasil e o Grupo Tortura Nunca Mais.** Disponível em:http://www.slab.uff.br/images/Aqruivos/
textos_sti/Cec%C3%ADlia%20Coimbra/texto7.pdf

Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:
ttp://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102408

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 2010

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil.**
Disponível em: http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/15_07.pdf

PIOVESAN, Flávia. **Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos.**
Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a_pdf/piovesan_sip.pdf
http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/atique_sistemas_europeu_interamericano.pdf

PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 36.
GUERRA FILHO 1995, p. 69 -74.Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/124273949817421818190 1.pdf

HENKIN, Louis. **The rights of man today**. [S.I.: s.n.] [19-].Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1242739498174218181901.pdf

RIOS BALBINO, Vivina do C. **Violações dos Direitos Humanos no Brasil e propostas de mudanças na formação e prática do psicólogo**. Universidade Federal do Ceará – Fortaleza. In: Revista Electronica Internacional de La Unión Latinoamericana de Entidade de Psicología.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

TEREZO, Cristina. **A dinâmica dos direitos humanos e a estática dos direitos econômicos, sociais e culturais.** Disponível em: https://docs.google.com/file/d/0B-gdPAwXzLJkeEEtaTJEZTM0TWs/edit

TRINDADE, José Damião de Lima. **História Social dos Direitos Humanos.** São Paulo: Peirópolis, 2002. P. 16.Disponivel em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141995000300014&script=sci_arttext

ZAMPIERI, A. M. F. (2004). **Erotismo, sexualidade, casamento e infidelidade – sexualidade conjugal e prevenção de HIV e da AIDS**. São Paulo: Editora Ágora.

CAPÍTULO 3

A REINSERÇÃO SOCIAL NO ATUAL SISTEMA JURÍDICO E PENITENCIÁRIO NACIONAL

Hamilton Lobo Mendes Filho

1 - INTRODUÇÃO

Este trabalho tenta demonstrar de que forma poderá se realizar um trabalho de reinserção social de indivíduos apenados, mas buscando um enfoque na legislação atual vigente, e principalmente na estrutura penitenciária nacional. Busca-se mostrar qual a necessidade legal e material para galgar uma porcentagem maior de ressocialização de encarcerados no intuito de que se ocorra a diminuição da reincidência criminal.

Analisando o cotidiano nacional, verifica-se a grande ocorrência de fatos criminosos praticados por indivíduos que são egressos do Sistema Penitenciário, ou seja, que de alguma forma estiveram encarcerados em alguma unidade prisional.

Percebe-se que devido, principalmente, a uma grande falha estrutural falta em nosso país uma política séria para a promoção da reinserção social do encarcerado ao convívio público.

Existem alguns projetos em andamento em algumas cidades do país, no entanto, nenhum de grande porte e que esteja sendo executado a nível nacional.

Desta forma, cada estado trabalha conforme sua conveniência e orçamento, e percebe-se que ao final não existe um grande êxito na busca pela promoção da reinserção desses indivíduos encarcerados na sociedade, o que faz com que seja alto o nível de reincidência criminal em nosso país.

Além de todo o exposto, há que se salientar que toda busca para a promoção da reinserção social deverá ser alicerçada na Lei nº 7.210 de 11 de Julho de 1984 – Lei de Execuções Penais – que é a referência legal em nosso país dobre os direitos e deveres dos encarcerados.

2 - EMBASAMENTO LEGAL

Em nosso ordenamento jurídico é vigente a lei nº 7.210 de 11 de Julho de 1984, onde a mesma institui a Lei de Execução Penal. Tal ordenamento jurídico foi criado pelo legislador com o intuito de abarcar duas situações:

1ª Situação: Tratar sobre o direito do reeducando nos estabelecimentos prisionais do Brasil;

2ª Situação: Fazer a promoção da reintegração do reeducando na sociedade.

A legislação em comento classifica quem são seus tutelados, quais penas são possíveis de aplicação aos tutelados da referida lei, fixa regimes de cumprimento de pena, estabelece os direitos e deveres do reeducando, quais os pedidos judiciais cabíveis para uma gama de situações encontradas dentro dos estabelecimentos prisionais e para o reeducando que já se encontra em liberdade, mas ainda cumprindo pena.

No Título I da referida lei é redigido os quatros primeiros artigos que nos dá a noção exata da competência e amplitude do texto legal analisado, vejamos:

> Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.
> Art. 2º A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.
> Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.
> Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.
> Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.
> Art. 4º O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança.

Sendo assim, fica claro que o objetivo da legislação analisada é regulamentar o cumprimento de pena dos indivíduos condenados criminalmente, esteja ele cumprindo pena segregado em um estabelecimento prisional ou não, trazendo a possibilidade de reinserção social do mesmo na sociedade.

No entanto, vamos fazer uma análise mais profunda na segunda situação que é de competência da Lei de Execuções Penais: "fazer a promoção da reintegração do reeducando na sociedade. "

Neste ponto, a Lei de Execuções Penais traz uma série de dispositivos legais que disciplinam de que forma será a reintegração do indivíduo que foi condenado por cometer algum ilícito penal na sociedade para assim evitar que o mesmo volte a reincidir na ação delituosa.

Porém, percebemos que apenas a legislação não é suficiente para garantir a efetiva reinserção social do reeducando na sociedade. Na verdade, trata-se de um trabalho que será realizado em conjunto, ou seja, o Estado, em todos os seus graus de atuação, deverá andar de "mãos dadas" com a sociedade para garantir uma maior efetividade da LEP, e consequentemente, conseguir um percentual maior de recuperação dos reeducando.

Sendo assim, o Estado deverá lançar mão de políticas públicas que irão de encontro com os ditames da LEP para garantir a sociedade uma maior credibilidade no reeducando que está sendo devolvido para seu seio e que deverá ser reintegrado para se evitar que o mesmo volta a cometer novos ilícitos.

A reintegração do reeducando na sociedade só será possível de ser realizado através de um projeto de política penitenciária que tenha como finalidade recuperar os indivíduos apenados para que estes possam, quando se tornarem egressos, serem reintegrados ao convívio social.

O sistema penitenciário brasileiro encontra-se num estado periclitante, uma vez que existe uma grande falta de condições mínimas necessárias para se tratar da recuperação dos reeducandos. Busca-se, desta forma, analisar os aspectos da ressocialização para o detento e para a sociedade, e ainda, como o Estado, através de suas políticas públicas poderá dar mais efetividade ao que está disposto na LEP, buscando aumentar o percentual de reinserção social dos reeducandos.

Existe uma grande preocupação com a dignidade da pessoa humana em qualquer estágio de sua vida, principalmente quando se fala em indivíduos encarcerados.

É fato que em todo o processo de reinserção social há que possuir um mínimo de atenção aos direitos humanos do reeducando, inclusive no estabelecimento prisional em questão.

Vejamos o que disciplinam os juristas Prado (et.al. 2013, p.22):

> Agregue-se, por oportuno, que o Direito de Execução Penal, como toda ciência, está fundamentado em princípios e que, por gravitar sua atuação sobre a liberdade humana, são iluminados pelas garantias decorrentes da constitucionalização dos direitos humanos, especialmente da contemplação da dignidade da pessoa humana e da humanidade, orientando, assim, toda atuação do Estado na execução da pena.

É certo que as penas privativas de liberdade têm seu caráter punitivo, ou seja, o estado pune o indivíduo que não atendeu ao disposto nas legislações vigentes e cometeu algum ilícito.

No entanto, tais penas também tem o condão de recuperar o indivíduo foi marginalizado pela sociedade a ponto de vir cometer algum ilícito penal, sob pena de o tempo de encarceramento não ser suficiente para recuperar o reeducando.

Há sempre que se ter em mente que a recuperação de reeducandos e a consequente ressocialização do mesmo irão contribuir diretamente para a redução na reincidência criminal, e tal situação obrigatoriamente passará pela busca da preparação profissional e emocional do reeducando.

Todo o processo de ressocialização passa por um lugar principal, sendo este o estabelecimento prisional. Tal local deverá aplicar a punição ao reeducando pelo fato de o mesmo ter descumprido leis vigentes e praticado atos ilícitos, bem como deverá promover todo o ambiente para que o reeducando possa refletir sobre seus atos e se recuperar para poder ser ressocializado e devolvido a sociedade.

No entanto, o que se verifica que o nosso atual ordenamento jurídico brasileiro acaba caminhando para outra vertente, ou seja, afasta o preso da sociedade com a intenção de ressocializá-lo, como afirma Brito (2013, p.34): "A execução penal no Brasil, no estágio em que se encontra, não revela muita eficácia 'ressocializadora'. "

Juntamente com o que foi dito anteriormente, ou seja, aplicação da legislação e do sistema carcerário há obrigatoriamente, a necessidade de que ocorra uma união entre a sociedade como um todo, inclusive com a família do reeducando que vai se tornar uma "peça" principal no processo de ressocialização do reeducando.

3 - DA NECESSIDADE DA RESSOCIALIZAÇÃO

A ressocialização do apenado mostra-se um instrumento necessário principalmente no atual cenário de nosso país onde se configura uma crescente nos níveis de violência.

Aprofundando nos conceitos, percebe-se que a ressocialização passa por uma busca em realizar a promoção ao reeducando de direitos mínimos para que o mesmo possa passar por uma reflexão que seja capaz de trazê-lo ao convívio social sem voltar a cometer novos ilícitos. Afirma Albergaria (1987, p.9) "O objeto da execução da pena consiste na reeducação do preso e sua reinserção social. A prevenção especial da pena compreende a ressocialização do preso para evitar a reincidência".

Percebe-se que não se tem como afastar a punição da humanização, pois se encontram como formas que se complementam e trazem efetiva melhora no quadro individual dos apenados.

Ademais, a punição também faz parte da ressocialização, pois mostra que o Estado está atento aos ilícitos praticados contra a sociedade e que não irá aceitar tal prática.

É fato que em todo o processo de ressocialização há a necessidade de um resgate interno no reeducando, ou seja, existe uma necessidade de que o sistema estatal estimule uma procura pessoal por parte do reeducando no intuito de entender o que foi feito de errado e entender,

também, o que é necessário para voltar a progredir enquanto ser humano e produzir situações favoráveis a si mesmo e a sociedade quando do seu retorno.

Desta forma, é salutar a necessidade de mostrar os erros, e todos os reflexos destes erros, mas sempre tratar o reeducando com humanidade e condições mínimas de convivência para trazê-lo de volta ao convívio social afastando a possibilidade da reincidência criminal.

Os doutrinadores Prado, (et.al. 2013, p.82) ressaltam que:

> (...) figura como um dos grandes pilares que sustenta a finalidade ressocializadora da sanção penal. O trabalho desenvolvido pelo preso cumpre sua função social no que concerne à aplicação da reprimenda, bem como a sua preparação quando do seu retorno ao convívio social.

Albergaria completa (1996, p.112), "As atividades do trabalho se consideram como atividades formativas, ou ramo da pedagogia emendativa. Pelo trabalho o homem se auto-realiza e leva a contribuição de seu trabalho ao bem comum. "

Nesta busca interna e externa pela ressocialização do reeducando, é primordial a ocupação da mente e do corpo, que será mais facilmente completada através de algum tipo de ocupação ou trabalho.

Além do exposto, do exposto o trabalho também prepara o apenado para que o mesmo possa retornar ao mercado de trabalho e disputar vagas juntamente com pessoas que já estão no mercado de trabalho.

Ademais, existe a previsão legal (Art. 29 da LEP) acerca do direito do reeducando em realizar uma atividade laboral.

Sendo assim, percebe-se que a ressocialização de um reeducando é um processo complexo, que necessita de políticas públicas que serão direcionadas para o reeducando, para o sistema carcerário, para a sociedade e para a família do reeducando, no intuito de que todas essas vertentes trabalhem convergindo com um único fim que é a tão sonhada ressocialização do reeducando em todos os sentidos. Isto é o estado e a sociedade andando de "mãos dadas"!

Henny Goulart (1975, p. 83) admite o seguinte:

> O condenado que aprende um ofício ou consegue aperfeiçoar-se no trabalho que já conhecia basicamente, de modo que ao sair da prisão tenha capacidade de prover-se e à sua família, apresenta grande possibilidade de não rescindir. Além disso, é fato de disciplina, pois é sabido que a ciosidade é fonte de distúrbios, agitações e rixas.

A reinserção desse indivíduo obrigatoriamente passa pelo cumprimento e atenção aos direitos do apenado. De acordo com o artigo 3º da Lei de Execução Penal *"*Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei*".*

Conforme o artigo 41 da Lei de Execução Penal são direitos do preso:

> I - alimentação suficiente e vestuário;
> II - atribuição de trabalho e sua remuneração;
> III - previdência social;
> IV - constituição de pecúlio;
> V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
> Vl - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
> Vll - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
> Vlll - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

> IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;
> X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
> Xl - chamamento nominal;
> Xll - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
> Xlll - audiência especial com o diretor do estabelecimento;
> XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
> XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.
> Parágrafo único - Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

O indivíduo que se encontra segregado tem direito a atenção como uma forma de iniciar com o mesmo um trabalho de reabilitação, trazendo de volta seus valores humanos, mostrando ao mesmo ainda no trato enquanto pessoa, enquanto ser humano.

4- PROBLEMAS CRIADOS PELA FALTA DE RESSOCIALIZAÇÃO

A reincidência é o principal indicador dos sérios problemas enfrentados pelo nosso sistema de atendimento jurídico-social, uma vez que através dela é possível visualizar que os indivíduos entram nas instituições por possuírem certas carências, e que, independente do tempo que tenham passado sob os cuidados do sistema prisional, ao saírem apresentam as mesmas carências que originaram sua entrada no sistema.

Percebe-se que uma gama muito alta de indivíduos que saem da prisão cometem outro ilícito em um pequeno lapso temporal. Essa situação se torna corriqueira e passa a ser tratada com certa naturalidade toda vez que o indivíduo necessita dos serviços sociais ou até mesmo retorna ao sistema penitenciário.

A LEP em seu artigo 10º cita que *"*a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Parágrafo único: A assistência estende-se ao egresso. ”

O estado deve tentar solucionar de forma efetiva as carências apresentadas pelo indivíduo, porém prefere exercer sobre o mesmo apenas um controle jurídico e burocrático, baseado tão somente na legislação especifica e em uma estrutura obsoleta.

A falta de moradia a ausência de uma atividade lícita para garantir o sustento são os principais fatores para o retorno a atividade ilícita e consequentemente o aumento da reincidência.

Outro fator é a falta de apoio familiar. É natural em nossa sociedade o egresso do sistema prisional sofrer preconceito dentro da própria família, sendo excluído do convívio familiar, fato que causa revolta e humilhação no mesmo, que, consequentemente, auxilia ao retorno da prática de atividade ilícita.

Há que se considerar que estado auxilia para o aumento deste preconceito, pois não adota políticas públicas voltadas para esta necessidade, fazendo com que ocorra um verdadeiro descaso com o reeducando e seus familiares.

Sendo assim, esta carência de amparo social, seja ao egresso, seja a sua família, dificulta no processo de ressocialização do reeducando, fator que irá gerar o aumento no número de reincidência criminal e um aumento na população carcerária.

Acompanha-se hoje a um fenômeno que afeta toda a comunidade: cadeias, presídios e penitenciárias superlotados, muitos desses estabelecimentos em condições degradantes, sem um projeto de trabalho adequado àquilo que a Lei reza.

Os juristas Prado, (et.al. 2013, p.132) analisam que:

> Não obstante as diretivas legais que versam acerca da estrutura dos estabelecimentos penais, especificamente àquilo que é necessário ao cumprimento de seu fim, é posicionamento uníssono de que um dos grandes entraves da execução penal no país é a fata de estrutura dos estabelecimentos penais.

Há que se ater que a prisão é demasiadamente massacrante para o recluso, e que o simples fato de ser submetido a um processo penal e acusado formalmente da prática de um delito já traz para o indivíduo uma nódoa profunda, produzida pelo simples contato com o sistema carcerário e que dificilmente poderá ser desfeita.

Continuam os juristas (IBID):

> Nessa trilha, em que pese a lei se esforçar no sentido de determinar a criação de um terreno que harmonize a restrição da liberdade (provisória ou definitiva) com o próprio intento da justiça penal, o que se percebe atualmente é uma estrutura carcerária que se afunda nela mesma, pois ao contrário do que se espera, caminha na contramão da finalidade que fundamenta sua razão de ser. Vale ressaltar que exceções, ao que atualmente se entende por regra, quando se trata de estabelecimentos penais, existem, no entanto muito longe de fomentarem as mudanças necessárias, representando exemplos isolados a serem seguidos.

De acordo com o nosso artigo 5º da Constituição Federal em seu inciso XLIX: "*é assegurado aos presos o respeito a integridade física e moral.* "

Notadamente a condição de vida de uma pessoa encarcerada de nada têm a ver com as condições de vida de um ser humano adulto em condições plena, ele se vê ceivado de inúmeras situações que uma pessoa normal tem direito e exerce de fato esse direito, tai como ir e vir, se comunicar, trabalhar, entre outros.

Desta forma, o apenado se vê em uma situação desprivilegiada, o que o leva ter uma diminuição em sua autoestima, não sendo raro casos de depressão no meio carcerário.

Sendo assim, com todas essas deficiências, a falta de projetos de recuperação e a consciência de que a sociedade já o pré-conceitua, soma-se ainda as condições precárias da maioria de nosso sistema penitenciário.

Essa "matemática" somente tende a dificultar a ressocialização do apenado, trazendo apenas revolta e descrédito na vida, auxiliando na possibilidade de reincidência criminal e retorno a vida dentro do sistema prisional.

4.1 - DO MODELO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Quando um indivíduo é condenado à prisão foi devido a alguma prática ilícita que vai de encontro com as normas estabelecidas em sociedade.

Desta forma, essa atitude tem o intuito de afastar o indivíduo do convívio social para proteger a sociedade de novos crimes e dar oportunidade à pessoa condenada de corrigir-se.

No entanto, é fato público e notório que os estabelecimentos prisionais de nosso país não dão as mínimas condições de vida, e existe, ainda, a superlotação, que são fatores que denigrem o ser humano que ali está presente e dificulta todo o processo de ressocialização tão necessário para a nossa sociedade.

Sendo assim, existe um descrédito por parte da população carcerária em tentar se recuperar

para voltar ao convívio social, o que com certeza influência diretamente nos altos níveis de reincidência criminal.

Desta forma, fica claro a necessidade de restruturação no sistema prisional brasileiro, no intuito de garantir um mínimo de dignidade aos reeducandos para auxiliar na sua recuperação, bem como aumentar a possibilidade de uma reinserção social.

A nossa legislação (Lei de Execução Penal) disciplina aduzindo que o encarcerado, tem todos os direitos que não foram lhe retirados pela pena ou pela lei. Significa assim dizer que o preso perde sua liberdade, mas tem direito a um tratamento com dignidade, além do direito de não sofrer violência física ou moral.

O fato é que é totalmente necessário um engajamento da sociedade, juntamente com o estado para realizar uma verdadeira reforma na atual situação do sistema penitenciário nacional, e a partir desta reforma conseguir promover a recuperação de detentos deixando em suas consciências que o mesmo foi punido pela prática de um ato ilícito, mas que está apto a viver dignamente em uma sociedade.

PRADO, HAMMERSCHMIDT, MARANHÃO e COIMBRA (2013, p.36) alegam que: "Observa-se, portanto, que a reinserção social do condenado constitui um dos objetivos principais da execução penal, de forma que o Estado deve providenciar todos os aparatos para sua efetivação. "

Fica claro que é necessário que sejam desenvolvidas ações de políticas públicas no sistema penitenciário, medidas que ajudem na recuperação do apenado.

A lei de Execução Penal traz o embasamento jurídico e teórico para o cumprimento de pena observando os direitos do apenado, mas existe a necessidade de uma parte do estado, principalmente do Poder Executivo, e também da sociedade para que o trabalho de ressocialização seja efetivamente realizado e consiga gerar frutos diminuindo a reincidência criminal.

5- CONCLUSÃO

Após toda a análise retro exposta fica claro que a reinserção social de egressos do sistema penitenciário é uma necessidade básica de nossa sociedade, trata-se, já, deum caso de políticas públicas necessárias para o bem-estar da sociedade.

A reinserção social traz benefícios diretos e indiretos para o apenado e para a sociedade, por isso se necessita que passe a tratar do assunto com mais seriedade em estigmas e preconceitos, pois são situações benéficas e maléficas para a mesma.

Além disso, o nosso Estado, como um todo, deve ter uma maior preocupação com o assunto, pois conseguiria reduzir índices de violência e principalmente gastos públicos, pois a ressocialização diminuiria os índices de violência e consequentemente o número de pessoas encarceradas. É um círculo vicioso que nem o estado e nem a sociedade se deu conta de tal.

A legislação está presente e atual, necessitando que seja cumprida para dar direitos e deveres aos apenados e garantir sua ressocialização.

Sendo assim, falta o estado, através de políticas públicas mais eficientes, juntamente com uma sociedade mais engajada, sabedora de sua força, utilizar a legislação vigente para garantir um mínimo de condições humanas aos apenados e desta forma realizar a reintegração social destes na sociedade.

6- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**; promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Anne Joyce Angher. 6. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

_____ . Senado Federal. **Código Penal de 1940.** Brasília: Senado Federal, 2008.

_____ . Senado Federal. **Lei n. 7.210/84.** Lei de Execução Penal. Brasília: Senado Federal, 2008.

PRADO, Luiz Regis; HAMMERSCHIMDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário. **Direito de Execução Penal**. 3 ed. São Paulo, 2013.

BRUTO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ALBERGARIA, Jason. **Comentários a Lei de Execução Penal**. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

ALBERGARIA, Jason. **Das Penas e da Execução Penal**. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

GOULART, Henny. **Penologia I**. São Paulo: May Love Ltda, 1975.

CAPÍTULO 4

A QUESTÃO INDÍGENA NO BRASIL: UMA ANÁLISE ATRAVÉS DA ATUAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASOXAKMOK KASEKVERSUS PARAGUAY.

Renata Lourenço

Introdução

O presente capítulo tem como objetivo estabelecer uma discussão teórica sobre a questão indígena no Brasil e América Latina através da atuação da politização dos movimentos indígenas e suas consequências para o delineamento de um novo panorama dos direitos indígenas no âmbito nacional e internacional, através da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos em questões de controvérsias entre as comunidades indígenas e os Estados.

Historicamente a questão indígena no continente americano foi tratada com grande descaso, sendo considerada sempre como um entrave ao desenvolvimento e a expansão econômica.

Desta maneira as comunidades indígenas acabam sendo deslocadas para regiões mais distantes e com menor valor econômico, uma vez que se considera a preservação apenas sob a ótica de os indivíduos convivam num mesmo espaço e possam manter seus ritos e crenças, mas de preferência longe da sociedade em geral, ou como acontece com vários povos que vivem próximo a regiões urbanas espera-se que os mesmos incorporem os hábitos e estilo de vida civilizado e que busque aculturamento.

Diferentemente do que ocorria, nas últimas décadas os conflitos sociais ocorridos na América Latina, segundo Bartolomé (1996) tem como componente de grande importância a ação política e de mobilização das populações originárias face aos Estados, em países como Equador, Bolívia, México e Guatemala com uma população indígena significativa vem registrando a ação de movimentos etno-políticos na garantia dos direitos essenciais a preservação destes povos. Embora países como Chile, Venezuela, Colômbia e Brasil, abriguem em seu território um número menor de comunidades indígenas também é possível observação política desses grupos, principalmente aliado, muitas vezes, ao apelo da preservação do meio ambiente.

Segundo Fernandes (2008), estas ações etno-políticos em diversos países latino-americanos, dentro de um contexto neoliberal contribui grandemente com um processo de desestruturação de um sistema tradicional de poder e vem romper a dialética de dominação e resistência bastante marcado na história.

Neste sentido a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos tem um papel essencial na garantia dos direitos das comunidades indígenas numa esfera internacional, o que fortalece as mudanças no sentido de que os Estados passem a ser responsabilizados pela garantia desses direitos.

A decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) no caso Xakmok Kasek traz bastante claro a urgência em os Estados não só reconhecerem as comunidades tradicionais, mas também adequarem as leis e políticas para garantir que estes indivíduos possam viver de acordo com sua cultura.

Na sentença proferida pela CIDH no caso Xakmok Kasek vemos o cuidado dos juízes em analisar a questão não apenas pelo prisma do direito de propriedade, mas sim numa escala bem maior que englobas direitos conexos e que são essenciais a manutenção da comunidade indígena no que diz respeito aos indivíduos e a cultura.

Segundo Gutarra (p.2) "o direito de propriedade evoluiu consideravelmente no sistema de direitos humanos, assumindo uma natureza progressiva que tem enriquecido seu conteúdo", uma vez que direitos como de proteção a vida, a dignidade humana, a saúde entre outros, passam a fazer parte deste conceito, uma vez que apenas a propriedade não é capaz de garantir a manutenção das comunidades indígenas.

Bobbio (1992) questiona a garantia da universalidade dos direitos tendo em vista a soberania do Estado e o como garantir aos cidadãos a universalidade dos direitos dentro de um Estado que não garante a proteção destes, concluindo que neste caso resta aos cidadãos apenas o "direito de resistência".

A problemática da garantia universal dos direitos faz com que os Direitos do Homem careçam de efetividade enquanto direitos reais e não mera pretensão, não podem ser considerado como algo unificado, mas sim uma gama de direitos diversos e às vezes contraditórias interpretados a partir de concepções diversas e aplicados aos casos concretos.

Neste sentido, para a compreensão da amplitude da atuação da CIDH na garantia dos direitos humanos se faz necessário uma reflexão acerca dos princípios basilares dos direitos humanos e sobre sua aplicação no que se refere a garantia de direitos de comunidades indígenas e tradicionais no âmbito do direito a propriedade comunitária , dignidade humana, direitos conexos, bem como perpetuação destas populações através da sua cultura, sob um prisma não meramente jurídico, mas também antropológico.

A complexidade no que diz respeito a compreensão e interpretação dos Direitos humanos, dada a amplitude dos elementos que compões se apresenta como um grande desafia para sua real aplicação. Segundo Bobbio (1992), dentro de uma interpretação positivista, a impossibilidade de se definir os Direitos Humanos de forma exata e atribuir a eles uma norma específica que os legitime através de um fundamento único e universal, faz com que estes direitos se caracterizem como "direitos que se gostaria de ter" e não direitos que se tem, sendo que para sua aplicação seja necessário um consenso entre diversas correntes de interpretação.

Neste sentido, a efetividade da garantia dos direitos humanos tão heterogêneos e muitas vezes concorrentes, como os que englobam os direitos humanos não podem ser compreendidos apenas dentro de uma visão universalista, restritiva.

Conceitos como dignidade humana traz em seu escopo a imensa complexidade de se buscar determinar um valor absoluto a todos os povos, uma vez que este conceito sofre diretamente influência do contexto histórico e cultural em que estão inseridos. Assim não se pode considerar dignidade humana como um conceito único, mas sim uma multiplicidade de dignidades que se apresentam na efetivação dos direitos humanos enquanto direitos conexos e essenciais a humanidade.

Nesta seara, este trabalho tem como objetivo apresentar uma discussão teórica acerca da questão indígena no Brasil, traçando um paralelo a decisão da CIDH no caso Xakmok Kasek no que concerne ao direito de propriedade de terra ancestral e todos os direitos conexos.

1 - Conflitos indígenas no Brasil

Desde a colonização, os povos indígenas sempre foram tratados a margem da sociedade, constituindo juntamente com as populações tradicionais (ribeirinhos e quilombolas) uma categoria a parte de cidadão, ou seja, minorias que em certos momentos estão tuteladas pelo Estado, mas que não participam ativamente da sociedade brasileira, como afirma.

Diferentemente da maioria dos países da América Latina, o Brasil possui um número bastante reduzido de indígenas espalhados pelo país, porém a maior parte dessas comunidades estão localizadas na região conhecida como Amazônia Legal, em áreas de grande conflito entre comunidades indígenas e grandes produtores que buscam cada vez mais ampliar a fronteira agrícola no país, bem como também outras atividades econômicas como a extração de madeiras e minerais.

A concepção deque as comunidades indígenas devem ser preservadas tendo como foco a garantia de viverem de acordo com sua cultura ancestral, é bastante recente, uma vez que os movimentos de defesa e as políticas desenvolvidas pelo Estado nas décadas de 70 e 80 tinham como foco a igualdade entre as comunidades indígenas e a sociedade em geral. Porém esta concepção de igualdade se pautava num processo de aproximar essas comunidades da cultura do "branco", num processo de torná-los iguais no modo de viver, conforme pode ser observado na fala de Barbosa (2011):

> O tratamento jurídico brasileiro conferido aos povos indígenas por muito tempo esteve atrelado à concepção de que estes constituíam entrave ao desenvolvimento nacional em razão de não se rederem aos objetivos políticos e econômicos predominantes, ou seja, conforme o período histórico brasileiro observa-se que a legislação indígena ao invés de promover a tutela dos interesses das sociedades indígenas, se fundamenta basicamente na estigmatização destas, tratando-as de forma preconceituosa sem se importar efetivamente no atendimento de suas necessidades, peculiaridade que esteve presente em todo o processo legislativo indigenista desde o período colonial até o século XX, no qual em 1988 a Constituição Federal promulgada rompeu com essa concepção até então adotada. (BARBOSA &SOUZA,2011 online).

Belfort (2006), afirma que "a legislação indígena esteve pautada em três paradigmas, o do extermínio, o da integração e, só depois do advento da Constituição Federal de 1988, o de reconhecimento de direitos originários e ampliação de garantias", porém mesmo após a promulgação da Constituição Federal a efetivação dos direitos fundamentais dos indígenas vem ocorrendo de forma bastante precária, como pode ser observado na implantação de escolas e postos de atendimento médico nas reservas já homologadas e o processo de homologação e ocupação de novas áreas vem ocorrendo de forma bastante lentas e podem desencadear conflitos entre indígenas, produtores agrícolas, garimpeiros entre outros , como pode ser observado em diversos casos notório no pais, como o episódio envolvendo os Cinta-Larga , Guarani-Kaiowás e mais recentemente a desocupação por não nativos da área da Reserva Raposa Serra do Sol e a ocupação dos canteiros de obras da Usina de Belo Monte.

Assim, mesmo o Estado reconhecendo o direito das comunidades indígenas o mecanismo de implementação de medidas para a garantia dos direitos dessas comunidades ainda é bastante precário no Brasil, uma vez que muitas vezes as terras demarcadas abrigam grandes fazendas ou reservas de recursos naturais, fazendo com que os conflitos tomem uma dimensão bastante significativa.

Atualmente no Brasil, podemos observar diversos conflitos com base na apropriação de terras salvaguardadas como terras indígenas por grandes produtores, garimpeiros, madeireiras que avançam para dentro das reservas sem que os indígenas tenham condições de combatê-los de forma eficaz, ficando aqui bastante claro a omissão do Estado em proteger essas áreas e as próprias comunidades que por direito por ali vivem.

Na decisão da CIDH no caso Xakmok Kasek fica bastante explícita a posição dos juízes quando a responsabilização do Estado pela inação em situações que ameacem ferir os direitos dessas comunidades, seja na garantia do território, da integridade, saúde entre outras. Embora quando se fala em direito indígena

Neste sentido, os direitos assegurados,vão bem além da simples propriedade, atingem as condições necessárias para que indivíduos possam se desenvolver e preservar sua cultura, atendimento médico, educação e condições mínimas de sobrevivência das comunidades indígenas nas terras demarcadas, conforme nos traz Silva (2006 p.) "esses grupos sociais reivindicam direitos de caráter coletivo, como a garantia do direito a terra, aos recursos naturais e principalmente à autodeterminação política e à cultura própria, dos quais o resguardo passa pela efetividade de seus direitos fundamentais".

Neste sentido, o movimento indígena no Brasil, assim como em outros países do continente, tem passado por um processo de politização, de busca de representatividade e participação nas decisões políticas referente a questão indígena, contrastando desta forma com a posição de tutela do Estado no qual estiveram sujeitos e ainda juridicamente se encontram.

Segundo Barbosa & Souza (2011):

> Apesar desse sistema de tutela existir em nome da proteção pessoal e patrimonial dos povos tradicionais, não se concebe no estágio atual o entendimento jurídico de que os índios considerados como "não integrados" sejam por esta razão plenamente incapaz para os atos da vida civil necessitando da mencionada tutela, o que se há em alusão, não é somente a questão de capacidade indígena, mas, sobretudo o respeito à diferença cultural, a qual não determina de pronto a incapacidade dos índios. Hodiernamente, o que se percebe é a constante atuação de representantes dos povos nativos nos fatos realizados pelos considerados civilizados, a exemplo de participação em reuniões e encontros governamentais em busca do efetivo cumprimento de seus direitos, restando demonstrado que estes têm condições próprias de se auto-protegerem, observados o atendimento de requisitos legais, pelos quais não se exige a absorção de valores e hábitos civilistas em detrimento da manutenção e promoção de sua cultura como defende o sistema integracionista incorporado no Estatuto do Índio.(BARBOSA & SOUZA,2011 p.

Rocha (2013) salienta que os conflitos que envolvem as comunidades indígenas, são a demonstração de "para além da luta pelo controle das terras ancestrais, o que está em jogo é a condição da sociedade brasileira em comportar outras formas de vida coletiva.", sendo que em decorrência da baixa concentração de população indígena no país estas sempre foram consideradas minorias sem representatividade, bastante diferente da configuração existente em países com Bolívia, Equador entre outros , em que se encontram bem mais avançados nesta questão de direitos indígenas.

Assim, Rocha (2013) apresenta que o movimento indígena no Brasil através de entidades como a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) apresenta em suas demandas além da demarcação imediatas de terras indígenas, a aprovação do Novo Estatuto dos Povos Indígenas e a desarticulação de Propostas de Emenda Constitucional e leis que afetem diretamente os

direitos reconhecidos na Constituição federal de 1988, a aplicação da Convenção 169 da OIT e da Declaração da ONU, a fim de assegurar a participação em instâncias oficiai mediante representação paritária nas instâncias decisórias referente a estes direitos.

A mudança de posicionamento do movimento indígena no Brasil tem buscado a ruptura com esse sistema de tutela do estado e se estruturar através do auto representação, não mais ficando atrelada a instituições como a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) que até hoje é responsável pela articulação entre as comunidades indígenas.

Neste sentido, de grande relevância se apresenta a jurisprudência da Corte Interamericana de direitos Humanos, no caso Xakmok Kasekx Paraguai, onde traz a obrigação do estado em reconhece a personalidade jurídica da comunidade e tomar as devidas providências para que este reconhecimento seja transmitido publicamente para o conhecimento de todos, sendo que este reconhecimento seja um caminho a ser trilhado por todos os países, principalmente o Brasil, como pode ser observado:

> A temática indígena é então um problema de ordem política, e não mais apenas de questão étnica, antropológica ou social, a ser considerado pelos Estados dentro de uma formulação e implementação de políticas públicas. Por outro lado, no mundo contemporâneo, o direito dos povos indígenas não se restringe à política interna ed cada país, mas vem se transformando em normas de ordem internacional que cada país deve aplicar em. (CEPAL[13], 2006 b in URQUIDI, TEIXEIRA & LANA, 2008 p. 200)

Desta forma, para Urquidi; Teixeira & Lana (2008) através da politização das comunidades indígenas estas passam a ser objeto de interesse das instituições internacionais no sentido em que as atuações políticas destes grupos passam a gerar consequências, uma vez que os grupos passam a se impor pelo número de integrantes e pelo poder político.

> Consequentemente, a questão étnica tem se transformado em assunto político a se repensar, nacionalmente questões como questões de território, recursos naturais, questões de identidade e de reconhecimento da diversidade, problemas de educação e expressão cultural e principalmente demandas por autonomia e participação nas decisões que afetam os povos indígenas. (p.201).

Para Sieder (2002) a politização das questões indígenas traz consigo a confluência de três aspectos que de modo interligados que descrevem este novo cenário nas questões indígenas e de Direitos Humanos:

> A teoria sócio-política observou que a politização recente das questões étnicas resulta de uma confluência de no mínimo três aspectos que atuam de modo interligado: (a) o desenvolvimento do Direito Internacional, caracterizando os direitos indígenas como parte específica dos Direitos Humanos; (b) a emergência de movimentos indígenas que atuam, nacional e internacionalmente, cada vez mais como grupos de interesse dentro da sociedade civil e nos espaços públicos democráticos, pressionando por uma nova leva de direitos coletivos; e (c) os processos recentes de reformas constitucionais em vários países, reconhecendo - pelo menos em princípio- o caráter multiétnico de suas sociedades (SIEDER, 2002 in: URQUIDI,TEIXEIRA & LANA,2008 p.201).

Neste sentido, a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos em casos de violação de direitos de comunidades indígenas e tradicionais vem corroborar com o processo de fortalecimento destas comunidades e a urgência da adequação dos Estados diante dessas comunidades, através de decisões.

13 Comissão Economica para a América Latina CEPAL/ONU

2 - O Brasil perante a CIDH – Caso Belo Monte

Nos últimos anos diversos conflitos indígenas por todo o país fizeram repercutir na sociedade brasileira a necessidade de se discutir de forma mais intensiva as questões indígenas e as ações governamentais em relação a garantia dos direitos indígenas, sendo que três casos tomaram notoriedade e passaram a fazer parte das discussões em todos os níveis da sociedade, são eles, a desocupação por não nativos da região da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol em Roraima, a resistência dos Guaranis-Kaiwoás no Mato Grosso do Sul e a ocupação dos canteiros de obras da Usina de Belo Monte no Pará, sendo que este ultimo se tornou emblemático e levou a CIDH a pedir explicações ao governo brasileiro sobre questões de violações de direitos indígenas e ambientais.

A repercussão destes conflitos através das mídias sociais foi essencial para que as discussões ganhassem as ruas e passassem a fazer parte do cotidiano da população que historicamente não possui um perfil de luta na defesa dos direitos indígenas, podendo representar um novo posicionamento e atuação nesta luta.

Os protestos sobre a construção da Usina de Belo Monte no Pará são antigos por parte dos movimentos de defesa dos direitos indígenas e de preservação do meio ambiente, tendo em vista que o represamento do rio e a formação do lago da Usina vai atingir diversas comunidades indígenas e um sem número de espécies da fauna e da flora da região.

A representação feita pelo Movimento Xingu Vivo para sempre e mais 40 outros movimentos de defesa indígenas da bacia do Xingu, junto a Corte Interamericana de Direitos Humanos sob o pedido de medida cautelar para paralisar o processo de licenciamento ambiental e o andamento de quaisquer obras na região, tendo em vista que não foram observados os direitos das comunidades que vivem na região a ser atingida pela Usina de Belo Monte, o que levou a Organização dos Estados Americanos OEA e a Corte Interamericana de Direitos Humanos solicitar explicações aos governo brasileiro sobre as alegações de violações de direitos indígena e ambientais, gerando uma situação de constrangimento público ao Brasil e ao qual o governo se posicionou de forma contrária e indignada .

A ação do governo brasileiro sobre essa demanda, através da utilização de sua força política retirando seu candidato a membro da comissão e ameaçando suspender as contribuições financeiras do país a OEA.

A postura adotada pelo governo brasileira atinge diretamente o processo de fortalecimento da atuação dos movimentos indígenas na América Latina, contrariando seu discurso de defesa dos direitos humanos e utilizando de artifícios para não acatar a decisão de um órgão da qual faz parte como pode ser observado no texto publicado no site do movimento Xingu Vivo para sempre:

> A atuação do governo na construção de Usina de Belo Monte desde o início tem apresentado diversos. Com essa postura, o governo federal tem tentando utilizar argumentos esdrúxulas, como a alegação de que as comunidades indígenas da Volta Grande do Xingu não serão "diretamente afetados", apesar de todas as evidências científicas, inclusive um estudo da Funai de 2009 reconheça o possível deslocamento de indígenas de suas terras pela falta de recursos hídricos. É inaceitável, do ponto de vista legal, que ao invés de tentar analisar as melhorias necessárias que as ações de execução requerem, o governo brasileiro insista que tais medidas não sejam adequadas, embora as evidências indiquem o contrário. (Publicação on line, sem data.)

Deste modo o governo brasileiro através da concessão da licença de instalação, demonstra que vem ignorando as medidas cautelares da CIDH, sem que tenha havido por parte do governo qualquer esforço para que o conflito fosse resolvido.

A mobilização contra a construção da Usina de Belo Monte tem ganhado visibilidade não só por organizações nacionais e internacionais de defesa dos direitos Humanos, mas também de várias autoridades, membros da sociedade civil, bem como o apoio da Comissão de Diretos Humanos da Câmara de Deputados aprovou uma resolução apoiando a decisão da CIDH, sendo que o Ministério Público Federal interpôs inúmeras denúncias no mesmo sentido, que deverão se apreciadas no sistema judicial brasileiro.

Neste contexto a petição final com as denúncias de violações foi entregue a CIDH, reiterando as ilegalidades constantes no processo de licenciamento da usina, desrespeito ao direito de consulta e ao acesso à informação e à justiça das comunidades da Volta Grande do Xingu e de parte dos habitantes de Altamira, listando também os prejuízos ambientais que afetarão a bacia do Rio Xingu, bem como também questões de saúde e cultura através do deslocamento das comunidades indígenas que vivem no local.

3 - Considerações Finais

No decorrer do trabalho foi possível perceber que a questão do direito indígena é bastante complexa, e tem se estruturado através da atuação de movimentos de defesas das comunidades indígenas, a través da atuação política, buscando uma participação mais efetiva em decisões que dizem respeito á essas comunidades.

A politização dos movimentos indígenas se apresenta como uma forma de garantir representatividade e atuar na sociedade e não apenas como população marginalizada como historicamente se caracterizavam nosso país.

A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento de casos que envolvem violação de direitos indígenas tem contribuído para a efetivação desses direitos a medida que alça a esfera internacional conflitos internos dos Estados e atua como força de pressão na resolução desses conflitos.

A mudança de concepção sobre a questão indígena no Brasil é bastante importante, mas ainda necessita de grandes avanços para fazer com que as comunidades indígenas possam exercer de forma ampla seus direitos e cidadania, através de uma atuação mais ativa dessas comunidades, através da auto-representação e não mais na condição de tutelados.

4 - Referências Bibliográficas

BARBOSA, E.M.;SOUZA,M.N. **Direitos indígenas fundamentais e sua tutela na ordem jurídica brasileira**. Disponível em meio eletrônico no endereço http;//www;ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8978&revista_caderno=9. Acesso em 25/03/2015.

BARTOLOMÉ, Miguel Alberto. **Movimentos Etnopoloticos y Autonomias Indigenasen Mexico.** Brasília, 1996. Disponível em meio eletrônico no endereço ;http://www.unb.br/ics/dan/serie_antro.htm. acesso em 28/03/2015.

BELFORT, L. F. I.. **A proteção dos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas, em face da convenção sobre diversidade biológica.** 2006. 139 f.. Dissertação Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 25/03/2015

BOBBIO,N. **A Era dos Direitos**. 19ª reimpressão. São Paulo: Editora Campus, 1992.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença do Caso XákmokKásek, 2010. Disponível em meio eletrônico no endereço http://www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia#, acesso em 25/03/2015.

FERNADES, T.C. **Mariátegui y lasraíces de larebelión indígena**.Disponivel em meio eletrônico no endereço http://www.sys.espacosigma.scire.coppe.ufrj.br/UFRJ/SIGMA/producoes/consulta/relatorio.stm?app=PRODUCOES&id_producao=288816&buscas_cruzadas=ON

GUTARRA,E.F. **O direito à propriedade e aos direitos conexos das comunidades indígenas e tribais.** Disponível em meio eletrônico no endereço http://edwinfigueroag.wordpress.com/2012/05/31/el-derecho-a-la-propiedad-y-derechos-conexos-de-las-comunidades-indigenas-y-tribales-cargas-legitimas-para-el-sistema-internacional-de-los-derechos-humanos-o-derechos-aislados-ensayo/.Acesso em 05/04/2015.

MONSALVES,V.B.: ROMÁN,J.A. **As tensões da dignidade humana: conceitualização e aplicação no direito internacional dos Direitos Humanos.** Revista SUR,v.6, n.11, dez 2009 p.41-63.

ROCHA, B.L. **Conflitos e Direitos Indígenas no Brasil atual.** Disponível em meio eletrônico no endereçohttp://oglobo.globo.com/pais/noblat/posts/2013/06/05/conflitos-direitos-indigenas-no-brasil-atual-por-bruno-lima-rocha-499028.asp. Acesso em 30/04/2015.

SILVA, Américo Luís Martins da. **Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais.** Vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

URQUIDI,V.; TEIXEIRA; V; LANA,E. **Questão indígena na América Latina: Direito Internacional, novo Constitucionalismo e Organização dos Movimento Indígenas.** Caderno PROLAM-USP.

CAPÍTULO 5

BEUCHOT, LUÑO, SEN, SILVA, SARLET E KANT UM DIÁLOGO SOBRE OS DIREITOS HUMANOS

Rose Kelly dos Santos Martinez Fernandez

1 - INTRODUÇÃO

A Organização das Nações Unidades (ONU), criada ao final da II Guerra Mundial, aprovou em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que prevê *"um mundo em que os seres humanos gozem de liberdade de palavra, de crença e de viverem a salvo do temor e da necessidade".* Desde então, o direito vem discutindo a fundamentação dos direitos humanos, para que o mesmo possa se efetivar e cumprir plenamente os princípios fundamentais assegurados pela DUDH, e pelas constituições nacionais que inseriram em seu texto o rol de direitos considerados essenciais e fundamentais a todo e qualquer ser humano.

A partir das discussões realizadas em sala de aula, dos textos de Beuchot, Luño, Sen, Silva, Sarlet e Kant, propõe, por meio deste artigo apresentar um diálogo entre os posicionamentos destes autores a respeito dos direitos humanos, considerando a lei universal considerada por Immanuel Kant como o pilar de todo direito humano.

2 - DIREITOS HUMANOS

Antes de se falar dos direitos humanos (DH), propriamente dito, se faz necessário entender a concepção de direito. Segundo Immanuel Kant (2003, p.76), em sua obra A metafísica dos costumes -, fala do conceito do direito como estando vinculado a uma obrigação correspondente, primeiramente com a relação externa e prática de uma pessoa com outra, segundo lugar uma relação com a escolha do outro e, em terceiro lugar nesse relação recíproca de escolha, não se considera a matéria da escolha, ou seja, o que cada um tem em mente com o objeto desejado, o que está em questão é a forma na relação de escolha por parte de ambos. "O direito é, portanto, a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo com uma lei universal de liberdade".

Entende-se que a escolha de um indivíduo, desde que não invada a escolha de outrem no contexto da liberdade universal, ou seja, não prejudique o direito alheio, pode ser satisfeita.

Em relação a concepção de direito, (BEUCHOT, 1999). Aponta que o direito fundamental é o direito a liberdade; a igualdade; a equidade; ao trato igualitário e equilibrado do qual deriva o direito a liberdade. Para esse estudioso, as leis são simplesmente a convenção pura dos costumes.

Os direitos humanos segundo Sen (2000) referem-se a um conjunto de pretensões éticas, sem que anule a utilidade da ideia de direitos humanos no tipo de contexto no qual eles são comumente invocados. Julga-se plausível os DH como um sistema de raciocínio ético e como a base de reivindicações políticas.

Ainda, segundo Sen (2000) os direitos humanos se tornaram uma temática, debatida em todos os âmbitos, nacionais e internacionais, e várias concepções literárias. No entanto, há preocupações que cerceiam as discussões, na primeira linha crítica há o receio de que os DH

confundam consequências dos sistemas legais com os pré-legais que não fornecem as pessoas um direito juridicamente exigível. Na segunda linha relaciona-se a maneira assumida pela ética e pela política dos direitos humanos. Na terceira linha os DH são vistos como pertencentes ao domínio da ética social.

Já Beuchot (1999) ao analisar a teoria de DH leva em consideração as concepções vertidas por Ronald Dworkin, cujas pesquisas tiveram como base os direitos humanos e a igualdade diante da lei. Para Dworkin os princípios e as leis morais se encontram na realidade e constroem um sistema, sem um modelo natural se pode fazer as correções em prol do equilíbrio e, o equilíbrio oscila de acordo com a mentalidade ontológica e política de cada individuo.

O direito a igualdade refere-se ao direito que cada homem tem de ser tratado com equidade, com dignidade e tendo sua pessoa, seus costumes, seus gostos respeitados. Dworkin diz que a lei natural é a igualdade perante a lei, que deveria pertencer a todos os indivíduos no interior do estado. Isto mostra-nos um direito natural que oscila entre formal e material, através do trabalho da pragmatização processual do ontológico (BEUCHOT, 1999).

Neste contexto da igualdade, está a liberdade individual, que por sua vez, deve coexistir com a liberdade de todos os outros, em conformidade com a lei universal, pois este é o único direito, o original que pertence a todos os homens devido a humanidade dos mesmos (KANT, 2003).

Para Sen (2000) os DH podem ser pretensões, poderes e imunidades sustentados por juízos éticos que atribuem importância intrínseca a essas garantias. Os direitos humanos podem ir além da esfera dos direitos legais potenciais em oposição aos direitos legais reais.

Por se empenharem pela liberdade pessoal e política, os ocidentais convidam o mundo para entrar no clube da democracia ocidental e defender os valores ocidentais tradicionais. O valor da liberdade pessoal é importante e deve ser assegurada para aqueles que importam em uma boa sociedade e a igualdade de liberdade todos importam e a liberdade que é assegurada deve ser garantida a todos (SEN, 2000).

Na Ásia, Confúcio já fazia considerações a respeito da liberdade, tolerância e igualdade. Na índia, Ashoka, um universalista, apregoava a tolerância entre todos. Akbar, imperador mongol, também ressaltou a aceitabilidade de diversas formas de comportamento social e religioso, um democrata que admitiu diversos tipos de direitos humanos, inclusive a liberdade de culto e prática religiosa (SEN, 2000).

No mundo global de hoje, a equidade de oportunidades culturais e econômicas intensificaram sua relevância, um desafio. A competitividade exige que as pessoas estejam capacitadas, além disso, é notório a importância do simples ato de ler e escrever, de ser bem informado e estar atualizado (SEN, 2000).

Para Kant (2003) não se pode considerar a equidade objetivamente, pois essa não deve ser base para intimar alguém a cumprir um dever ético com outrem.

Quanto a universalidade dos direitos, se iniciou com a Declaração Universal dos Direitos Humanos pela ONU em 1948. Nesse sentido, Luño (2006) ressalta que apesar da elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela ONU, muitos homens ainda vêem seus direitos fundamentais serem descumpridos. Salienta que a declaração continua sendo uma linda promessa não cumprida a diversos e relevantes segmentos da humanidade, mesmo aqueles que conseguiram a emancipação da dominação, do temor e da ignorância.

A DUDH possui um caráter universal, os Estados em sua soberania devem proteger os direitos humanos contra prováveis violações, no entanto, é notória a constante violação dos DH

diante dos variados problemas que afetam toda a humanidade. A universalidade da DUDH é de grande importância, pois representa a gênese, a base, o pilar das concepções dos direitos humanos (LUÑO, 2006).

Leva-se em consideração as concepções de Immanuel Kant (2003) o qual evidencia que historicamente os homens são membros de uma grande família, uma sociedade, e essa sociedade se manifesta em cada pessoa como uma tendência racional e cosmopolita.

Essa universalidade constitui um pressuposto fundamental até mesmo para a origem dos direitos humanos, hoje, mas do que nunca é necessário conceber os valores e direitos humanos, em todas dimensões (linguísticas, religiosas, sexuais, ideológicas, etc.), pois os DH encontram-se sob riscos, em consequência da globalização. Os movimentos políticos que mais atacam a ideia da universalidade dos direitos humanos, Poper em sua obra 'A sociedade aberta e seus inimigos' (1967) debateu sobre a universalidade dos DH e os seus inimigos, construindo críticas no plano filosófico, político e jurídico.

Luño (2006) destaca diversos horrores acometidos contra os direitos humanos, tais como: a circuncisão feminina em países africanos e asiáticos; a tirania que viola os princípios fundamentais dos DH (liberdade, igualdade e dignidade) em diversas partes do mundo; denunciados pela ONU ou por ONGs como a Anistia Internacional. Algumas dessas violações se pautam na identificação cultural para serem justificadas. Para Luño quando os DH são violados de maneira constante, as nações têm a obrigatoriedade de interferir em prol da universalidade dos direitos humanos.

Ressalta-se que os direitos humanos ao serem concebidos e implantados em diversas nações se depararam com contradições, como o regime escravistas nas Américas, a segregação racial na África e Europa, entre outros problemas que precisam ser sanados para que se efetivasse realmente os princípios fundamentais dos DH em todo os lugares do mundo. No Brasil, por exemplo, além do regime escravista, temos ainda que lidar com a discriminação racial velada, a homofobia, a desigualdade social, entre outros problemas que afligem a maior parte de nossa sociedade.

Os DH são universais, portanto, atribuem a humanidade uma série de princípios fundamentais ou direitos fundamentais, alguns de certa maneira cumpridos, outros não foram efetivados. Enfim, os direitos humanos precisam ser efetivados em muitos lugares.

3 - DIREITOS HUMANOS E A DiIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Dentre os diversos princípios fundamentais que fazem parte do rol dos direitos humanos está a dignidade da pessoa humana, talvez o único princípio inerente a pessoa, pois trata-se da pessoa em si, como um todo em todas as dimensões, vai além das concepções de cunho biológico, ontológico, antropológico e sociológico. Mas, enquanto rol dos DH, a dignidade humana também tem sido violada.

A dignidade da pessoa humana (DPH) possui íntima relação com a personalidade humana. Portanto as discussões acerca das dimensões da DPH propostas por Sarlet (2013) referem-se à complexidade da própria pessoa humana e o meio em que desenvolve sua personalidade, para que se possa sustentar a noção de dignidade da pessoa, em particular no âmbito do direito.

A dignidade da pessoa humana é concebida como o próprio ser humano, ou seja, em todas as suas particularidades, peculiaridades e dimensões. E, por ser um princípio que compõem o rol dos direitos fundamentais apresentados em muitos textos constitucionais, inclusive o brasileiro, bem como na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a DPH necessita de proteção para que os indivíduos possam exercê-la de maneira plena e efetiva.

Sarlet (2013) destaca que a DPH, enquanto qualidade integrante da condição humana, deve ser encarada como um princípio irrenunciável, reconhecido, respeitado, promovido e protegido, mas que pode ser violado, embora não possa ser cedido ou retirado.

Portanto, até mesmo os indivíduos indignos e criminosos possuem direito a proteção da sua dignidade, pois trata-se de um princípio inerente ao homem, independentemente da sua maneira de agir, estar ou não em conformidade com as leis e ordens sociais estabelecidas em prol da convivência pacífica e harmoniosa.

Há inúmeras teorias a respeito da dignidade da pessoa, que podem ser agrupadas em torno de duas concepções, as teorias que compreendem a dignidade como dádiva, no sentido de que a dignidade constitui uma qualidade ou propriedade peculiar e distintiva da pessoa humana e, as teorias denominadas de prestacionais, que vêem na dignidade o produto da subjetividade humana (HOFMANN in SARLET, 2013).

A dignidade possui uma dimensão dúplice, que se manifesta enquanto expressão da autonomia da pessoa bem como da necessidade de sua proteção por parte da comunidade e do Estado, quando fragilizada ou ausente a capacidade de autodeterminação (SARLET, 2013).

Para Dworkin, a dignidade possui voz ativa como passiva e ambos são conectados, de tal sorte que é no valor intrínseco da vida humana de todo e qualquer ser humano, que encontramos a explicação para o fato de que mesmo aquele que já perdeu consciência da própria dignidade merece tê-la considerada e respeitada.

Sarlet (2013) faz referência a Santos (2008) em relação as suas concepções sobre direitos humanos e da noção da dignidade da pessoa humana, que se assentam num conjunto de pressupostos tipicamente ocidentais. Em verdade, pois todas as culturas possuem concepções de dignidade humana, embora nem todas elas a concebam em termos de direitos humanos, razão pela qual se impõe o estabelecimento de um diálogo intercultural.

Kant (2003, p. 277) diz que:

> A humanidade em sua pessoa é o objeto do respeito de sua parte exigivel de todo outro ser humano, mas que ele, por sua vez, também não pode perder. Por conseguinte, ele pode e deve valorar-se tanto por um baixo padrão quanto por um alto padrão, dependendo de se vê a si mesmo como um ser dotado de sentidos [...] ou como ser inteligivel [...].

Infere-se desta citação que o homem, enquanto indivíduo deve dar valor a si mesmo, para que possa exercer seu direito a dignidade da pessoa humana, pois se não se valorizar, se submeterá as vontades alheias, aos interesses de outrem deixando a si mesmo a mercê da opressão e desmandos. Ou seja, imporá a si mesmo a perda do exercício de um dos princípios ou direitos que compõem o rol de direitos humanos.

Tanto a filosofia do direito quanto o direito devem garantir através da adequada construção e compreensão da noção de dignidade da pessoa humana, bem como a promoção e a proteção da dignidade de todas as pessoas em todos os lugares.

4 - A EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Hoje, vivencia-se um estado quase pleno de barbárie, as pessoas têm seus direitos individuais e coletivos violados. Por exemplo, no dia 17/06/15 o mundo se chocou ao ver que os direitos de liberdade religiosa, da dignidade da pessoa humana, inclusive os direitos à vida foram transgredidos de forma brutal numa igreja evangélica na cidade de Charleston (Carolina do Sul,

EUA). Um único ser humano violou todos os direitos fundamentais que compõem as constituições nacionais, inclusive a norte americana, que faz parte do rol de direitos considerados essenciais ao homem, enquanto indivíduo e ser social.

Por isso, Bobbio (1992) exalta tanto que hoje, o foco das preocupações e discussões não deve ser em relação aos conceitos e fundamentos do DH, nem quanto a origem dos direitos, mas sim, se os caminhos, os métodos usados para a proteção dos direitos humanos realmente asseguram que o mesmo seja efetivado, bem como os demais direitos

Entende-se, portanto, que os problemas relacionados a fundamentação dos direitos foram resolvidos, mas ainda é necessário assegurar a efetividade desses direitos (LUÑO, 2006). A fundamentação dos DH permeia todos os planos da vida humana, tais como: plano abstrato e teórico, o plano da interpretação políticas, jurídica e legislativa.

A violação contínua e constante dos DH motiva justificação racional dos direitos humanos, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU é considerada uma prova de que um sistema de valores humanos pode ser fundamentado. Por isso, há aqueles que defendem a necessidade de discutir ainda mais a fundamentação dos direitos humanos para que, então, se possa de maneira real efetivá-lo.

Contudo, quando se fala da fundamentação dos direitos humanos, não se refere a fundamentação jurídico positiva do mesmo, mas sim das justificativas racionais que ensejam sua positivação, as razões que fizeram a ordem jurídica acolhê-lo e positivá-lo. Então, a fundamentação dos DH refere-se ao problema de buscar uma justificativa racional.

Como diz Bobbio (1992), não se trata do direito que sem tem, mas sim daquele que se deseja ter.

Ao se estabelecer fundamentos para os direitos, conforme apresenta o autor, evidencia-se os motivos e razões que possibilitaram a positivação de determinado direito, e desta forma pode-se convencer os demais a aceitar essa ideia.

No entanto, há aqueles que defendem da mesma maneira que os valores éticos, jurídicos e políticos não pretendem uma validez geral, intersubjetiva e limitam-se a expressar convicções pessoais, da mesma forma a fundamentação dos direitos humanos é uma tarefa impossível.

Para falar do direito enquanto ciência, Bobbio (1992) lembra que as ciências estudam a distinção entre os juízos de fatos dos juízos de valores, excluindo os juízos de valores, pois a ciência consiste somente em juízos de fatos. Essa distinção e exclusão levam ao conhecimento da realidade, ou seja, tal juízo tem a finalidade de informar e de influir.

Para Luño (2006) a razão humana são valores relativos, ou seja, o juízo com que julgamos algo como justo não pode excluir jamais a possibilidade de um juízo de valor oposto.

A concepção subjetivista impossibilita a fundamentação dos DH, por destacar a possibilidade de estabelecer premissas racionais para justificá-los. Assim resta ao positivismo jurídico analisar as técnicas de positivação, por intermédio das quais os direitos humanos ganham *status* normativo nos ordenamentos jurídicos dos diversos sistemas políticos em funcionamento.

Os valores são algo que se põe antes do conhecimento ou da conduta humana, representam um ideal em si e *de per si*, com consistência própria, por isso não são projetados e nem construídos pelo homem. O DH pode ser fundamentado pela concepção jusnaturalista (considera os direitos humanos como direitos naturais) e fundamentação ética (os direitos humanos são considerados direitos morais).

Os direitos humanos existem e os sujeitos os possuem, independentemente de serem ou não reconhecidos pelo direito positivo. A justificação racional dos DH ainda se encontra aberta,

não se pode dizer que exista uma uniformidade de pensamento nesse sentido, nem perspectivas de consenso, o debate é marcado por sutilezas e construções teóricas diferentes.

5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar a história humana, percebe-se claramente que antes da Revolução Iluminista, em que houve as primeiras discussões acerca dos direitos dos homens, cujo lema se fundamentava na *liberté, égalité, fraternité* (Liberdade, igualdade e fraternidade) e acabou por influenciar diversas nações em busca da emancipação e direitos, as sociedades humanas eram submetidas aos interesses dominantes, ou seja, daqueles poucos detentores de poder socioeconômico e político.

Mas, ainda assim, alguns filósofos, autoridades (reis e imperadores), em particular da Ásia, desde a Antiguidade, de alguma maneira estabeleceram determinados direitos humanos, tal como de liberdade ao culto, tolerância, alguns aspectos que por um longo período foram inconcebíveis no ocidente, em que a tolerância religiosa por muito tempo não fora admitida, se quer a racial. Alguns estudiosos acreditam que a base dos direitos humanos são os direitos naturais, e que as leis são simplesmente os costumes sistematizados e legalizados.

Hoje em dia os direitos humanos estão consolidados na declaração universal dos direitos humanos, tais como: da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, entre outros. No entanto, a história evidencia que atualmente os direitos humanos estão consolidados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nas constituições nacionais, portanto, devem ser protegidos para serem efetivos. Mas, a ocorrência das duas grandes guerras mundiais, em que os direitos humanos foram violados de maneira ampla, que se estabeleceu a Declaração universal dos Direitos Humanos, a fim de proteger os direitos fundamentais dos homens, tais como da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da vida, entre outros.

Contudo, mesmo vivenciando uma era de revolução tecnológica e global, nos dias atuais há uma preocupação crescente com a efetividade dos direitos humanos, os quais estão sendo cada vez mais violados, em âmbito nacional como internacional, por exemplo: a homofobia, os refugiados sírios à deriva no mar mediterrâneo, a guerra entre palestinos e israelitas; a segregação da mulher nos países muçulmanos; o estado islâmico, entre outras formas de violação, tem surgido cada vez mais na sociedade contemporânea. Há quem diga que nos dias atuais os DH são mais violados, até mesmo antes da elaboração do texto iluminista que foi o primeiro neste sentido.

Enfim, os direitos humanos são relevantes e universais, portanto, devem ser protegidos para que realmente se efetivem de maneira plena, considerando as diferenças socioculturais e num sentido de dirimir as desigualdades ainda prevalecentes nas sociedades.

Nos dias atuais, os debates giram em torno da efetividade dos direitos humanos, bem como da própria dignidade humana, pois o que se vê continuamente, em qualquer parte do mundo, é a violação diária e constante desses direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGÁFICAS

BEUCHOT, Mauricio. **Direitos humanos: história e filosofia**. México: fontamara, 1999.

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos.** Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes.** Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2003 (Série: Clássicos Edipro).

LUÑO, Antonio Enrique Perez. **La tercera generación de derechos humanos**. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgand. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídica constitucional necessária e possível. In SARLET, Ingo Wolfgand (org.) **Dimensões da dignidade ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2 ed. rev., ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeria Motta. Revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. 3 reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. Fundamentos dos direitos humanos um breve inventário. In BARCELLOS, Ana Paula de; TORRRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos direitos humanos.** Rio de janeiro: renova, 2002.

CAPÍTULO 6

EPISTEMOLOGIA, DIREITO E NEOLIBERALISMO

Armando do Lago Albuquerque Filho

Este artigo tem como objetivo oferecer uma versão crítica do neoliberalismo, suas implicações no Direito e mudanças epistemológicas.

Epistemologia é essencialmente o estudo crítico dos princípios, das hipóteses e dos resultados das diversas ciências, inserindo a ciência social Direito, destinado a determinar sua origem lógica, seu valor e seu alcance objetivo. Distingue-se da teoria do conhecimento "apesar de que seja a introdução e o auxiliar e responsável desta, tendo em vista que estuda o conhecimento em detalhe e a posteriori na diversidade da ciência e dos objetivos antes que na unidade do espírito" (LALANDE, 1968).

Observa Lalande que a palavra inglesa epistemology é com muita frequência, empregada (contrariamente a etimologia) para designar aquilo que em francês se denomina 'teoria do conhecimento' ou 'gnosiologia'. Em francês "não deveria falar-se corretamente senão da filosofia das ciências tal como é definida acima, e da história filosófica das ciências". A influência do inglês e o progressivo desconhecimento da língua grega conduzem a esta indistinção, o que também sucede em italiano (LALANDE, 1968). Em resumo, pois, para Lalande a epistemologia é "o estudo crítico dos princípios, hipóteses e resultados das diversas ciências".

No que toca às ciências da vida e às ciências do homem, aparecem "conceitos fundamentais que são completamente estrangeiros àqueles da física, e aparentemente irredutíveis a eles. Não se trata mais tão só de leis abstratas, mas de seres; a consideração dos fatos ajunta-se, agora, aquela doa valores... eles contêm noções como as tendências, de função, de sucesso e fracasso, de normal e de patológico, etc. Todas estas noções gravitando em torno daquela de finalidade". Outra questão relevante que se põe, neste campo das ciências do homem é a de saber se deve, nele, substituir a explicação pela compreensão? E, ainda, "em que medida, e sob que forma, a aplicação do instrumento matemático é possível e desejável? " (BLANCHET, 1972).

O que torna a epistemologia assunto difícil é a circunstância de entender-se continuamente "entre as teorias do conhecimento com vasos horizontais e as especulações metafísicas mais especializadas" (BLANCHET, 1972).

Os problemas de epistemologia abrangem aqueles de caráter geral, abarcando a totalidade das ciências, e aqueles que são próprias a um só grupos, mais ou menos, extenso de ciências ou a uma única ciência, ou a um só ramo de uma ciência. Explica-se a existência da epistemologia tendo em vista "a pluralidade das ciências, sua incessante proliferação, com as suas interpretações e uniões", razão porque o douto não se pode contentar com a pura dispersão, sem colocar-se questões de coordenação. Ligado ao problema da coordenação das ciências acha-se aquele das relações entre os dois grandes grupos em que se dividem as ciências, admitindo-se, de modo geral, a sua divisão em ciências formais, lógicas e matemáticas, de uma parte, as ciências do real, de outra parte. Dentre os exemplos mais tradicionais de epistemologia geral encontram-se aqueles:

> Que concernem à análise de certas noções comuns a todas às ciências, ou a maioria delas. O matemático, o físico, o naturalista, os lexicógrafos fazem igualmente o uso de definições: é suficiente para aí entender-se, distinguir, como fazia Aristóteles, entre as definições de coisas e as definições de nome. A probabilidade é para o matemático objeto de um calculo; o físico sabe que seus métodos não conduzem senão a probabilidades e habituou-se, finalmente, a olhar todas as leis como prováveis; o historiador se interroga sobre a probabilidade dos testemunhos; trata-se sempre de uma mesma probabilidade, segundo as diversas ciências, ou mesmo no interior de cada uma delas, e, ainda, como estes diferentes sentidos se organizam entre eles.
>
> .

Se as ciências são diversas, "certas exigências comuns caracterizam o espírito cientifico em geral: uma, que aproxima o sábio do filósofo é a exigência de inteligibilidade; a outra, que o aproxima do engenheiro é a exigência de positividade, isto é, da possibilidade de um controle intersubjetivo" (BLANCHET, 1972).

No que toca às ciências da vida e às ciências do homem, aparecem "conceitos fundamentais que são completamente estrangeiros àqueles da física, e aparentemente irredutíveis a eles. Não se trata mais tão só de leis abstratas, mas de seres; a consideração dos fatos ajunta-se, agora, aquela doa valores... eles contêm noções como as tendências, de função, de sucesso e fracasso, de normal e de patológico, etc. Todas estas noções gravitando em torno daquela de finalidade". Outra questão relevante que se põe, neste campo das ciências do homem é a de saber se deve, nele, substituir a explicação pela compreensão? E, ainda, "em que medida, e sob que forma, a aplicação do instrumento matemático é possível e desejável? " (BLANCHET, 1972).

Explicitadas estas ideias relativas ao significado e função da epistemologia, trata-se de saber se há, hoje, um câmbio epistemológico, introduzido pelo neoliberalismo, de modo a substituir "a noção epistemológica de causa e efeito pela ação eficiente" que, deificando o mercado, glorifica o consumidor (homo ecomonicus), em substituição ao homo faber (COUTINHO). A lógica da competitividade foi elevada ao nível de imperativo natural da sociedade. Ela fez perder o sentido de "viver juntos", do "bem comum". Enquanto isso, a distribuição dos lucros da produtividade se faz em beneficio do capital em detrimento do trabalho, o custo da solidariedade é considerado insuportável e o edifício do Estado de bem-estar é implodido.

Diante da brutalidade e da rapidez de todas essas mudanças perdem-se as referências, acumulam-se incertezas, o mundo parece opaco, a história parece fugir de qualquer tipo de análise. Em meio à crise, os cidadãos procuram um sentido para o que Gramsci definia "Quando morre o velho e o novo hesita em nascer". Ou como dizia Alexis Tocqueville, quando "o passado deixa de dominar o futuro e o espírito caminha nas trevas" (RAMONET, pag. 17).

Não há como responder esta indagação sem atentar ao contexto histórico em que se teria originado e àquele ao qual se aplicaria.

Para isto, tem-se que remontar, ainda que brevemente, ao liberalismo. As origens deste vêm de longa data, começando a esboçar-se com o Renascimento (séculos XV e XVI) que exprimiu uma volta do ser humano sobre si mesmo projetada em sua realização terrena, espraiando-se sua ação para além do mundo então conhecido, impulsionada por novas técnicas, que permitiram a expansão do comércio e o alargamento da vida. Para que isto fosse possível, fazia-se necessário um novo tecido político - jurídico em que se garantisse uma esfera de livre ação ao individuo, onde pudesse desenvolver suas potencialidades pessoais. Esta realização já se vinha fazendo de modo paulatino, como o demonstra progressiva construção das liberdades inglesas. Seu primeiro passo evidencia-se com a carta de João Sem Terra (1215), em que se ratificava o antigo instituto de habeas corpus, ao mesmo tempo em que assegurava a propriedade privada e a liberdade

de comércio e se reconhecia na justificativa, enquanto instituição, uma função de interesse público. Posteriormente, a lei de habeas corpus de 1679 veio corroborar, tais garantias, como se depreende de sua denominação:

> Uma lei para melhor garantir a liberdade do súdito e para prevenção das pressões no ultramar, confirmando o antigo brocado inglês, segundo o qual remedies preceed rights e evidenciando as origens processuais da common Law. O Bill of Rights, de 1.689, veio por fim ao regime de monarquia absoluta, visto que os poderes de legislar e criar tributos já não são prerrogativas do monarca, mas entram na esfera de competência da Parlamento. (COMPARATO, 1999).

Já a declaração de independência dos Estados Unidos da América do Norte, em 1776, e a sua constituição em Estado Federal, em 1787 "representou o ato inaugural da democracia moderna, combinando, sob o regime constitucional, a representação popular com a limitação de poderes governamentais e o respeito aos direitos humanos" (COMPARATO, 1999). Por outra parte e complementarmente a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, na França, de cunho universalizante e de efeitos projetados muito alem do território Francês, constituiu a enunciação concisa e insuperável do credo político liberal, estabelecendo que "os homens nascem e permanecem livres e iguais em direito", não podendo as distinções sociais "ser fundadas senão na utilidade comum" (artigo1º). E "a finalidade de cada associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Estes direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão" (artigo 2º) (DUVERGER – 1966)

O liberalismo é "uma doutrina de boa consciência", traduzindo a crença na perfectibilidade do homem e, em consequência, do progresso, de modo geral. Todavia sua conhecida laissez – faire, laissez – passez, traduzindo a tolerância de que Voltaire se fez arauto, deixou livre o jogo econômico preocupado que estava, fundamentalmente, com os direitos humanos por oposição ao Estado, visto em perspectiva oposta ao Estado potencialmente opressor. Assim aberto e liberado o caminho, a burguesia, que acendeu ao poder com a Revolução Francesa, desenvolveu suas aspirações econômicas, tendo à mão as rédeas do poder. Liberam-se as forças para a revolução industrial, cujo berço foi a Inglaterra, produzindo-se acumulação da riqueza ao mesmo tempo que o cochilo do Estado-gendarme o tornava indiferente às contingências sociais.

A classe proletária pauperizava-se de modo crescente, a tal ponto que as próprias nações industriais vieram a preocupar-se com seus efeitos, determinado estudo sobre a situação. Em consequência foram elaboradas as primeiras normas de tipo assistencial, geralmente isoladas, tendo por finalidade proteger os menores de idade e diminuir a jornada de trabalho. Na Inglaterra, em 1884, os salários eram, então, de fome, sendo a jornada de trabalho de 15 a 16 horas diárias, não há higiene mínima nas fábricas e nem ajuda nos casos de acidente de trabalho. De mais as habitações dos trabalhadores eram miseráveis. O mesmo se constatava na Prússia em 1828 e, na França, nesta mesma época. As preocupações estatais eram, no entanto, freadas, temor dos empresários de criar condições menos favoráveis em relação ao demais levando à incapacidade de enfrentar a concorrência no mercado. O Estado, contraditoriamente, intervinha para evitar a organização dos trabalhadores e suas demandas de condições humanas de prestação de trabalho. (CUEVA, 1970).

Esta situação faria senão agravar-se, nutrida pelo antagonismo social estimulado pela desigualdade crescente na partição da riqueza. O próprio código civil Frances, de 1804, consagrador, no plano privado das liberdades burguesas – liberdade, comércio, propriedade privada, autonomia da vontade, livre circulação da riqueza e sua transmissibilidade por herança

– começava a mostrar suas lacunas e debilidades, embora mantido, em parte, intocável, graças ao ensino jurídico exegético, restrito e restritivo. As fraturas sociais subjacentes à elaboração política e jurídica faziam-se sentir de modo gramático, evidenciado por outras grandes guerras mundiais com o intermezzo da quebra da bolsa de Nova Yorque, em 1929.

Tendo em vista estas circunstancias e o que, agora, tende a ser esquecido, isto é, a instauração do regime Bouchevique com a Revolução Russa de 1917, e do temor que inspirava a sua realização, que parecia em vias de concretizar-se na Europa e, além dela, foi tomando corpo o estado social, sobretudo a partir de 1920 (HOBSBAWN,1995).

Antes disto, porém, houve o entreato nazista e fascista, o primeiro tendo como uma de suas causas a situação sem saída, em que o Tratado de Versalhes colocava a Alemanha, despojando-a da utilização de suas riquezas, privando-a de parte muito rica de seu território, tudo visando aniquilá-la como Estado e como Nação. Compreende-se que, em tais condições, as certezas se desvanecessem, em meio à crise econômica e à ausência de futuro, dando lugar ao surgimento da figura do Führer, corporificada em Hitler, cujas ideias eram conhecidas e publicadas com todas as letras em Mein Kampf (minha luta). Apenas disto e do cinismo de Hitler, aliado ao evidente rearmamento da Alemanha, os líderes ocidentais contemporizaram, esperando que o nazismo viesse a chocar-se com o comunismo. Desta estratégia, como se sabe, o tiro saiu-se pela culatra desembocando na 2º Guerra Mundial.

O mais dramático é que dentro do receituário da economia liberal, não havia solução que parece capaz de resolver tal estado de coisas. É neste contexto que surge a figura de John Maynard Keynes (1883 – 1946), cuja obra e atuação a salvar esta blihsment (HOBSBAWN, 1995). Seu livro de 1.936, Teoria geral do Emprego, do juro da moeda foi a obra econômica mais lida por cerca de quatro décadas (HOBSBAWN, 1995). Keynes tinha convicção de que “a lógica determinista tem pouca a ver com a ação humana, que é impulsionada, em boa parte por motivos irracionais” (BEAND & DOSTALER, 1993). Figura de destaque nas negociações que marcaram o fim da 1º Guerra Mundial, Keynes discordou das reparações imposta à Alemanha pelo Tratado de Versalhes. Colocando suas observações sobre este acontecimento no livro As Consequências e Econômicas da Paz, publicado em 1919. Doravante, passa a elaborar sua teoria econômica publicada, em 1926, o fim de laissez – faire, onde denuncia enfaticamente o que, então, denominava princípio de difusão, a crença no mito do ajustamento automático dos preços e quantidade. Discordava **ser** possível deduzir-se dos princípios da economia política “que o interesse pessoal devidamente esclarecido, sempre atua em favor do interesse geral. A parábola da mão invisível de Adam Smith, sobre não ser verdadeira, torna-se “uma ilusão perigosa quanto se transforma em visão política”, podendo desembarcar no bolchevismo ou fascismo. A busca de políticas conservadoras, fundadas sobre a ilusão de laissez – faire, prepara o leito da revolução, o que Keynes quis evitar (BEAUD; DOSTALER, 1993).

Neste contexto histórico, as ideias deste pensador foram fundamentais para que o Estado Liberal se transformasse intervindo progressivamente na economia até que se converteusse no Estado Social ou Wolfare State. O intervencionismo estatal foi gerando mecanismos institucionais destinados à proteção dos menos aquinhoados, protegendo-os no trabalho e na velhice, assegurando-lhes a saúde, realizando, em suma, obra de justiça distributiva no melhor sentido do termo advindo de Aristóteles, culminando na Social Democracia europeia, que constituiu a maior realização política-jurídica da história humana.

Esta modificação, porque passou o Estado caracteriza a ultrapassagem de modelo estatal liberal – eminentemente conservador, servindo à manutenção do status quo, para outro cunho

social, preocupado com a propriedade (sem absolutizá-lo) sem otimismo do modelo anterior para com o livre funcionamento das forças socioeconômicas. Sem negar as conquistas do liberalismo político, o Estado Social veio agregar-lhes a realização dos direitos sociais indispensáveis à efetividade das primeiras (FORSTHOFF, 1988).

É evidente que a experiências do Wolfare State no terceiro mundo, em que se contam grande parte dos países da Ásia, África, América Central e do Sul ficou longe de ser concluída. Nestes países, há uma nítida contradição entre o quadro social real e os textos das leis e da Constituição. "Há um fosso difícil de ser preenchido entre a norma jurídica e o quadro social, entre o país legal e o país real" (COUTO E SILVA, 1988). Como muito a propósito lembra José Eduardo Faria, "muitas das lutas políticas e dos impasses institucionais neste continente (América Latina) não passam de esforços e tentativas quase sempre frustradas para tornar real o que as constituições dos seus respectivos asseguram formalmente ser direito dos cidadãos, mas que se tornaram, na realidade, privilégios de alguns setores sociais" (Faria, 1991). Esta desconformidade aliada à globalização neoliberal, de característica marcadamente financeira, tem feito com que o quadrado social brasileiro venha-se deteriorando progressivamente, com o seu parque industrial se desindustrializando. Vivemos uma situação internacional caracterizada por uma profunda crise do capitalismo, pela deterioração da hegemonia dos Estados Unidos e por um deslocamento geopolítico do poder em escala mundial. É uma situação internacional de instabilidade sistêmica, marcada por recentes conflitos sociais, agudas crises políticas e conflitos militares cada vez mais perigosas.

A Atual crise não afeta da mesma maneira as diferentes regiões, países, ramos produtivos e setores sociais. Mas é uma crise global, urbe et urbe, com expressões financeiras, comercias, produtivas, energéticas, alimentares, ambientais, sociais, políticos, ideológicos e militares. Não se trata apenas de uma crise dos pensamentos neoliberais ou das especulações financeiras. Trata-se de tudo isso, porém dentro dos contornos de uma crise de acumulação, similar as crises de 1.930 e 1.970. Não se vislumbra uma saída no curto prazo e menos ainda uma solução estável, de longa duração. Também não está claro qual será o desenlace da crise gerada não só pelo principio neoliberal, no médio\longo prazo, uma vez que o desenlace está sendo construído aqui e agora, nos conflitos deflagrados entre os grupos políticos e sociais, dentro de cada Estado, e pela luta entre os Estados e blocos em escala planetária" (POMAR, 2.013).

Em consonância com o Estado Social o direito positivo foi modificando conceitos e princípios atenuando o individualismo liberal, o que se verificou não só na sua elaboração legislativa como também na reflexão levada a efeito pela ciência do Direito e na sua aplicação jurisdicional, buscando uma perspectiva mais solidária. É o que sobressai das considerações de Wieacker, conservando a modificação que sofrerá o direito privado, tal como concebido pela Pandectística . "O phatos politico e ethos econômico da antiga sociedade burguesa foram desaparecendo cada vez mais. Esses já não bastaram para a legitimação da ordem jurídica presente a consciência social. O pathos da sociedade de hoje, comprovando em geral por uma análise mais metida das tendências dominantes da legislação e da aplicação do direito, e o da solidariedade". Neste texto, 1967, este insigne historiador do direito privado ajunta que a aplicação do direito, no que concerne a figuras típicas do direito privado, tornou-se sensível aos interesses sociais, já não sendo a liberdade "apenas limitada pela liberdade dos outros particulares, mas também pelos reflexos da solidariedade social nas relações intersubjetivas de direito" (WIEACKER, 1980).

Efetivamente a ciência jurídica e a jurisprudência alemãs caminharam resolutamente na direção reclamada por Françoes Gény, ao escrever que fazia-se sentir a introdução no direito

positivo de “mais fraternidade profunda” ou de “mais solidariedade social” a fim de assegurar “uma repartição dos ganhos mais exatamente proporcionada aos esforços de cada um” alternando os seguros excessivos do direito individual, tendo em vista o interesse social comum (GÉNY, 1954).

No mesmo sentido caminharam a doutrina e a jurisprudência francesas estabelecendo limitações ao direito de propriedade e ao poder de contratar, no direito privado, e concebendo a atividade estatal em termos de serviço público ou de interesse geral, no direito público. Por obra da jurisprudência estabeleceu-se uma nova ética no direito, buscando ultrapassar a cisão individuo-sociedade, no sentido de uma “construção comunitária da vida social” assim conceituada por (BELAID, 1974). No mesmo sentido caminhou, a passos mais lentos, o direito brasileiro. Mas no Brasil, como no Terceiro Mundo de modo geral, este caminho não pode ser completado. Sucedem que a tendência, nitidamente conservadora do statu quo, expressa pelos juristas, de modo geral vieram somar-se os rumos tomados pela história, cujo traço mais saliente foi a queda do Muro de Berlim, em 1989, seguida pela desintegração da União Soviética. Não sendo aqui o momento de examinar suas causas eficientes internas, revela ouvir as ideias de Friedrich Hayek (1899-1992) e de Milton Friedman esboçadas, em 1947, à ocasião da fundação da Societé du mont Pélerin. Tais ideias foram consideradas risíveis, permanecendo em longo purgatório, até que, com o governo Tatcher instalado na Inglaterra, em 1979, e com o governo Reagan iniciado nos Estados Unidos em 1980, tiveram ocasião de tornarem-se audíveis e ganhar ressonância social crescente.

Havia, no entanto, começado a prosperar com a profunda recessão iniciada em 1973. Hayek e seus partidários entenderam que as raízes da crise se achavam “no poder excessivo dos sindicatos e, de maneira mais geral, do movimento operário, que havia corroído as bases da acumulação capitalista com suas pressões reivindicatórias sobre os salários e sua pressão parasitária para que o Estado aumentasse cada vez mais os gastos sociais”. Fazia-se necessário romper o poder dos sindicatos, estabelecendo a parcimônia nos gastos sociais e na intervenção econômica na busca da meta fundamental – a estabilidade monetária. Para o que era mister “disciplina orçamentária e a restauração da “taxa natural” de desemprego, ou seja, a contenção dos gastos com bem-estar e a criação de um exército de reserva de trabalho para quebrar os sindicatos”. Corolários desta política deveriam ser “redução de impostos sobre os rendimentos mais altos e sobre as rendas. Desta forma uma nova e saudável desigualdade iria voltar e dinamizar as economias avançadas” (ANDERSON, 1996).

Delineou-se, neste movimento de ideias um entendimento da realidade, que haveria de, depois de longa e desesperançada gestação, impor-se rápido e decisivamente no processo histórico atual. Alardeando traduzir a modernidade e exprimir o “fim da história”, instalava-se o “pensamento único”, como veio a denominá-lo Ignácio Ramonet, em sucessivos editoriais no Le Monde Diplomatique. Pretende-se, assim, por a pá de cal no movimento constitucional instaurador dos direitos fundamentais de segunda geração, econômicos e sociais, corporificadores da Social Democracia, delineados a partir da constituição de Weimar, de 1919.

A instauração do neoliberalismo, não constitui nenhum progresso, mas, ao contrário, uma volta ao século XIX, sem a preocupação teórica do liberalismo com os direitos e liberdades fundamentais de 1ª geração, uma vez que estes de pouco servem sem a efetividade dos primeiros como é de elementar bom senso. Como bem diz Ralph Dahrendorf, há indiferença relativamente àqueles que são progressivamente excluídos do circuito econômico (DAHREMDORF, 1995).

Tudo é pensado, a curto prazo, na busca do ganho imediato no menor tempo possível, sem consideração à dignidade humana. Nessa modernidade novencista, impera a lógica econômico-financeira, a margem da ética e indiferente à finitude dos recursos planetários indispensáveis à vida. Impera o mercado que segue sem peias. Especialmente sacrificiais são, na atualidade, o sistema econômico e o mercado. Já Adam Smith, pai da economia política, dizia: toda sociedade civilizada deixa morrer aqueles que não chegam a garantir sua subsistência. Quem está no sistema, no conjunto articulado de leis, normas e instituições, vive; quem não está, é alijado e morre.

A harmonia, portanto, está baseada em algo terrível: deixar morrer aqueles que não entram na harmonia. Então, a ordem instituída produz desordem. E vive como ordem na medida em que exclui todos os que não são capazes de entrar nela e nela se manter. Assim é no mercado autorregulador: quem é forte no mercado, vive e progride; quem é fraco, é apeado, eliminado e excluído do mercado. Quando, portanto, celebra-se a capacidade autorreguladora do mercado, significa que está celebrando sua sacrificialidade. O desemprego é necessário para salvar empresas. Poupar empregados, não demiti-los é ser não sacrifialista. Mas há um preço: ser ineficaz, ficar economicamente fraco, perder a concorrência e se autossacrificar, morrendo empresarialmente.

Nesta lógica, cobrar a dívida externa implica gerar um genocídio inconsciente. Por ter que pagar a dívida externa, um governo vê-se obrigado a reduzir os investimentos sociais – em merendas nas escolas, em saúde pública, em saneamento básico, em segurança – o que produz a doença e a morte de muitíssimas pessoas, sobretudo velhos e crianças.

Como argumentam os representantes do sistema financeiro? Seria irresponsável não cobrar a dívida externa. Finalmente, há contratos em jogo e existe uma legislação internacional. Ninguém, na esfera dos negócios dá nada a ninguém. Logo, cobremo-la. Em outras palavras: seria irresponsável não querermos os genocídios implícitos. Permitamo-lo. Bem como os nazistas argumentavam: é irresponsável não matar judeus. Existe a legislação sobre a pureza social. Portanto, matemo-los. É legal. Mas é justo (BOFF, 2000).

“Aqui parece o mecanismo sacrificialista do sistema econômico atual em sua forma contemporânea, neoliberal e mundializa” (HINKELHAMMERT, 1992). Ele sacrifica mais pessoas do que os astecas sacrificaram nas pirâmides ou os cananeus à sua estátua de Moloc”. Ocorre que os agentes do mercado neoliberal não reconhecem tal fato. Mas os níveis de miséria, fome, exclusão dos países empobrecidos o comprova irrefutavelmente, pelos índices dos mesmos organismos do mercado, como o Banco Mundial e o FMI.

Destroem-se os serviços públicos. Privatizam-se bens estatais ao menor preço possível, aludindo-se à hipotética criação de alguns empregos. No Brasil, ataca-se a Constituição de 1988, erodindo-se suas bases na ânsia de “flexibilizar” direitos sociais, tornando-se o trabalho precário e a pessoa do trabalhador descartável. Sucateiam-se os serviços de saúde, previdência, educação, mobilidade urbana, transporte rodoviário, ferroviário, fluvial, com a cumplicidade da grande imprensa escrita e da mídia televisiva comprometidas e sustentadas pela publicidade Estatal. E tudo isto com ares de cientificidade e discursos abstrusos advindos do Executivo e do Legislativo, que insistem na execução draconiana de suas políticas públicas impositivas e ineficazes. Temos então, a monumental mobilização da sociedade via rede social, que vivenciamos, patenteando insatisfação com o status vigente.

Não resta dúvida que no Estado liberal, as forças econômicas não deixaram de pressionar o Estado. Com tudo havia o freio da ameaça socialista, depois convertida em “socialismo real”.

No mundo unipolar de hoje, não há resistência a este tipo de visão, que afirma a imprensa é necessário, pois radica na natureza das coisas.

A livre empresa faz-se substituir pelo Estado, levando-o a investir em seu lugar, enquanto o faz proclamar não ter recursos para as obras de cunho social, quotidianamente, o neoliberalismo é louvado pelos intelectuais do stablishment, apoiada naquilo que se denomina ciência econômica, urdida notadamente nos Estados Unidos e na Inglaterra, donde é transmitida dogmaticamente para o Terceiro Mundo, onde se concentra a pilhagem. Sua característica fundamental é a abstração, concentrada que está no equilíbrio orçamentário a qualquer preço, na desregulamentação e abertura indiscriminada dos mercados – exceção feita aos dos países centrais -, de modo a liberar as energias e autorregulamentação do mercado. Tal pretensa ciência não admite alternativa, consagrando a competição entre os desiguais, de tal forma que a vitória, ao menos contingente, já está predeterminada. Que tal situação configure "um novo apartheid social", pouco importa (LOPEZ, 1996; CARELLI, 1995).

O neoliberalismo faz voltar, sob a aparência de uma mensagem muito elegante e moderna, as mais velhas ideias do mais arcaico patronato. Como sempre, as revoluções conservadoras, como a dos anos 30 na Alemanha, a de Tatcher, de Reagan apresentam as restaurações como revoluções. A revolução conservadora de hoje pretende fundar-se no progresso, na razão, na ciência (econômica, no caso), para justificar a restauração, tentando, assim, enganosamente, situar no arcaísmo o pensamento e a ação progressistas. Glorifica-se a lei do mercado, isto é, a lei dos mais fortes, e ratifica-se o reino dos mercados financeiros (BOURDIEU, 1998).

Em relação á sociedade civil, o neoliberalismo a enfraquece através da negação de qualquer preocupação não interesseira, e substituindo a referencia do Estado por uma referencia ao mercado. Em relação à liberdade política, diz GARAPON, ela deve ser relacionada com uma dissociação da modernidade e da democracia, a qual "desenha um individuo que ter-se-ia esquecido do humano, ela se fundamenta em uma liberdade individual que ter-se-ia esquecido da liberdade dos outros, em uma política que acredita poder se libertar de qualquer deliberação, em um direito que não preocuparia a ordem vigente com princípios fundamentais; em um tempo que não faz mais história, em um sujeito que apenas pensa nele mesmo, em um real que sujeita qualquer dimensão simbólica" (GARAPON, 2010).

O problema do neoliberalismo não é que ele seja a expressão de uma escola de pensamento, é que o neoliberalismo não apresenta explicitamente suas escolhas, apresenta as mesmas como verdades absolutas, e tenta sempre evitar que essas escolhas integram a discussão democrática. A partir do discurso econômico que se apresenta mais como ciência exata de que ciência real cria-se um novo fatalismo, o qual pode levar a um novo totalitarismo. Mas realizar essa crítica política é difícil para cidadãos que temem perder de imediato o seu bem estar para apostar em uma felicidade incerta em longo prazo, os desgastes do neoliberalismo sobre nossas sociedades já começam a ser avistados: "agravação das injustiças, aumento da violência, solidão dos indivíduos, etc." Os esforços democráticos apenas poderão ser reinvestidos e reativados através da mobilização dos cidadãos: os verdadeiros inimigos das democracias não são os seguidores do neoliberalismo, mas os nossos pares anestesiados pela preguiça, o egoísmo e a busca incessante e concorrencial do bem estar individual (DELUCHEY).

Esta solidão dos indivíduos advém do individualismo propiciado pelo mercado, objeto precípuo do neoliberalismo, que ensejou como bem salienta Zizek "onde as relações com as coisas substituem a relação com as pessoas". (ZIZEK, 2008).

Todavia, o sistema de vida alienante da cultura ocidental abalou as estruturas psicológicas dos indivíduos, promovendo assim a barbárie social e o afloramento da ansiedade perante tempos incertos. O “amor liquido”, rebento da crise ética da modernidade e de seu fracasso político, nada mais é que um sintoma da fragilidade das relações humanas na confusão dos valores submetidos aos regimes democráticos do mercado financeiro, ou seja, do capital. (BAUMAN, 2005)

O grande arauto desta teodicéia do mercado é Hayek, que dedicou a vida a defendê-la, atacando o direito, o Estado intervencionista, que afirmava ser a causa de todos os males econômicos. Suas ideias foram desenvolvidas por oposição à doutrina de Keynes. Enquanto este pregava o crescimento da massa monetária para estimular os investimentos, este em pregar austeridade e disciplina monetária. Desde os anos 30 Hayek começa uma cruzada contra o socialismo, e o que ele chama o planismo e o racionalismo coletivista. Apoia suas ideias em duas ideias-força: o conceito de ordem espontânea e a noção de divisão do conhecimento. Dentre as ordens espontâneas enumeram-se as principais instituições sociais, tais como o mercado, a moeda, a linguagem e a moral. Ninguém os construiu conscientemente.

O erro dos racionalistas construtivistas, desde Descartes e Rousseau até seus discípulos modernos, socialistas, socialdemocratas e mesmo liberais, no sentido americano do termo, consiste em crer que estas ordens são artificiais e podem, portanto, ser construídas e reconstruídas. Esta concepção constitui uma ameaça para a civilização. Por outra parte, toda sociedade se caracteriza pela fragmentação e dispersão dos conhecimentos, tanto de natureza prática como teórica entre milhões de indivíduos. Como explicar que uma ordem possa nascer dessa difusão e dessa dispersão o que a permite é o mercado, que, como a linguagem é produzida no desenvolvimento das sociedades humanas. Nenhum cérebro por mais poderoso que seja pode consegui-lo. A planificação é, portanto, impossível. A vontade de impor só pode conduzir ao ‘caminho da servidão’. Tal é o destino de todo intervencionismo (DOSTALLER, 1993).

Entende Hayek que a defesa da liberdade deve ser dogmática, devendo ser aceita “como um princípio geral, cuja aplicação a casos particulares não requer justificativas alguma”. Demais faltou aos liberais do século XIX “ a adoção de princípios categóricos para defendê-lo. Um sistema ‘livre’ não pode ser designado nem pelo termo capitalismo nem pela expressão laissez-faire. Para que se tenha a “coragem necessária” para ousar a utopia da liberdade é necessário um insight metodológico de que, no tocante às ordens espontâneas complexas, só seremos capazes de determinar os princípios gerais de seu funcionamento, não podendo prever as modificações particulares que resultarão de qualquer ocorrência no ambiente à política governamental. Daí decorre que o equilíbrio ou a estabilidade eventualmente perturbador serão somados através da ordem espontânea das coisas. Se não se atenta a este principio metodológico que, “muitas vezes gera pânico e a reivindicação de que o governo intervenha para restabelecer o equilíbrio perturbado”, incorre-se em erro fatal. Demais a necessidade de adaptação a eventos imprevistos implicará sempre algum sofrimento, a frustração de algumas expectativas”, o que determina a reivindicação de que a autoridade decida, na prática. “A mais proveitosa contribuição da ciência à orientação política consiste numa compreensão da natureza geral da ordem espontânea, e não, em qualquer conhecimento dos detalhes de uma situação concreta, que a ciência não tem nem pode prever”. Há um erro no método cientifico:

> "A suposição de que a ciência consiste numa coleção de fatos particulares observados, o que é errôneo no que diz respeito à ciência em geral, mas duplamente enganoso quando temos que considerar as partes de uma ordem espontânea complexa... A única teoria que pode reivindicar um status cientifico neste campo é a teoria da ordem global; e esta (embora, é claro, deva ser testada em fase dos fatos) nunca pode ser elaborada indutivamente pela observação, mas só através da construção de modelos mentais constituídos a partir de elementos observáveis".

Na utopia às avessas de Hayek, revela sublinhar o papel a ser desempenhado pelo profissional do direito. Preliminarmente, quer ele aja como juiz quer como redator de um estatuto, a estrutura de concepções gerais em que devemos inserir sua decisão lhe foi legada, e sua tarefa é aplicar estes princípios gerais do direito, (e) não questioná-los. Como se vê, a posição de princípio de Hayek é positivista, embora, como se verá, a seguir, ele venha a negá-la. Hayek vê, na legislação elaborada por obra do intervencionismo estatal, o desvirtuamento do direito que, a seguir, por tal via, deixaria de salvaguardar a liberdade individual, que estaria, assim, fadada a desaparecer. Os profissionais do direito "já se tornaram em muitos setores os instrumentos não de princípios de justiça, mas de um aparelho em que o indivíduo é levado a servir aos fins de seus governantes", levando o ordenamento jurídico a transformar-se "num sistema de normas organizacionais". Tais modificações são sempre atribuídas a "supostas necessidades econômicas". O fato de todas as 'democracias modernas' terem adotado determinadas é citado como prova de bom senso ou da necessidade destas modificações..., mas, quase sem exceção, essas explicações fundamentam-se na fable convenue de que a livre iniciativa tenha atuado em detrimento dos operários e alegam que 'o capitalismo em seus primórdios' ou o 'liberalismo', provocou sem rebaixamento da classe trabalhadora. A lenda, embora totalmente falsa, tornou-se parte do folclore de nossa época.

Citando Hume, Hayek salienta o papel ideológico na configuração da opinião, que se revela mais importante do que o interesse e todas as questões humanas, uma vez que acaba por determinar a sua compreensão. Sobre a ideologia diz, com acerto, que ela tem sobre o que dela se creem livres, um poder até maior que sobre aqueles que adotam conscientemente. Ainda, com correção, afirma que o poder da ideologia situa-se, em grande parte, no simplismo de suas afirmações, o que faz com que incidam em erro não só o homem comum como os especialistas em setores específicos (HAYEK, 1985).

À primeira vista, sua concepção parece ser semelhante à de Marx, mas à diferença entre os dois pensamentos ressaltam da referência a G. Mazzini, que cita sem designar a respectiva fonte. Uma revolução é a passagem de uma ideia da teoria à prática. Digam os homens o que disserem os interesses materiais jamais causaram e jamais causarão uma revolução tanto basta para que se perceba que Hayek, neste ponto, é idealista visto que nega a importância dos interesses materiais na dinâmica social, onde estes se entrecruzam inextricavelmente com as ideias, entretecendo a história humana.

Esta ideologia, paradoxalmente, deriva não de mentes perversas, mas de idealistas magnânimos. Parecia-lhes que apesar do colapso dos regimes totalitários no ocidente, suas ideias continuavam a ganhar terreno na esfera teórica. Tão certo estava disto que atribuía o totalitarismo nazista tão só às concepções filosóficas que teriam produzido, ignorando ou menosprezando todos os demais componentes econômicos e políticos que, a partir do Tratado de Versalhes até a personalidade de Hitler, contribuíram para produzi-los. Entendia que tais concepções filosóficas haviam feito "um mero recuo para a esfera abstrata", ocultando-se "no coração de sérios e respeitados pensadores".

Por tudo, o direito deve ser unicamente um conjunto de normas abstratas, "que

possibilitem a formação de uma ordem espontânea pela ação dos indivíduos mediante a limitação do âmbito de suas ações", não "o instrumento de ordenação intencional ou organização pelo qual o individuo é compelido a servir a objetivos concretos". Sendo o direito muito mais antigo do que a legislação, a ideia de que aquele só pode realizar-se através desta é errônea, não tendo surgido antes da era clássica, tendo posteriormente desaparecido, ressurgindo no fim da Idade Média. A ideia de "que toda lei é e pode ser produto da livre invenção de um legislador, essa ideia é factualmente falsa", sendo um produto do racionalismo construtivista. Neste ponto, Hayek, que, antes, havia implicitamente aceito o positivismo, agora o critica afirmando que vem dele a concepção que atribui, "toda lei à vontade de um legislador", constituindo "um retrocesso àquelas teorias, segundo as quais as instituições humanas resultam de um plano".

Quanto à atividade do juiz, entende que deva restringir-se ao âmbito de uma ordem espontânea, constituindo seus esforços "parte daquele processo de adaptação da sociedade às circunstâncias pelas quais a ordem espontânea se desenvolve". No desempenho desta função, mesmo quando cria novas normas, ele não é o curador de uma nova, mas um servidor empenhado em manter e aperfeiçoar o funcionamento de uma ordem existente. Acresce, neste ponto corretamente, que a atividade jurisdicional não se desenvolve no plano exclusivo da dedução lógica a partir de um número limitado de premissas. Sua atividade não deve ser a de preservar 'qualquer status quo, nas relações entre determinados indivíduos. Ao contrário, um atributo essencial da ordem a que ele serve, é que ela só pode ser mantida através de constantes modificações de seus elementos, competindo-lhe tanto auxiliar a mudança quanto preservar posições existentes (HAYEK, 1985).

Continuando a discorrer sobre a atividade do juiz escreve que ele "está empenhado na defesa dos princípios em que se funda a ordem existente. Sua tarefa, de fato, só tem significado no âmbito de uma ordem de ações espontâneas e abstratas como aquela ocasionada pelo mercado". Segue-se que "um juiz não pode levar em conta as necessidades de pessoas ou grupos específicos, ou 'razões de Estado', ou 'a vontade do governo', ou quaisquer objetivos específicos a que uma ordem de ações possa servir.

Numa organização, em que as ações individuais devem ser julgadas segundo sejam úteis aos fins específicos a que ela visa, não há lugar para o juiz. Numa ordem como a socialista, na qual quaisquer normas, que possam governar as ações individuais, não são independentes de resultados específicos, tais normas não serão 'sujeitas à jurisdição' (justiciables) porque exigirão um equilíbrio dos interesses envolvidos, à luz de sua importância.

O socialismo é, de fato, basicamente, uma revolta contra a justiça imparcial, que considera apenas a conformidade de ações individuais à normas independentes de fins, sem levar em conta os efeitos da aplicação desta a casos particulares. Assim, um juiz socialista seria, na verdade, uma contradição nos termos: pois seu ideário o impede necessariamente de aplicar apenas aqueles princípios gerais subjacentes à uma ordem espontânea de ações, e o conduz a levar em conta considerações que nada têm a ver com a justiça da conduta individual. Ele pode, é claro, ser um socialista na vida privada e manter ser socialismo à margem das considerações, que determinam suas decisões. Mas, não poderia atuar como juiz a partir de princípios socialistas. Fica assim excluída a busca da justiça social, por incompatível com uma ordem espontânea. (HAYEK, 19850

Como se vê da exposição de textos deste autor contidos no livro Direito, Legislação e Liberdade, Hayek é um escritor que busca persuadir. Seguramente o consegue junto àqueles que não conhecem história ou são insensíveis à realidade da vida. Para estes, seu pensamento é alucinante e suas amplas pretensões mostram-se justificadas. Por outro lado, faz solenemente,

afirmativas sobre que não pairam dúvidas como se o fizesse pela vez primeira. Por exemplo, quando afirma o caráter novo da legislação, enquanto conjunto ordenado sistematicamente, a partir de princípios determinados, visando certos fins, tendência este que, efetivamente, ganhe contornos definitivos com os códigos napoleônicos, principalmente com o código civil de 1804. Também não é nada novo asseverar que a leu não configura toda a ordem jurídica, assim como não se confunde com o direito, conforme as imperecíveis lições de Gustav Radbruch, enunciadas no pós-guerra, evidenciando a possibilidade de haver leis configuradoras da arbitrariedade legal, como sucederam no ordenamento jurídico nazista (RADBRUCH, 1971).

Parece haver dúvida que Hayek tivesse genuína preocupação com a liberdade, mas logo se percebe que este cuidado o leva a extremos. A história demonstrou que ele tinha razão de opor-se ao "planismo" e ao "racionalismo coletivista", mas isto não justifica sua crença de que a espontaneidade do mercado pudesse conduzir à utopia da livre realização individual. Aliás, o pensamento de Hayek parece por demais voltado ao indivíduo, para que possa bem avaliar as dimensões de seu comportamento sócia.

Tem razão no que tange ao cipoal legislativo, que se foi originando com o intervencionismo estatal, muito embora este resulte menos da ação do Estado do que da dificuldade do encontro de acordos, no plano legislativo, capazes de equilibrar duradouramente o egoísmo e a solidariedade humana. Daí adveio às leis-recorte (RAVÀ, 1953), que cortam artificialmente a realidade, fazendo incisões legislativas, aqui e ali, para, que, no fundo, cedendo pouco ou muito pouco tudo permaneça como antes. Como bem se percebe no neoliberalismo, a inflação legislativa não é característica exclusiva do intervencionismo estatal. Quem tiver dúvida que examine a ordem jurídica brasileira, desde o momento em que se lhe imprime progressiva configuração neoliberal. Quem o fizer, perceberá, ademais, que isto se tem feito, em grande parte, através de medidas provisórias, em número alarmante, com sucessivas modificações a cada republicação. É o tapete persa da perplexidade legal, de que beneficiam os pescadores de águas turvas.

No que toca à função jurisdicional a posição de Hayek é típica do liberalismo histórico, ainda que enunciada no século XX. A imparcialidade que determina ao juiz, está na contramão da história e da moderna hermenêutica. Não é defensável que o juiz se abstenha da valorização dos interesses em questão no caso sub judice. Esta concepção já foi condenada por François Gény em 1989, por conduzir ao logicismo a à incerteza do direito (GÉNY, ob. cit. passim). Para que possa contribuir ao aperfeiçoamento da ordem jurídica, assegurando-lhe a mobilidade em face das circunstâncias sociais cambiantes, é indispensável que valorize tanto os fatos quanto as normas, assim como o contexto social de que emergem, de que sofrem a influência e sobre que atiram. Dentre estas considerações avultam, sem a menor dúvida, as que concernem à valorização dos interesses em causa. Sem isto, facilmente se recai no conceptualismo jurídico.

Por esta forma, na medida em que se assegura a liberdade do mercado, particularmente mercado financeiro que se movimenta por impulsos on line, o que se vê não é a liberdade da maioria, mas a licenciosidade de poucos, em detrimento da realização da justiça distributiva. Esta não se realiza sem que se assegurem os direitos econômicos e sociais, que todos os dias são atacados, atribuindo-se, os males do mundo à sua existência. Vê-se que a espontaneidade do mercado não causa só, como pretendia Hayek, "a frustração de algumas expectativas", mas ocasiona a inviabilidade da dignidade da vida da maioria, dos que não interessam, daqueles de que a sofisticação tecnológica permite que se abra mão.

Não há dúvida de que o raciocínio deste autor seja ideologicamente arquitetado. Assim, ao 'positivismo construtivista' a gênese dos direitos fundamentais – econômicos e sociais -, quando

estes traduzem necessidades humanas insofismáveis, de tal sorte que a sua negação impossibilita factualmente o exercício dos direitos e liberdades de primeira geração.

Uma forma de desmistificar a mensagem neoliberal consiste em colocá-la em contraste com o que espelha a realidade. Acenando com a modernidade, o neoliberalismo concretiza a cada dia maior exclusão social. Basta que se olhem as fotografias de Sebastião Salgado para que se veja a configuração da miséria, em múltiplos pontos do planeta: dos mexicanos tentando transpor a muralha, que os separa dos Estados Unidos; dos índios equatorianos postos à margem da civilização; da miserabilidade extrema dos refugiados, na Etiópia, no Mali, no Sudão, em Moçambique, em Ruanda, na Tailândia, etc., etc., em sucessivas ondas migratórias da implacabilidade do neoliberalismo em face da desgraça do próximo.

Na verdade, a retórica da globalização interessa os setores que dominam a economia, e, entre os países dominados, periféricos como o Brasil, interessa que participem de processo de internacionalização. Acresce que "o desmonte dos mecanismos nacionais de proteção é resultado do peso dos interesses dos países centrais, das grandes corporações e dos setores da sociedade subdesenvolvida que ficam como prepostos dos interesses daqueles", funcionando como elementos de ligação. (BATISTA JUNIOR, 1996). São estes interesses beneficiados pela ação eficiente do mercado.

A integração global vem acompanhada pela ascensão de uma doutrina político-econômica salvadora, que conduz continuamente à política a um exército de assessores econômicos: o neoliberalismo. Sua tese fundamental reza, simplificando: o mercado é bom, e as intervenções estatais são más. Partindo das ideias do principal representante dessa escola teórico-econômico, o economista e prêmio Nobel norte americano Milton Friedman, os governos majoritariamente liberais do ocidente seguiram durante os anos oitenta este dogma como sendo uma diretriz de sua política. Desregulação em vez de controle estatal, liberalização do comércio e do tráfico de capitais, assim como privatização das empresas públicas, foram as armas estratégicas do arsenal dos governos crentes no mercado e nas organizações econômicas internacionais dirigidas por eles, o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional (FMI) e a Organização Mundial do Comércio (OMC). Com estes instrumentos empreenderam uma guerra em favor do capital que perdura até hoje.

O pretendido câmbio epistemológico configura, insofismavelmente, uma projeção ideológica da realidade social, alterando sua imagem mental, de tal sorte que entre uma e outra há absoluta desconformidade. No trato econômico da realidade, típico do neoliberalismo, abusa-se de noções matemáticas, formalizam-se as relações sociais, em busca de pretensa cientificidade, na verdade, afasta a sua compreensão, aplicando-lhe um processo hermenêutico deturpado, amputador de traços fundamentais de sua configuração humana. Esquece-se dos seres humanos, em fase da absolutização de noções abstratas, à guisa de cientificidade.

Não se trata de câmbio epistemológico, mas de utilização de ideologia desfiguradora das conquistas do liberalismo clássico, indiferente às contingências sociais e reveladoras de flagrante desprezo pelo direito.

Tal ideologia agrava as dificuldades, em que se acha o discurso cientifico lato sensu. Boaventura de Souza Santos tratando do paradigma cientifico dominante, bem como do emergente, escreve que "depois da euforia cientifica do século XIX e da consequente aversão à reflexão filosófica bem simbolizada pelo positivismo, chegamos a finais do século XX possuídos pelo desejo quase desesperado de complementarmos o conhecimento das coisas com o conhecimento do conhecimento das coisas, isto é, com o conhecimento de nós próprios (SANTOS,

p. 30). Bem antes, em 1931, Karl Jaspers já assinalava a ambiguidade da ciência, observando que as ciências da natureza permaneciam "desprovidas de uma perspectiva de conjunto", ao passo que, as ciências do espírito, faltava "uma concepção humanista". É assim, que a degradação irresponsável do ambiente tem contraparte uma ciência manejada por indivíduos que se julgam onipotentes, acreditando que podem tanto destruir quanto reconstruir a natureza. Essa ciência é "uma simples virtuosidade técnica especializada e, talvez, um saber de tipo enciclopédico", enquanto "a verdadeira ciência é um saber consciente de suas modalidades e de seus limites" (JASPERS, 1966).

Jaspers já escreve após relativa superação da retração filosófica ocorrida, aproximadamente, nos últimos sessenta anos do século XIX, em decorrência do extraordinário desenvolvimento da física e de sua comprovada utilidade prática para o domínio da matéria (ORTEGA Y GASSET, 1971). Na mesma época Edmund Husserl teve "o incontestável mérito de ter chamado a atenção para o fenômeno do encobrimento histórico" realizado pela física, na medida em que encobriu o "mundo da vida de tal forma que a noção de uma natureza construída matematicamente eclipsou a noção pré cientifica – comum – da natureza" (SANTOS, 1976).

O encobrimento do "mundo da vida" atingiu a natureza, a reflexão sobre ela prolongando-se além das ciências físico-matemáticas, projetando-se nas ciências do homem, sob a influência do positivismo. No Direito, fez-se notar através do exegetismo francês e do historicismo alemão, o primeiro proclamando a religiosidade da obediência aos códigos e o segundo construindo a estrutura conceitual do Direito, começando pelo abandono das preocupações historicistas de Savigny, até chegar à famosa pirâmide dos conceitos de Puchta. Com Ihering começa desvelamento do mundo dos conceitos, aludindo ao interesse e à finalidade no Direito.

Este longo caminho, ainda não concluído, tem como pontos importantes, os caminhos tópico – retóricos do discurso jurídico, recuperados e desenvolvidos, a partir de Aristóteles, por Theodor Viehweg e Chaim Perelman. Pode-se, de certa forma, afirmar que fez-se um bom caminho na aproximação entre as leis e o discurso jurídico, de um lado, e os fatos, do outro, para o que concorreu, seguramente, a tendência marxista do pensamento jurídico, apesar das reavaliações de que tem sido alvo.

No que tange, no entanto à ciência stricto sensu, apesar da intensa reflexão, que a teve e a tem objeto, ainda se acha em busca de um paradigma que a aproxime de uma concepção menos utilitarista e mais humanista. "O rigor cientifico, porque fundado no rigor matemático é um rigor quantifica e que, ao quantificar, desqualifica, um rigor que, ao objectivar os fenômenos, os objectualiza e os degrada, que, ao caracterizar os fenômenos, os caricaturiza. É, em suma e finalmente, uma forma de rigor que ao afirmar a personalidade do cientista, destrói a personalidade da natureza. A isto vem acrescer "o fenômeno da industrialização da ciência a partir, sobretudo das décadas de trinta e quarenta", acarretando "o compromisso desta com os centros de poder econômicos, social e político, os quais passaram a ter um papel decisivo na definição das prioridades cientificas". Há ainda uma circunstância pior, característica dos nossos dias: "A ciência e a tecnologia tem vindo a revelar as duas faces de um processo histórico em que os interesses militares e os interesses econômicos vão convergindo até quase a indistinção" (SANTOS, BOAVENTURA DE SOUZA, op. Cit)

Dentre os ramos do conhecimento ditos científicos, o mais infenso à critica, e mais dogmático, o mais pretensioso, é o da chamada ciência econômica em sua feição neoliberal, dentre cujos elaboradores destacam-se Friedrich Hayek e Milton Friedman. Considerado à luz da epistemologia, verifica-se que constitui uma deturpação da ciência com abuso de abstrações

desconformes com a realidade, indiferente às contingências humanas, o que tenta ocultar com a aplicação excessiva do instrumento matemático. Seu principio básico de que a liberdade do mercado há de prover a tudo, à condição que o Estado seja mínimo, não encontra a mínima comprovação histórica.

Ao contrário, o liberalismo econômico clássico conduziu a singular miserabilidade da maioria da população, o que só ficou obviado pelo intervencionismo estatal. Sua hipótese de que, agora, este princípio conduziria à insatisfação das necessidades humanas, em escala universal, é contradita pelos relatórios de desenvolvimento humano da ONU e pelos dados do Banco Mundial, demonstradores da pauperização da periferia capitalista, notadamente pela miserabilidade da África.

Assim seus resultados, vistos de um ponto de vista crítico, segundo a epistemologia, levando à conclusão de que a ciência econômica neoliberal ciência não é, configurando, isto sim, ideologia como já o definia MARX, em 1931, na ideologia Alemã. Nesta obra Marx anotava "que quase toda ideologia reduz-se, ou a uma concepção absurda desta história (história dos homens), ou uma concepção que dela faz total abstração. A ideologia, ela própria, não é senão um dos aspectos desta história". Não é de estranhar que a ideologia tome o lugar da realidade, pois dispõe dos meios materiais para isto:

> "(...) em toda época, as ideias da classe dominante são as ideias dominantes; dito de outro modo, a classe que tem o poder material na sociedade, é ao mesmo tempo, o poder espiritual dominante..." Uma vez que indivíduos que a compõem "dominam enquanto classe, determinam uma época em toda a sua extensão, em todos os domínios, portanto enquanto produtores de pensamentos". Demais, "toda nova classe que toma o lugar de outra precedentemente dominante, é obrigada, ao menos para atingir seus fins, a apresentar seus interesses como o interesse comum da sociedade; isto é, para falar de ideias, tem que conferir forma universal a seus pensamentos, proclamando-os os únicos razoáveis, os únicos dotados de valor universal" (MARX, 1982).

É evidente que a representação neoliberal da realidade, em que avultam o caráter central e prescritivo do mercado, de que decorrem a escala de valores e as regras segundo as quais os homens devem viver, constitui uma visão unilateral de determinada categoria de homens atentos fundamentalmente à realização de seus interesses pessoais, que pretendem fazer passar pelos interesses universais do gênero humano, o qual teia o condão de pôr termo à história.

Por derradeiro, podemos afirmar que o neoliberalismo atual contribui decisivamente a construir um tipo de humano autorreferencial e sem atributos, dominado pela ambição econômica e o êxito social quase a qualquer preço, que se utiliza instrumentalmente das relações sociais, da amizade e até da família para a obtenção de seus objetivos, ou seja, o lucro. Um tipo humano com todos os sintomas do personagem político, do aventureiro social e moralmente desalmado. É em suma, o ideal liberal em decomposição, que a todos reduz e tudo o corrompe, fazendo-se necessário um contra projeto global, uma contra ideologia atualmente dominante. Vivemos um tempo de desencanto. Existe hoje um afastamento das pessoas da política. Há uma profunda desconstrução da esfera pública, um desgaste da política e a descrença que ela possa transformar positivamente a vida das pessoas. Aliado a isso, assistimos a um processo crescente de individualização e de esvaziamento dos sujeitos coletivos que nasceram com a coletividade. Homens e mulheres, atomizados, fragmentados, constroem sua vida, seguem solitários seus caminhos, vivendo uma espécie de narcisismo exacerbado.

Vivemos também um tempo de escassez. A crise que atingiu o mundo em 2008 ainda produz seus efeitos em 2013. A ampliação do desemprego e a redução dos direitos surgem como novas soluções, repetição do velho receituário que ao invés de remédio é o veneno que levou à falência da economia global. As fórmulas ortodoxas, pautadas pelo Consenso de Washington, e a financeirização da economia foram os grandes responsáveis pela crise. Mas, o que virá depois?

Referências Bibliográficas

LALANDE, André. **Vocabulaires Technique et critique de La philosophie**. 10 ed. Ver. Paris: Prêsses universitaires de France. 1968. p. 293- 4.

BLANCHET, Robert. **L'épistemologie. Paris: Presses universitaires de France**. 1972. p. 31, pp. 48 – 9, pp. 53 – 4.

COUTINHO, Jacinto Nelson. Texto apresentado no VII Encontro Internacional de Direito da América do Sul realizado em Florianópolis, Santa Catarina, de 6 a 8 de maio de 1998.

RAMONET, Ignácio. **A necessidade da utopia Neoliberalismo.** Revista Caros Amigos – nº 44 – novembro de 2000, p. 17.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo. Saraiva, 1999. pp. 57 – 82-83.

DUVERGER, Maurice. **Constitutions et documents politiques.** 4ª édmise à jour Paris: Presses universitaries de France, 1966. pp. 3-4.

CUEVA, Mario de la. **Derecho mexicano del trabajo.** 12.ed. México: Porreca, 1970. t.l.p. 23.

HOBSBAWN, Eric. **Era dos extremos. O breve século XX: 1914 – 1991 (Age of extremes. The short twentieth centry**: 1914 – 1991. Trad. Marco Santarrita, ver. técnica por Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das letras, 1995. pp. 61-90-100-107,111).

BEAUD, Michel e DOSTALER, Gifles. **La pensée économique depuis Keynes. Historique et dictionnaire dês principaux auteurs.** Paris: Suil, 1993, p. 34-35 nota 2, p.36.

FORSTHOF, Ernest. **Stato didiritto in transformazione. Milano:** 1973. p.31 e segs. cf. COUTO E SILVA, Almiro. Le controle juridictionnal de l'État au Brési (cours foit à la Faculté de Droit et dês Sciences Politiques de ST. Maur. Paris XII) Porto Alegre, 1988, p.7.

COUTO E SILVA, Almiro. **Le controle juridictionnel de l'Etat au Brésil**, Porto Alegre, 1991. P.7.

FARIA, José Eduardo. **Justiça e Conflito (os juízes em face dos novos movimentos sociais) São Paulo:** Revista dos Tribunais, 1991. p.107.

POMAR, Walter. **Quem é o "eixo do mal"?** . Revista Caros Amigos – nº 195. 2013-junho-pag.16.
BAUMAN, Zygmunt. Amor líquido. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, 2004. p.65.

BEAUD, Michel e DOSTALER, Gilles. **La pensér économique depuis Keynes. Historique e dictionnarte dês principaux auteurs**. Paris: Seuil, 1993. pp.343-4.

HAYEK, Friedrich August Von. **Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política.** São Paulo: versão, 1985. V.I: Normas e ordem. pp.68 – 72 – 73 – 75 – 76 – 77 – 78 – 79 – 81 – 84. 137 – 9. 134 – 40.

RADBRUCH, Gustav. **Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes.** In: José Maria Rodrigues Paniágua, Ed. Derecho injusto y derecho nulo. Madriad. Aguilar, 1971. Passim.

RAVÀ, Adolfo. **Crise del diritto e crise mondiale.** In: Bafladore Polieri, G. etalii-la crise del diritto. Pádua: Cedom, 1953. P.56.

BATISTA JUNIOR, Paulo Nogueira. **A retórica da globalização interessa ao poder.** Entrevista a Zero Hora. Porto Alegre. 11-08-1996. Caderno de Economia, p.12.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências.** 8.ed. porto: Ed. Afrontamento, 1996, p.30,32,34,35.

JASPERS, Karl. **La situation spirituelle de notre époque.** Trad.de l'allemond par Jean Ladriere et Walter Birmel. Postface de Xavier Tilliete.4.éd. Paris: Desclee de Brower, Louvain: E. Nauwelaerts, 1966. p.157.

ORTEGA Y DASSET, José. **Que é Filosofia?** Trad. port.e prólogo de Luiz Washington Vita. Rio: livro Ibero-americano, 1971. Pp.20,31, passim.

SANTOS, José Henrique. **Filosofia e crítica da ciência.** Cadernos do CEAS, Salvador, 43 pp.3-9, mai\jun, 1976. Notadamente, pp.6\7.

MARX, Karl. **Lídéologie allemande (Conception matérialiste et critiguedu monde)**. In: O euvres. Ed. Établie, présentie et annotée par Maximilien Rubel, Paris: Gallimond 1982.T.3 (Philosophie) (Bibliotheque de la Pleiade). pp.1037-1325, notad.p.1054,1720, nota 1.

2ª Parte
Teoria da Justiça e Cidadania

CAPÍTULO 7

AS POLÍTICAS PÚBLICAS E A JUDICIALIZAÇÃO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Danilo Pires Atala

INTRODUÇÃO

O objeto do presente ensaio científico é investigar a relação entre as Políticas Públicas (doravante PP) e a Judicialização na concretização dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, (doravante DESC). Para fins deste estudo concebe-se as PP com as ações ou inações, diretas ou indiretas, tanto no campo normativo (âmbito do dever-ser) como no campo fático (ser) que o Estado adota para mudar a realidade, ou seja, partir do ponto "A" (real) para alcançar o ponto "B" (ideal). Por caráter normativo se entende o vínculo que tem a norma no juízo jurisdicional, ou seja, uma fonte de direito que deve ser considerada pelo magistrado. Por judicialização se entende a supremacia do Poder Judiciário sobre os outros poderes, na qualidade de revisão constitucional de suas normas, atos ou omissões. Entende-se que os DESC estão completados no Pacto Internacional dos DESC da Organização das Nações Unidas de 1966, devidamente ratificado pelo Brasil pelo Decreto n. 591/92.

Os Direitos Humanos alcançaram *status* internacional através da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 1948. Esta declaração não chega a ser um Pacto Internacional, pois trata os direitos de forma genérica e não estabelece um obrigado/responsável pela concretização dos direitos, constituindo-se, pois em *sorft law*. Os Direitos Humanos foram divididos em dois Pactos Internacionais, ambos de 1966, o primeiro dos Direitos Civis e Políticos (doravante DCP) e o segundo dos DESC.

O Pacto Internacional dos DESC prevê que estes direitos devem ser concretizados de modo progressivo, assim eles foram concebidos e previstos em forma de objetivo. As PP são instrumentos que o Estado utilizada para realizar os objetivos – vale dizer, os DESC. Acontece que as PP são desenvolvidas pelo Poder Legislativo e/ou Poder Executivo, conforme sua conveniência e oportunidade. Isto quer dizer, na prática, a moratória indeterminada dos DESC, vez que, embora reconhecidos no ordenamento jurídico, os mesmos não são gozados, não são concretizados, e as PP são a fumaça que ilude o cidadão.

Acontece que a realização dos DCP, em sua plenitude, depende da concretização dos DESC, uma vez que uma pessoa pobre (sem emprego e/ou renda) não exerce sua liberdade civil, um analfabeto não exerce seu direito político, um necessitado de assistência médica não tem vida civil e nem política. Portanto, uma vida digna só é possível com unidade dos Direitos Humanos.

Paralelo a este entendimento, os juristas, desde Dworkin, atribuem caráter normativo ao objetivo, o que proporciona a sua judicialização. Assim, os DESC acabam sendo concretizada não pela via das PP, mas pela via judicial. Contudo, como fica o imperativo constitucional da harmonia e independência dos poderes? Por tais motivos se justifica o estudo da matéria.

O presente ensaio científico foi desenvolvido pelo método descritivo que permite: decompor do problema jurídico em diferentes elementos; estabelecer as relações entre os elementos em diversos níveis e circunstâncias; e, analisar e resolver o problema proposto. A técnica empregada foi, basicamente, a investigação doutrinária, legal e jurisprudencial.

No primeiro momento tratou-se das PP, como suas diversas concepções, métodos, classificação. No tópico seguinte viu-se a posição dos positivas em relação ao conteúdo da norma jurídica, a discricionariedade judicial com teoria da moldura da Kelsen e o contraponto de Dworkin que sustenta que a norma jurídica é composta por regras, princípios e objetivos e que este elemento tem caráter normativo. Por fim, tratou-se da judicialização e da supremacia do Poder Judiciário sobre os demais poderes.

1 - POLÍTICAS PÚBLICAS

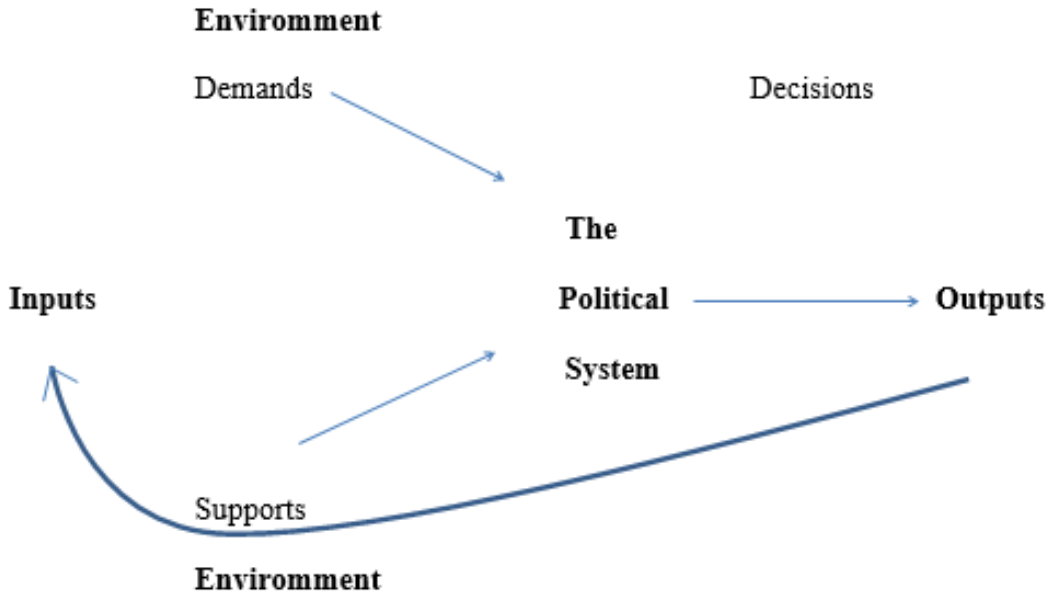
A concepção, o método, o posicionamento enciclopédico e as terminologias das PP ainda são muito discutíveis. As ideias de concepção e método não oferecem nenhum problema. Com a expressão "posicionamento enciclopédico" ser quer dizer a locação ou posição entre o ramo/áreas do saber (como, por exemplo, ao Direito, à Sociologia, às Ciências Políticas) ou, ainda, se as PP inauguram um ramo autônomo do saber humano. Naturalmente que, como toda e qualquer matéria nova, os estudiosos das PP enfrentam não só os desafios de definição e/ou delimitação do objeto, método e posicionamento enciclopédico, como também, as terminologias próprias que são criadas para suprir suas necessidades.

Theodoulou (*The Contemporary Language of Public Policy: a Starting Point*), ao invés de definir PP, prefere pontuar os elementos e as ideais que estão presentes na vasta maioria das definições. Os elementos são: a) distinção entre o que o governo quer fazer e o que ele, de fato faz, com a ideia de que a inatividade do governo é tão importante quanto a sua atividade; b) as PP envolvem todos os níveis de governo; c) as PP são universais é vai além da legislação; d) as PP são ações com objetos e metas; c) as PP devem ser consideradas sob uma visão de longo e curto prazo. As PP têm a função de conciliar conflitos sobre recursos escassos; dar racionalidade as ações do governo, proibir comportamento inaceitável, proteger atividade ou indivíduos e proporcionar benefícios diretos aos cidadãos.

A compreensão das PP permite uma visão global do trabalho de todo sistema de políticas. São celebres as palavras de Harold Lasswell[14] *"who gets what, when and how?[15]".* Ao estudar as PP existentes se espera que problemas futuros possam se manejados de forma mais eficiente e racional. Os estudos de PP podem ser classificas de acordo com a metodologia empregada.

O primeiro grupo adota um conceito de ciclo e processo, com a suposição comum de que os responsáveis pelas PP respondem as demandas. O foco é no processo de fazer política. Este grupo tem três teorias: sistemas, estrutura e ciclo. A teoria dos sistemas vê as PP como uma resposta do sistema político decorrente do ambiente/contexto. Esta teoria é vista como conservadora porque ela enfatiza mais a estabilidade do que a mudança. Theodoulou[16] apresenta o seguinte esquema:

14 Aprud Theodoulou, ob. cit., p. 2.
15 Quem recebe o que, quando e como? (nossa tradução).
16 O. cit., p. 4.



Feedback Loop

A teoria do funcionalismo Estrutural é uma analogia com o sistema biológico, estuda as estruturas, os arranjos e os procedimentos das instituições políticas e seu papel social. A fraqueza esta abordagem é que ela foca na variedade estrutural deixando de lado o todo. A teoria do ciclo político vê a formação política como um dinâmico processo contínuo. As políticas são descritas em dois sentidos: como elas são feitas e como elas podem ser melhoradas.

O segundo grupo adota o modelo de quem faz as PP, ou seja, olha ao processo político e quem controla/domina/beneficia dele. Neste grupo tem as teorias do grupo, da elite, corporativista e de subgoverno. A primeira parte do princípio que a política é um produto de luta/competição de grupo (etnias/econômico etc), vez que a sociedade é plural. A teoria da elite assegura que políticas são feitas por um grupo pequeno de líderes que compartilha objetivos comuns. Assim, as políticas não são produto de grupos conflitantes. A terceira assume o conceito que o interesse de grupo não apenas tenta influências políticas, mas a si mesmo torna-se parte da decisão que faz a implementação do sistema. Por fim, o modelo de subgoverno sustenta que o governo somente não faz escolhas, mas endossa decisões feitas por seção de governos em aliança com interesses de grupos.

As PP podem ser classificadas segundo são reguladas, distribuídas e redistribuídas, da seguinte forma: a) na *política material* há oferta de material/insumo, com ou sem custo, e na *política simbólica* não há oferta de material ou esta é irrelevante; b) a *política substancial* é o que o governo pretende fazer e a *política processual* é como algo deve ser feito ou quem o faz; c) a *política coletiva* fornece bem(ns) coletivamente e a *política particular* fornece bem(ns) individual; e, d) a *política liberal é* típica de governo intervencionista e a *política conservadora* o contrário.

Theodoulou (*How Public Policy is Made*) diz que os cientistas políticos desenvolveram um quadro demonstrativo desde o surgimento de um problema até a decretação de uma política pública para tratar tal problema. O quadro tem seis etapas (mais comumente reconhecidos pelos estudiosos):

A - reconhecimento do problema e identificação da questão;

B - *agenda setting*, quer dizer a pauta de fixação, definição de objetivos;

C - formulação da política;

D - adoção da política;

E - implementação da política;

F - análise e avaliação da política;

Na sequência, afirma que a formulação de determinada política nem sempre resulta na adoção desta política. E que o processo de adoção de determinada política pode ser entendido como uma legitimação política. Já o processo de implementação das PP pode ser definido como uma longa e complexa cadeia. Pode ser visto como a burocratização da política. Quanto a avaliação, esta pode ser realizada por diversos atores (governamentais ou não) e deve ocorrer não somente após a implementação de determinada política, mas sim durante todo o processo político. Dispõe também que é importante observar o contexto em que as políticas públicas são feitas, e destaca cinco contextos individuais, os quais são: 1) história das políticas anteriores/passadas; 2) contexto ambiental; 3) contexto institucional; e 4) processo orçamentário.

Com relação a estrutura, isto é, como são tomadas as decisões em relação a realização de políticas públicas, apresenta duas vertentes: a) a racionalidade: grande preocupação dos estudiosos, (sequência bem ordenada de temas e problemas); e b) o incrementalismo: realização de mudanças e adaptações necessárias nas práticas existentes.

O processo de elaboração das políticas públicas é visto como um processo de luta e acomodação entre diversos atores, pois, no final, as decisões são tomadas e as diferenças dos interesses concorrentes são resolvidas pelos elaboradores (ou tomadores de decisão) oficiais das PP, num processo de acomodação, negociações (barganhas) e compromisso.

As questões de definir/delimitar o conceito das PP, bem como, determinar o seu método, posição enciclopédica e terminologia estão muito além dos limites de um simples artigo científico. Contudo, *concebem-se*, para fins deste artigo, *as PP com as ações ou inações, diretas ou indiretas, tanto no campo normativo (âmbito do dever-ser) como no campo fático (ser) que o Estado adota para mudar a realidade, ou seja, partir do ponto "A" (real) para alcançar o ponto "B" (ideal)*.

Não se pode confundir as PP com o objeto do ponto B. Ainda, na concepção de PP ora adotada, ficam as seguintes indagações para serem respondidas:

a) quem tem o poder para determinar *qual* ou *o que* deve ser o ponto "B"?

b) quais são os *instrumentos* ou os *mecanismos* mobilizados/utilizado para se alcançar tal objetivo – ou seja, como, onde e como?

c) quem são os atores (ativos/passivos) deste processo, ou seja, quem executa as PP, quem recebe estas PP.

Exemplificando: o legislador constituinte de 1988 definiu, no inciso III do art. 3° que "*constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*". Concentrando na situação pobreza, tem-se que a miserabilidade como uma realidade, ponto A. O ponto B é o ideal de erradicar a pobreza. Quais são as PP mobilizadas, ou seja, sujeitos ativos, sujeito passivos, como, onde e como. A estabilidade econômica com o plano real foi o primeiro passo adotado pelo Estado brasileiro. O programa assistencial do "fome zero" outro passo. Os programas ainda em execução como bolsa família e similares constituem outros passos. Neste caso evidente que o Estado agiu/age diretamente. Contudo, há (ou poderia haver) diversas ONGs com papel secundário.

Assim, quem tem o "poder" para definir o ponto "B" é o legislativo. Os Poderes Legislativo e Executivo definem as PP – ou seja, *como, onde* e *como*. O Poder Executivo, com concursou ou não de terceiro, às executam.

Contudo, se o objetivo e as PP são definidos no âmbito normativo elas podem ter caráter normativo? O que é caráter normativo? Estas indagações são tratadas no tópico seguinte.

2 - NORMATIVIDADE

Os positivistas, com expoente em Kelsen (Teoria Pura do Direito), entendem o direito como norma e o conteúdo desta é sempre uma regra de conduta humana que, se válida e vigente deve ser aplicada, ou seja, as regras se submetem as leis da lógica. O Direito não se confunde nem é justificado pela moral e nem pela ideologia. O Direito pode ser estudado como um sistema de normas em vigor ou como processo jurídico em que o Direito é produzido. Neste caso tem-se a Teoria Dinâmica e naquele a Teoria Estática. A norma jurídica difere da proposição legal, esta é o texto da lei elaborado pelo Poder Legislativo. "*Na proposição jurídica não se diz, como na lei natural, que, quando A é, B é, mas que, quando A é, B deve ser, mesmo quando B, porventura, efetivamente não seja*. "[17]

Dispensa-se grandes comentários a clássica teoria da unidade do ordenamento jurídico, escalonado em pirâmide, tendo no seu ápice a norma fundamental, depois as leis complementares, leis ordinárias, decretos, etc., na qual a lei posterior revoga a anterior e a norma superior revoga a inferior, pelo princípio da hierarquia. Neste modelo, as fontes do Direito são a legislação e o costume. Para Kelsen "*todo ato de criação do direito deve ser um ato aplicador de Direito, quer dizer: deve ser a aplicação de uma norma jurídica preexistente ao ato, para poder valer como ato da comunidade jurídica*. "[18]. E, a base da pirâmide é a norma individual – sentença ou acórdão -, construída pelo órgão judicial.

A norma individual não está sempre pré-determinada na norma geral, aquela tem certa margem de livre apreciação. O tribunal cria a norma individual e a aplica retroativamente ao caso concreto. Assim, o campo de criação da norma individual é limitado pela norma geral. Esta criação ou descoberta da norma individual ocorre através da interpretação, que para Kelsen é[19]:

> [...] operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior [...] a questão de saber qual o conteúdo que se há de dar a norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzida da norma geral da Lei na sua aplicação a um caso concreto.

A lei vincula a prestação judicial, mas esta vinculação nunca é completa, uma vez que a norma pode conter indeterminação intencional ou não, como a fixação da pena entre determinados limites, ou com utilização de termos com sentido não unívocos. Assim, sempre fica uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação. Kelsen compara a norma a uma moldura de um quadro, que deve ser preenchida ("pintada") pelo juiz, e critica a teoria usual da interpretação, que sustenta que a "*[...] lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada) [...]*[20]".

17 Kelsen. Teoria Pura do Direito, p. 89.
18 Ob. cit., p. 269.
19 Ob. cit. p. 387.
20 Ob. cit., p. 319.

Dworkin expõe sua teoria sobre norma, afirmando que as normas são compostas por "regras", "princípios" e "objetivo"[21]:

> I just spoke of 'principles, policies, and other sorts of standards' Most often I shall use the term 'principle' generically, to refer to the whole set of these standards other than rules; occasionally, however, I shall be more precise, and distinguish between principles and policies. […]. I call a 'policy' that kind of standard that set out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community […] I call a 'principle' a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality.

A prudência aconselha uma ressalva de tradução. Bucci faz: "*(...) distinção entre os termos em inglês politic e policy. Enquanto o primeiro se refere à atividade política em sentido amplo, o segundo conota os programas governamentais*"[22]. Theodoulou ao se referir as PP utiliza a expressão *public policy*. Dworkin utilizou a expressão *policy* para designar objetivo em um aspecto econômico, político (*political*) ou social. Pode-se afirmar, pois, que o termo *political* se refere à política em um sentido lato, o termo *policy* se refere a um objetivo estabelecido pela norma e *public policy* se refere às PP., contudo, por questão didática, se traduz o termo *policy* para "objetivo" visando evitar confusão.

A distinção de regras, princípios ou objetivo é: de ordem lógica, de dimensão ou de peso. Kelsen afirma que direito é norma que é composta por regra que é aplicada no modo de "tudo-ou-nada". As regras se submetem as leis da lógica, ou seja: uma regra não pode ser e não ser ao mesmo tempo; se duas regras de contradizem, uma delas é, necessariamente, falsa e, consequentemente, inválida. Os princípios e os objetivos, apesar de válidos, podem não ser aplicados. O embate entre princípios/objetivos é resolvido com ponderação, sem que qualquer deles perca a validade ou vigência. Os princípios e os objetivos têm maior aplicabilidade nos chamados *hard case*.

Os positivistas não aceitam ou via no ordenamento jurídico dimensões além da regra. A obrigatoriedade de usar cinto de segurança ou capacete é um exemplo clássico de regra, que é aplicada em um juízo jurídico através da subsunção. Contudo, desde Dworkin, os juristas aprenderam/aceitaram/enxergaram na norma outros elementos além da regra, no caso, os princípios e os objetivos. Diferentemente da regra, estes podem ser aplicados ou não e, para Dworkin, o papel criativo do juiz é transformar o princípio ou objetivo em regra, através da ponderação.

Assim, Dworkin conferiu caráter normativo aos princípios e aos objetivos. Com isto se quer dizer que o magistrado, na ausência de uma regra clara, deve aplicar os princípios e os objetivos, através da ponderação. Assim, por *normatividade* se compreende *o caráter vinculativo que tem a norma no juízo jurisdicional, ou seja, uma fonte de direito que deve ser considerada pelo magistrado.*

21 Taking Rights Seriously, p. 22. Nossa tradução: Acabei de mencionar princípios, políticas e outros tipos de padrão. Com muita frequência, utilizarei o termo princípio de maneira genérica, para indicar todo esse conjunto de padrões que não são regras [...] Denomino política aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade [...] Denomino princípio um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

22 O Conceito de Política Pública em Direito, p. 11.

Como visto no final do tópico anterior, as PP não se confundem com os objetivos, previstos na norma. Naturalmente que num Estado democrático de direito, os objetivos Estatais devem estar estabelecidos na norma jurídica, como ensina Massar-Arzabe[23]:

> Hoje é indissociável à noção de Estado a ação sobre os rumos da sociedade, ação esta que deve estar direcionada a buscar o aprimoramento da vida em comum como requisitos de legitimidade e de legitimação. É também assentado que o Estado deve valer-se do direito para tanto, fazendo inscrever os objetivos a serem alcançados em normas jurídicas, sejam elas constitucionais, sejam infraconstitucionais.

As PP constituem atualmente a forma precípua da ação estatal. E nisso o direito tem um papel fundamental, pois implementa programas de ação Estatal para atender as finalidades relevantes, como, por exemplo, o fortalecimento de determinados setores da economia interna, o enfrentamento do problema do desemprego, da poluição ou do analfabetismo, a implantação de maior igualdade de gênero, de raça e etnias.

Bobbio[24] expõe as seguintes eras dos direitos do homem[25], segundo sua abrangência e conteúdo: na 1ª era, sob a luz do jusnaturalismo: os direitos são universais e abstratos. Universais porque valem para todos os homens e abstratos porque estes direitos careciam de previsão legal, ou seja, a falta de um diploma jurídico – tratado internacional - que os disciplinassem. Assim, a luta era pelo reconhecimento dos direitos.

Na 2º era, sob a luz da positivação interna, inaugurada pela Declaração de Direitos da América do Norte e da Revolução Francesa: os direitos são regionalizados em âmbito Estatal e concretos. Concretos porque os direitos estavam reconhecidos por diplomas jurídicos e regionalizados porque estes documentos valiam em âmbito de seus respectivos Estados.

A última era, sob a luz da positivação internacional, sob o marco da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948, os direitos são universais e concretos. Universais porque valem para todos os humanos e concretos porque previstos em documento internacional. É o fim da luta dos reconhecimentos dos direitos e o início pela luta de suas concretizações.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948 é entendida como uma *sorft law* porque destituído de qualquer sansão. Ou seja, os direitos são reconhecidos sem que haja previsão de um obrigado e de sanção no caso do descumprimento. Somente em 1966 é que as Nações Unidas, através de dois Pactos, editam os DCP e os DESC, constituindo em *hard law*. O primeiro passo para se concretizar os DCP e DESC é através de sua incorporação no direito interno. O Brasil somente ratificou os Pactos Internacionais dos DCP e DESC no ano de 1992, através dos Decretos ns. 592 e 591, respectivamente. Contudo, em sua grande maioria, as materialidades desses direitos estavam, em grande medida, contempladas sob a roupagem de direitos fundamental na Constituição Federal de 1988.

Bucci[26] menciona que em razão das grandes transformações na forma de analisar os direitos fundamentais, tem-se a relevância dos chamados DESC, que alteram a postura de abstenção estatal (obrigação de não fazer) para um enfoque prestacional (obrigação de fazer). Por conseguinte, impõe-se a compreensão das PP como forma de concretização dos DESC são indispensáveis para assegurar condições para gozo dos DCP, como, por exemplo, o direito de um analfabeto de exercer plenamente o direito a liberdade de expressão se não tem direito a educação. Os direitos

23 Dimensão Jurídica das Políticas Públicas, p 51.
24 A Era dos Direitos, p. 29/30.
25 Bobbio usa a expressão direitos dos homens. Na atualidade se entende que a expressão mais correta é direitos humanos.
26 O Conceito de Política Pública em Direito.

humanos são complexos quanto a sua concretização, mormente quanto a excesso de direitos, que para países em desenvolvimento são praticamente inviáveis ou irrealizáveis, e mesmo para os países desenvolvidos.

Bucci enxerga um problema com relação aos DESC, pois o seu respectivo Pacto Internacional, no art. 2.1, menciona que eles devem ser realizados de forma progressiva, não havendo uma preocupação normativa em garantir a realização dos referidos DESC, como ocorreu como os DCP, nos seguintes termos:

> Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

A questão sobre o direto a prestação é problemática e no direito brasileiro não foge a regra, pois a Constituição é "carregada" de direitos relacionados à redemocratização do país e "sobrecarregada" com aspirações relativas a superação da desigualdade social. Dessa forma, Bucci assevera que não há como admitir a inexigibilidade dos DESC, tendo em vista que configura um descrédito para a própria Carta Magna, uma vez que não contém palavras inúteis.

Conclui Bucci que as PP têm suscitado discussões com relação ao seu controle judicial, no tocante a sua possibilidade de realização e limites desse controle. O controle judicial das PP seria impróprio, pois o próprio executivo é quem deveria ser o responsável para cumprir as determinações legais. O debate judicial diz respeito aos limites do poder de coerção da norma jurídica em relação aos DESC. Sobre a questão elenca duas questões:

a) no âmbito da teoria do direito, com relação à classificação jurídica do objeto submetido ao controle (abre-se as alternativas de entender as PP como categoria jurídica nova ou como resultado da reorganização ou nova sistemática de categorias que integram a ordem jurídica tradicional, a partir de uma perspectiva de abertura do direito para a interação com fenômenos próprios da política, da economia e da dinâmica social);

b) a segunda seria de cunho jurídico-institucional e decorre do problema da separação de poderes, ou seja, em que medida o Poder Judiciário pode intervir na discricionariedade de Poder Público acerca das PP e que não configure violação da separação de poderes.

O horizonte que se desenha é este: ao mesmo tempo em que o Poder Executivo deve adotar PP para concretizar objetivos estabelecidos na norma; o Poder Judiciário, via processo judicial, "pode" concretizar este objetivo, uma vez que o mesmo é dotado de caráter normativo. Contudo, esta situação não representa uma sinergia, uma vez que o Poder Executivo age de forma abstrata – para todos – segunda sua conveniência e oportunidade; e o Judiciário age no caso concreto, mandando o Poder Executivo satisfazer o direito – para não dizer objetivo – descrito na norma.

Ora, tal situação é no mínimo intrigante, uma vez que, se os poderes são independentes e harmoniosos,[27] como pode o Poder Judiciário "mandar" – ou pior, "subjugar" - o papel do Poder Executivo? Esta pergunta é tratada no próximo tópico sob a rubrica da judicialização.

27 Art. 2° da CF: São Poderes da União, independentes e harmoniosos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

3 - JUDICIALIZAÇÃO

Dias (*Behemot ou Leviatã: Quem Deve Ter Pode para Tomar Decisões?*) sustenta que o ideal liberal, fruto das revoluções dos séculos XVIII (norte-americana de 1776 e a francesa de 1789), criou as Democracias Constitucionais na tentativa de conciliar tendências inconciliáveis da soberania popular e a supremacia constitucional, ou seja, o que deve prevalecer, a vontade do povo, através de seus representantes – democracia indireta -, ou os direitos (valores) assegurados na constituição?

Paradigmático foi o julgamento no caso Marbury *vs* Madison, em 1803, no qual a Suprema Corte Americana "*arrogou-se a si própria a prerrogativa (que passou a ser denominada* judicial review*) de examinar a constitucionalidade de leis que tivessem sido aprovadas, mesmo que de forma procedimentalmente correta, por representantes eleitos pelo demos*[28]", inaugurando, assim, o controle jurisdicional de constitucionalidade, no qual o Poder Judiciário alçou a posição de instituição revisora dos atos parlamentares.

Ora, por que supor que a autoridade dos juízes deve prevalecer sobre a autoridade dos representantes do povo? A indagação ganha especial relevo quando feita sob o prisma da interpretação da autoridade: qual interpretação constitucional deve prevalecer: dos representantes do povo ou dos juízes?

Na atualidade brasileira a situação é mais grave da identificada nos EUA de 1803, uma vez que o Supremo Tribunal Federal pode apreciar a constitucionalidade ou não de emenda constitucional, com fulcro no art. 102, I da Constituição Federal. Ou seja, nem o poder constituinte reformador escapa do controle jurisdicional, como, por exemplo, a Ação Direta de Constitucionalidade n. 4372 que questiona a Emenda Constitucional n. 62/2009, chamada pela mídia da ADIN contra o calote dos precatórios.

Em recente julgamento ocorrido em 20.05.2013, o Supremo Tribunal Federal debateu a possibilidade jurídica de se exercer o controle de constitucionalidade de forma preventiva (isto mesmo, de se permitir ou não que o Poder Legislativo vote projeto lei de constitucionalidade "questionável") no Mandado de Segurança n. 32033, que questiona o Projeto Lei 4.470/2012, recebido no Senado Federal como PLC 14/2013, que tem por objeto criar restrições para criação de novos partidos políticos[29]. Pelo teor dos votos conclui-se que embora os ministros considerem o projeto materialmente inconstitucional, não se pode impedir que o Congresso Nacional vote a matéria.

O controle de constitucionalidade é, apenas, uma das facetas da judicialização. A outra e mais grave é na interferência que o Poder Judiciário faz no Poder Executivo no sentido de concretizar os direitos estabelecidos pelos objetivos e princípios constitucionais. A jurisprudência está repleta de exemplos de toda ordem. Como o escopo do presente artigo não é fazer um compêndio de precedentes, se apresenta um exemplo abaixo em que o Poder Judiciário determinou ao Poder Executivo, na qualidade de operador do Sistema Único de Saúde, fornecer medicamento à um particular:

28 Dias. Ob. Cit., p. 25.

29 Com os três últimos votos proferidos, a maioria dos ministros decidiram negar o writ, cassando a liminar deferida pelo relator Ministro Gilmar Mendes, que determinou a suspensão do trâmite do projeto de lei. Os ministros Gilmar Mendes (relator) e Dias Toffolli já haviam se pronunciado pela concessão parcial do writ, por considerarem inconstitucional a deliberação legislativa nos termos adotados pelo Congresso Nacional. Em sentido contrário, haviam votado pelo indeferimento do pedido os ministros Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. A Ministra Cármen Lúcia se pronunciou pelo não conhecimento da ação. O presidente da corte, ministro Joaquim Barbosa, acompanhou a divergência e votou pelo indeferimento.

> ADMINISTRATIVO. DIREITO. À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. 1. O funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer destas entidades tem legitimidade *ad causam* para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros. Precedentes do STJ. 2. No julgamento do RMS 38.746/RO, em 24.4.2013 (acórdão pendente de publicação), pela Primeira Seção do STJ, foi reconhecida a legitimidade passiva do Secretário de Estado de Saúde de Rondônia para figurar como autoridade coatora em Mandado de Segurança impetrado em prol do fornecimento de medicamentos. 3. Agravo Regimental não provido. (AgRg no RMS 39.969/RO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 12/06/2013)

Situação mais grave ocorre com relação as PP. Decidiu o Supremo Tribunal Federal, na emenda abaixo[30], que o Poder Judiciário, em casos excepcionais, pode determinar ao Poder Executivo que implemente PP para assegurar/concretizar objetivo constitucional de acesso à saúde e que tal situação não viola o princípio da separação dos poderes:

> EMENTA Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público. Ação civil pública. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. Esta Corte já firmou a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo, de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde. 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. Agravo regimental não provido. (AI 809018 AgR, Relator (a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 25/09/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 09-10-2012 PUBLIC 10-10-2012)

Vencido, o Estado de Santa Catarina sustentou que o objetivo assegurado na Constituição Federal, no caso de acesso a saúde, não tem caráter normativo e que a implementação de PP é prerrogativa privada do Executivo. Estas são suas palavras[31]:

> A norma constitucional programática não outorga poderes ao Judiciário e ao Ministério Público para que decida o quê, quando e onde deve ser feito. Isso é bom que se frise, é prerrogativa da Administração Pública, sendo juridicamente impossível a ingerência dos demais poderes nesta seara.

Neste panorama, como justificar ou legitimar a prevalência do Poder Judiciário em detrimento dos outros poderes, sob o manto de tutela constitucional? Dias apresenta a teoria de Dworkin na qual "o tribunal, por ser um 'fórum de princípio', estaria mais apto do que a legislatura para garantir os direitos e liberdades fundamentais protegidos constitucionalmente. "[32]

Para explicar sua teoria do Direito com Integridade, Dworkin[33] imagina três modelos de comunidade em seu estado natural: a) "de fato" é uma comunidade formada por fatores acidentais históricos e geográficos e, cada qual, trata o outro como instrumento para alcançar

30 Íntegra do julgamento segue em apêndice.
31 P. 10 do apêndice.
32 Ob. Cit. p. 27.
33 El Império de la Justicia, p. 153.

seus fins; b) regramento, é a comunidade formada pelo compromisso geral de obedecer regras estabelecidas de alguma forma. Embora as pessoas sejam egoístas, são honestas e respeitam as regras fixas (situação bastante análoga da teoria hobbesiana do pacto social), e; c) princípio, é a comunidade que se orienta pela justiça, equidade e devido processo, ou seja, a integridade é um ideal político. É justamente nesse modelo social que os quatros fundamentos da integridade são satisfeitos: c.1) especialidade do grupo, como: família, vizinho, coleguismo de trabalho etc; c.2) pessoalidade, vez que as relações são de pessoa a pessoa; c.3) responsabilidade com o bem-estar do outro, e; c.4) igualdade entre todos os membros. Assim, a integridade é a moral política (não individual – autorregulativa de Kant), que atende a ideia da fraternidade. Nesta sociedade, primeiro o indivíduo é beneficiado para depois retribuir, não de forma obrigada, mas pelo senso de responsabilidade. Este é o fundamento das relações amistosas: familiar, amizade, coleguismo, diferente da situação hobbesiana onde o indivíduo primeiro pactua, se obrigando, para depois receber algum tratamento social.

Para Dworkin, a concepção do direito com integridade permite a interpretação construtiva, rejeita as concepções do direito como convencionalismo ou utilitarismo, como também a antiga questão dos juízes que encontram ou inventam a lei quando de sua aplicação. Assim, esta concepção além de fundamentar os direitos, disciplina a discricionariedade judicial – teoria da moldura de Kelsen.

Na aplicação do direito Dworkin[34] propõe um romance em cadeia, no qual cada romancista escreveria um capítulo da história, interpretando os capítulos anteriores para depois escrever o seu e assim sucessivamente. Cada escritor deveria ter sua visão do romance, fazer sua teoria de cada personagem, argumentação etc e escrever seu capítulo de forma tal a proporcionar a continuação do romance. Nesta situação, cada escritor teria triplo desafio: a) interpretar/entender romance; b) escrever seu capítulo com coerência, e; c) ser criativo para dar continuidade ao drama. Sustenta que é assim que o juiz deve ser, procurar não a intenção de cada escritor/legislador, mas o sentido do romance/lei-precedente; ser coerente com este sentido e, ao mesmo tempo, criativo.

Sustenta Dworkin que[35]:

> El derecho como integridad requiere que los jueces asuman, hasta donde sea posible, que el derecho está estructura por un conjunto coherente de principios sobre justicia, equidad y debido proceso y que los hagan cumplir en los nuevos casos que se les presenten, de modo que la situación de cada persona sea justa y equitativa según las mismas normas.

Segundo esta teoria, a democracia não é somente a vontade da maioria, mas também um ideal comunal onde cada qual assume a sua responsabilidade por sua decisão coletiva, orientados pelos ideais políticos de *justiça*, *equidade* e *devido processo legal*. Neste sentido, o Judiciário é um guardião desta democracia comunal e de seus princípios e, quando no caso concreto, uma decisão política da maioria viola este espírito deve ser anulada. Por isto a revisão constitucional não é antidemocrática.

O presente trabalho não tem o objetivo de catalogar ou esgotar as diversas teorias que justificam e/ou explicam a judicialização, limitando-se a expor a mais conhecida que é a de Dworkin. Assim, concebe-se a judicialização como a supremacia do Poder Judiciário sobre os outros poderes, na qualidade de revisão constitucional de suas normas, atos ou omissões.

34 Ob. cit., p. 166.
35 Ob. cit., p. 176.

4 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Originariamente os DCP foram pensados como obrigações negativas do Estado – não fazer – constituindo-se em direitos de baixo custo, de execução imediata e judiciáveis, ao passo que os DESC foram pensados como obrigações positivas do Estado – fazer – constituindo-se em direitos de alto custo, de execução progressiva e não judiciáveis.

Sob tal pensamento, os DCP foram redigidos em termos precisos (regras, com caráter normativo e, consequentemente judiciáveis) e os DESC em termos abertos (objetivos, sem caráter normativo e, consequentemente, não judiciáveis). Para se concretizar os DESC de forma progressivamente – vale dizer, segundo sua conveniência e oportunidade - os Estados lançam mão das PP, sempre agindo em abstrato para a coletividade.

Pragmaticamente, os DESC foram reconhecidos sob a promessa de concretização futura. Porém esta concretização é regida pelo bel prazer da conveniência e oportunidade do Poder Executivo, via PP que, em sua grande maioria, são insuficientes e ineficientes. Ou seja, este sistema é a moratória indeterminada da concretização dos DESC. Os objetivos e as PP são a cortina de fumaça que ilude (ou iludia) o povo. É como dizer ao povo: olha que bonito, o seu direito está previsto (garantido) na norma, então não precisa fazer revolta/revolução porque gozarás deste direito em breve. Ou, então: olha que bonito nossas ações (PP em estatísticas) logo sua comunidade está atendida ...

Felizmente se entende, na atualidade, que não é possível concretizar os DCP sem os DESC. A cisão originariamente feita não mais procede. Nenhuma pessoa desprovida de renda, seja sem emprego, seja sem patrimônio, consegue exercer sua liberdade civil. Nenhum analfabeto consegue exercer sua cidadania ou liberdade política. Nenhuma pessoa carente de assistência médica logra plena vida civil ou política. Ou seja, os DESC são pressupostos de uma vida plena, vale dizer, digna, e a dignidade da pessoa humana orienta a concretização dos direitos humanos.

E este novo entendimento ganha especial relevo ao se atribuir caráter normativo aos objetivos, quer dizer, atribuir aplicabilidade imediata e judicialidade aos DESC. Diz o art. 196 da CF que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sócias ... acesso universal ...” Viu-se no item judicialização um julgamento do Superior Tribunal de Justiça que manda o Poder Executivo fornecer medicamento à um particular, bem como, um julgamento do Supremo Tribunal Federal que manda o Poder Executivo implementar políticas públicas para concretizar o direito a saúde.

Assim, a judicialização é o reflexo, a consequência, deste entendimento jurídico e político que transforma a promessa dos DESC em realidade. A judicialização está evoluindo para anteder não só o indivíduo, mas a coletividade, através das ações coletivas. Isto só é possível com a atribuição de caráter normativo aos objetivos contidos na norma.

Paralelamente a esta mudança de mentalidade jurídica/político, ocorre, na atualidade brasileira, manifestações, protestos e revoltas populares exigindo, entre outras reinvindicações, a realização dos DESC. O povo está saturado da “promessa” dos DESC, está saturado de ser iludido pelas PP insuficientes e ineficazes.

Neste contexto, como é possível sustentar que a judicialização viola o fundamento constitucional da independência e harmonia dos poderes, contido em seu art. 2ª, “se todo poder emana do povo”, como prevê a primeira parte do parágrafo único do art. 1º da mesma constituição e se o Judiciário faz o que o povo quer que seja feito? Ora, quem, de fato, representa o povo? O legislativo e/ou executivo que não concretizam os DESC?

Na prática, então, tem-se a evidência de verdade da teoria de Dworkin no qual a democracia não é só a vontade da maioria – no caso manifestada de forma indireta pelos representantes do povo – mas o ideal comunal onde cada qual assume a sua responsabilidade por sua decisão coletiva, orientados pelos ideais políticos de justiça, equidade e devido processo legal, agasalhados pela constituição que tem na Suprema Corte a sua guardiã.

Referências Bibliográficas

DIAS (B. L. da C. V.). **Behemot ou Leviatã: Quem Deve Ter Poder para Tomar Decisões?**", In DIAS (B. L. da C. V.), DARWICH (Ana), *Direito e Democracia. Estudos sobre o Ativismo Judicial*, São Paulo: Método, 2011, p. 15-47.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

_____, Ronald. **El Imperio de la Justicia**. Barcelona: Gedisa, 2005.

_____, Ronald. **Uma Questão de Princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BUCCI (M. P. D.). **O Conceito de Política Pública em Direito** In BUCCI (M. P. D.) (Org.), *Políticas Públicas. Reflexões sobre o Conceito Jurídico*, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49.

Brasil, Decreto n. 591/92.

_____, Decreto n. 592/92.

_____, Constituição Federal de 1988.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1985.

MASSA-ARZABE (P. H.). **Dimensão Jurídica das Políticas Públicas.** In BUCCI (M. P. D.) (Org.), *Políticas Públicas. Reflexões sobre o Conceito Jurídico*, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 51-74.

Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental n. 39.969.

Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4372.

_____, Mandado de Segurança n. 32.033.

_____, Agravo Regimental n. 809018.

THEODOULOU (S. Z.). **Policy: a Starting Point**, In THEODOULOU (S. Z.), CAHN (M. A.) (ed.), Public Policy: the Essential Readings, Upper Saddle River (NJ, EUA): Prentice Hall, 1995, p. 1-9.

_____. ***How Public Policy is Made***. In THEODOULOU (S. Z.), CAHN The Contemporary Language of Public (M. A.) (ed.), Public Policy: the Essential Readings, Upper Saddle River (NJ, EUA): Prentice Hall, 1995, p. 86-96.

CAPÍTULO 8

ALÉM DO CONTRATO SOCIAL DE POSIÇÃO ORIGINAL E VÉU DE IGNORÂNCIA: a justiça social por uma nova visão do desenvolvimento

Marcelo G. Coutinho Horn

Introdução

O processo de globalização gerou um mundo com um nível de riqueza sem precedentes. Ademais, a democracia se instalou como o único sistema político aceitável, além de ideias e ideais circularem cada vez mais facilmente ao redor do globo. E, no entanto, problemas como a fome endêmica, extrema pobreza, falta flagrante de liberdade ou regimes autoritários ainda persistem. Como este tipo de situação pode ocorrer ainda?

A maioria da população mundial sofre de diversos tipos de privação, a muitos milhões é mesmo recusada a liberdade básica de sobreviver:

- privação de alimentos;
- privação de uma nutrição adequada;
- privação de cuidados de saúde;
- privação de saneamento básico ou água potável;
- privação de uma educação eficaz;
- privação de um emprego rentável;
- privação de segurança econômica e social;
- privação de liberdades políticas e direitos cívicos.

O desenvolvimento econômico inclui a dimensão da segurança econômica, que está ligada aos direitos democráticos e às liberdades. O funcionamento da democracia e dos direitos políticos pode ajudar a prevenir fomes e outras calamidades econômicas. Na história do mundo, nunca houve uma epidemia de fome numa democracia efetiva, rica ou pobre.

A liberdade política e as liberdades cívicas são imediatamente importantes em si mesmas e não têm de ser indiretamente justificadas pelos seus efeitos na economia. Pessoas sem liberdade política ou direitos cívicos estão privadas de liberdades importantes para a construção das suas vidas e veem recusada a oportunidade de participarem em decisões cruciais respeitantes à vida pública.

Daí a necessidade de uma análise integrada das atividades económicas, sociais e políticas, particularmente das interações entre certas cruciais liberdades instrumentais:

- oportunidades económicas;
- liberdades políticas;
- serviços sociais;
- garantias de transparência;
- segurança protetora.

1 - O Desenvolvimento como liberdade:

Para Sen (2000), considerar estes dois cenários como distintos é um erro fatal da economia atual. Na teoria econômica tradicional, o desenvolvimento de um país é medido por seu PIB, que, dividido per capta, mostra o grau de riqueza alcançado por seus habitantes. Como o PIB é a medida do desenvolvimento, a elevação deste passa a ser considerada a meta fundamental de qualquer governo, de maneira que começam a surgir posicionamentos esdrúxulos, como o que afirma, por exemplo, que instituições como Democracia, Direitos Civis, e Liberdade Individual atrapalham o desenvolvimento por não permitir a expansão econômica em seu grau máximo, sendo, portanto, um "luxo" que os países em desenvolvimento não poderiam desfrutar até que atingissem um grau de PIB per capta apropriado. Ou a de que os habitantes destes países não se importam (ou não têm razões para se importar) com tais instituições, visto que o que é mais urgente para eles seria a conquista da riqueza.

Isto gera distorções absurdas. Enquanto, por exemplo, os Estados Unidos são de longe a nação mais rica do mundo, um homem negro americano tem uma expectativa de vida inferior a um homem chinês, um costarriquenho, ou um habitante do estado de Kerala, na Índia.

Isto invariavelmente leva à pergunta: Afinal, de que adianta um modelo de desenvolvimento baseado na riqueza econômica se isto não se reflete na melhoria das condições de vida das pessoas? Para Sem(2000), essas distorções apontam para um novo modelo de desenvolvimento, baseado na expansão das melhorias das condições de vida das pessoas.

1.1 - Desenvolvimento e Justiça:

Mas que tipo de teoria da justiça embasaria este novo modelo? Convencionalmente, três modelos se apresentam de pronto: 1) o utilitarismo, 2) o libertarismo e 3) o liberalismo de Rawls.

O primeiro, embora tenha a vantagem de se preocupar com as consequências dos atos públicos, não dá conta da significativa garantia dos direitos individuais, além de ser insensível às desigualdades na distribuição da utilidade e do problema do condicionamento mental dos menos felizes, que pode levá-los a achar que são menos desfavorecidos do que de fato são.

Já o libertarismo, embora tenha a vantagem de garantir os direitos individuais ao máximo, não consegue de maneira satisfatória conciliar liberdade formal com liberdades substantivas. O exercício da liberdade individual por uma pessoa pode acarretar danos terríveis às liberdades substantivas de outras (como a fome e a miséria extrema) que não podem ser simplesmente negligenciadas.

Embora a teoria de Rawls seja a mais flexível das três, ela também apresenta problemas, já que em muitos casos a simples distribuição primária de bens não resolve o problema. Uma pessoa deficiente, por exemplo, gastará muito mais da renda mínima distribuída como bem primário do que alguém não-deficiente.

Uma teoria atenta ao consequencialismo, às garantias de direitos, e que leve em conta mais aspectos da vida humana (ou seja, que tenha uma maior base informacional), se faz necessária.

2 - A Perspectiva Das Capacidades:

A teoria de Sen, a das Capacidades, parte de um ponto essencial para Rawls. Se, como este havia dito, era essencial garantir que as pessoas possam ter acesso ao tipo de vida que gostariam de ter (suas concepções de bem), não basta se concentrar nos bens primários, sob o risco de cair na crítica exposta acima.

Para começar, Sen (2000), explica o conceito de "funcionamentos", que "refletem as várias coisas que uma pessoa pode considerar valioso ter ou fazer" (não passar fome, nem miséria, ser membro ativo da comunidade...). Assim, "a 'capacidade' de uma pessoa consiste nas combinações alternativas de funcionamentos cuja realização é factível para ela [a pessoa]. "

Assim, a Capacidade é a liberdade de efetivar tipos diversos de funcionamentos, ou de levar o tipo de vida que deseja. As escolhas efetivamente feitas pelas pessoas organizam-se em vetores de funcionamentos, enquanto que o conjunto de todas as opções possíveis de funcionamentos para aquela pessoa constitui seu conjunto capacitório. Este conjunto constitui as liberdades substantivas da pessoa, passando o desenvolvimento a ser medido pela expansão do conjunto capacitório das pessoas.

Quanto ao que conta de fato como uma capacidade a ser protegida, esta discussão não pode ficar a cabo de teorias que imaginam um indivíduo abstrato, envolto em um véu de ignorância, mas os indivíduos concretos, em suas escolhas reais, e vistos em sua condição de agentes do sistema econômico, político e social, e não meros receptores passivos de ajuda governamental (aspecto dos indivíduos que será mais explorado adiante), além de em consonância com os valores de sua comunidade.

No entanto, o debate em torno das capacidades só ocorrerá se todos forem incluídos no debate público, o que só com a adoção de pelo menos cinco liberdades instrumentais.

1. Liberdades políticas: Incluem os direitos civis, e referem-se à liberdade de escolha por parte das pessoas sobre que deve governar e porque, além dos direitos de fiscalização e crítica dos governantes através de uma imprensa livre e atuante.
2. Facilidades econômicas: Oportunidades por parte das pessoas para utilizar recursos econômicos para o consumo, produção ou troca. Para isto, os mecanismos de mercado podem ter um valor fundamental, já que permitem a livre circulação de pessoas e produtos na economia.
3. Oportunidades sociais: Referem-se aos serviços de saúde, educação, etc, que permitem ao indivíduo não apenas viver melhor em sua vida privada (escapando da miséria através de um trabalho mais bem qualificado, por exemplo), quanto também participar melhor da vida pública (a capacidade de ler jornais é fundamental para a atividade política, por exemplo).
4. Garantias de transparência: Referem-se à necessidade de uma pessoa esperar sinceridade em sua relação com outras pessoas, instituições e com o próprio Estado. Além de essencial para a coesão social, ela pode ter papel importante na prevenção da corrupção, por exemplo.
5. Segurança protetora: resguarda os vulneráveis de caírem na miséria extrema através de uma rede de seguridade social e outras medidas que visem às garantias mínimas de sobrevivência das pessoas. Medidas essas que não são tão caras quanto alardeiam alguns, especialmente nos países em desenvolvimento, onde o custo da mão de obra e dos produtos é menor.

Estas liberdades não só permitem ao indivíduo aumentar a sua capacidade (reforçando sua condição de agente) quanto reforçam umas às outras. O reforço da condição de agente do indivíduo permite-nos também considerar as liberdades instrumentais como importantes por si só. Fora isto, há evidências claras de que a adoção destas liberdades é um fator a favor, e não contra, o crescimento econômico.

Amartya Sen (2000) aponta também:

> como o sistema político democrático, e dessa forma, a liberdade política, pode, por si só, fortalecer demais tipos de liberdades ao se referir à freqüência nula de ocorrências de fomes coletivas, entre outros desastres econômicos, em países com democracias estáveis, acontecendo com freqüência imensamente maior em países com regimes ditatoriais e opressivos. A questão é que governantes ditatoriais tendem a não ter os estímulos em tomar medidas preventivas acerca dessas questões que governantes democráticos possuem, diante da necessidade que tem em vencer eleições e enfrentar a crítica pública. Torna-se assim evidente, mais uma vez, a interconexão que as liberdades possuem umas com as outras. A importância de tais liberdades é, de qualquer modo, independente das influências positivas que possam vir a ter na esfera econômica, devido a pessoas sem liberdades políticas ou direitos civis estarem privadas de liberdades importantes para conduzir suas vidas e de participar de decisões cruciais ligadas a assuntos públicos, restringindo suas vidas social e politicamente. Desse modo, todos os tipos de privações devem ser considerados repressivos, mesmo que não acarretem outros males.

Uma sociedade mais bem-educada pode aspirar receber empregos mais sofisticados, a transparência gera confiança nos investidores, que investem mais, etc. Isto quer dizer que o argumento formulado no início que opunha direitos e crescimento econômico estava totalmente mal formulado, pois não se conquista as liberdades depois, mas antes da opulência.

Para Sen, (2000):

> O que as pessoas conseguem realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por condições habilitadoras, como boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas" (SEN, 2010, pág. 18). A liberdade oriunda destas disposições institucionais é ainda, segundo Sen, influenciada pelos próprios atos livres dos agentes, como uma via de mão dupla, "mediante a liberdade de participar da escolha social e da tomada de decisões públicas que impelem o progresso dessas oportunidades" (SEN, 2010, pág. 18), podendo ampliar ainda mais sua própria liberdade. Dessa forma, as liberdades constitutivas, como a liberdade de participação política, de receber educação básica e assistência medica, não apenas contribuem para o desenvolvimento, mas também são cruciais para o fortalecimento e expansão das próprias liberdades constitutivas. De maneira inversa, a limitação de uma liberdade específica, tal como uma privação de liberdade econômica, no nível de pobreza extrema, por exemplo, contribui para a privação de outras espécies de liberdade, como a social ou a política, tornando esse processo um encadeamento no qual há influências recíprocas e interligadas.

Um ótimo exemplo de como as liberdades instrumentais se reforçam está na força da democracia. Embora seja basicamente composta pelas liberdades políticas (1), possuindo importância direta pelo aumento das capacidades dos indivíduos, ela acaba ao permitir que as pessoas sejam ouvidas quando expressam suas reivindicações, colaborando com outras, como a segurança protetora (5), por exemplo (nunca houve um caso sequer de fome coletiva em um país democrático). Além disso, por abrir a esfera pública para o debate, possui um papel constitutivo na própria definição do que são as necessidades das pessoas e das capacidades a serem valorizadas.

3 - Direitos Humanos:

O posicionamento de Sem (2000), alinha-se, portanto, com uma concepção universalista de direitos humanos, que escapa às críticas de que (1), que não podem ser considerados direitos legítimos, já que são reivindicações pré-legais (tais reivindicações baseiam-se em apelos éticos, e o fato de não serem direitos comuns não os inviabiliza na maioria das situações em que são evocados), (2) de que não possuem um dever correlato, alguém que seja obrigado a provê-los (por serem universais, todos estão conclamados e, às vezes, obrigados, a ajudar em sua promoção), e (3) são valores puramente ocidentais (existem tanto escritos orientais que os defendem quanto escritos ocidentais que os condenam). Além disso, dá ao indivíduo direito à autonomia em um sentido mais amplo que a de Rawls, já que lhe garante não só bens primários, mas as capacidades para buscar a vida que deseja.

A ideia dos direitos humanos ganhou muito terreno nos últimos anos e adquiriu como que um estatuto oficial. Poderosas comissões reúnem regularmente para debater o cumprimento e a violação dos direitos humanos em todo o mundo. Os direitos humanos tornaram-se parte importante da bibliografia sobre o desenvolvimento.

Esta aparente vitória da ideia e do exercício dos direitos humanos é acompanhada por algum cepticismo quanto à real profundidade e coerência da abordagem.

3.1 - Três críticas:

Há três críticas ao edifício conceptual dos direitos humanos:

1. Crítica da legitimidade. Esta perspectiva põe em causa a legitimidade dos direitos humanos. Os seres humanos não nascem com direitos, estes têm de ser adquiridos através da legislação.
2. Crítica da coerência. Os direitos são habilitações que requerem, nesta perspectiva, deveres correspondentes. Se uma pessoa tem um direito, tem de existir alguma instância que o proporcione.
3. Crítica cultural. A autoridade dos direitos humanos é condicionada pela natureza das éticas aceites. Que acontece se certas culturas não considerarem os direitos como especialmente valiosos quando comparados com outras virtudes? A justificação dos direitos humanos requer universalidade, mas, afirmam os críticos, não existem tais valores universais.

3.2 - Crítica da legitimidade:

Marx insistia que os direitos não podiam preceder (mais do que suceder a) a instituição do estado. Bentham referia-se aos direitos naturais como absurdos e ao conceito de "direitos naturais imprescritíveis" como "um absurdo em cima de andas".

Estas e outras críticas insistem na consideração dos direitos como instrumentos e não como uma habilitação ética originária. Mas recusar, com esse fundamento, os direitos humanos é passar ao lado da questão. Os direitos humanos podem assumir-se como exigências, faculdades e imunidades.

O direito moral de uma esposa de participar integralmente, como igual, nas decisões familiares graves pode ser reconhecido por muitos que, não obstante, não pretendem que essa exigência tome forma de lei e seja objeto de coerção policial.

É melhor ver os direitos humanos como um conjunto de exigências éticas que não têm de ser identificadas com direitos jurídicos legislados. Temos de considerar a plausibilidade dos direitos humanos enquanto sistema de pensamento ético e como fundamento de exigência política.

3.3 - Crítica da coerência:

Podemos falar coerentemente de direitos sem especificar a quem compete o dever de garantir o cumprimento desses direitos? Como podemos estar certos de que os direitos são realizáveis se não tiverem os deveres correspondentes?

No debate sobre a normatividade, os direitos são muitas vezes celebrados como habilitações ou poderes ou imunidades que seria bom que as pessoas tivessem. Os direitos humanos são concebidos como direitos partilhados por todos, de cujos benefícios todos deveriam usufruir.

Não constituindo dever específico de nenhum indivíduo em particular, a exigência dirige-se a quem esteja em condições de contribuir. Immanuel Kant caracterizou essa exigência como "dever imperfeito" e desenvolveu o debate sobre a sua importância para a vida social.

3.4 - A crítica cultural e os valores asiáticos:

O conceito de direitos humanos é realmente assim tão universal? Serão não éticos como na compreensão do termo cultura as, cujo foco está na disciplina e na lealdade, e não nos direitos e habilitações?

A afirmação da liberdade política e dos direitos cívicos no âmbito dos direitos humanos gera tensões nos teóricos asiáticos. As autoridades asiáticas têm justificado com base na natureza dos valores asiáticos os seus regimes autoritários.

Serão os valores asiáticos opostos – ou indiferentes – aos direitos políticos básicos? A Ásia é bastante heterogénea, sendo difícil fazer generalizações abrangendo 60% da população mundial.

3.5 - O Ocidente contemporâneo e a pretensão da singularidade:

Há uma evidente tendência na América e na Europa para presumir que o primado da liberdade política e da democracia é um traço fundamental e antigo da cultura ocidental.

A ideia de que a liberdade individual de todos é importante para uma boa sociedade pode ser vista como comportando dois elementos:

- valor da liberdade pessoal e a importância da sua garantia àqueles que "contam" numa sociedade;
- A igualdade da liberdade e a extensão a todos da liberdade que é garantida a cada um.
- Aristóteles defendeu intensamente a primeira proposição, mas com a sua exclusão das mulheres e dos escravos, pouco fez pela segunda.
- Há outra distinção útil entre:
- O valor da tolerância segundo o qual se devem tolerar vários credos, ideias e ações de povos diferentes;
- A igualdade da tolerância e a extensão a todos da tolerância proporcionada a cada um.

Novamente, os escritos primitivos ocidentais defendem a primeira ideia, mas esquecem a segunda.

Na tradição budista, dá-se grande importância à liberdade. Há muito espaço aberto para a vontade e a livre escolha. A nobreza da conduta deve cumprir-se em liberdade.

3.6 - Interpretações de Confúcio:

A leitura do confucionismo que se tornou padrão entre os apologistas autoritários dos valores asiáticos não faz justiça à variedade interior dos próprios ensinamentos de Confúcio.

Confúcio não recomendou vassalagem cega ao estado. Quando Zilu lhe pergunta como servir um príncipe, Confúcio responde: "Diz-lhe a verdade mesmo que isso o magoe. "

Ele não deixa de recomendar a oposição a um mau governo. "Quando o [bom] caminho prevalece no estado, falai e procedei com ousadia. Quando o estado perdeu o caminho, procedei com ousadia e falai brandamente. "

Segundo o sábio chinês, os dois pilares do suposto edifício dos valores asiáticos, a lealdade à família e a obediência ao estado, podem encontrar-se em grave conflito.

O governador de She disse a Confúcio: "Há no seio do meu povo um homem de uma integridade incondicional: quando o seu pai roubou uma ovelha, denunciou-o" ao que ele respondeu: "No meu povo, um homem íntegro procede diferentemente – um pai encobre o filho, um filho encobre o pai – e são íntegros nisso que fazem. "

3.7 - Ashoka e Kautilya:

Podemos descobrir nas tradições indianas uma variedade de perspectivas sobre a liberdade, a tolerância e a igualdade. A mais interessante formulação da necessidade de tolerância numa base de igualdade pode encontrar-se nos escritos do imperador Ashoca que, no século III a. C., governou um enorme império indiano.

Ocupou-se de ética pública e de política esclarecida após uma vitória sangrenta. Converteu-se ao budismo, que ajudou a tornar numa religião mundial, e cobriu o país de marcos com inscrições descrendo formas de vida boa e a natureza da boa governação. Ashoka era universalista e reclamava a tolerância para todos.

Kautilya foi contemporâneo de Aristóteles, no século IV a. C., e ocupou-se de economia e de política prática, sendo citado como prova de que a liberdade e a tolerância não eram valorizadas na tradição clássica indiana.

Era um consequencialista estrito, e via o rei como um autocrata benevolente com o objetivo de promover a felicidade dos súbditos e a ordem no reino. Atribuiu pouca importância à igualdade política e económica, concebendo a sociedade boa como estratificada com base nos costumes e nas castas. Mas a liberdade das classes superiores é inquestionável.

3.8 - A tolerância islâmica:

Entre os inflamados defensores e praticantes da tolerância da diversidade na Índia encontra-se o grande imperador mongol Akbar, que reinou de 1556 a 1605. "Ninguém pode ser interpelado pela religião que professa nem ninguém tem de receber autorização para mudar para uma religião que lhe apraz. "

A civilização islâmica é muitas vezes descrita como fundamentalmente intolerante e hostil para com a liberdade individual. Mas os imperadores turcos eram frequentemente mais tolerantes do que os seus contemporâneos europeus.

Alberuni, o matemático iraniano registou e contestou o facto de o desprezo dos estrangeiros ser comum a todas as nações. Dedicou muito da sua vida a promover o entendimento e a tolerância mútuos no seu mundo do século XI.

3.9 - Globalização: economia, cultura e direitos:

A cultura e o modo de vida ocidental têm um poder irresistível para debilitar os modos de vida e os costumes sociais tradicionais. O mundo contemporâneo é dominado pelo ocidente, ameaçando as culturas nativas. A única solução que não está disponível é a de parar a globalização do comércio e das economias.

A resposta adequada terá de compreender um esforço concertado para tornar a globalização menos destruidora do emprego e dos modos de vida tradicionais e para realizar uma transição gradual.

Devemos destacar dois problemas:

1. O mundo da comunicação e do intercâmbio modernos exige educação formação básica.
2. O abandono dos modos de vida tradicionais pode provocar angústia e um profundo sentimento de perda.

Cabe à sociedade decidir o que quer, e se quer, fazer para preservar velhas formas de vida, talvez mesmo com custos económicos significativos. Não há uma receita para essa análise, é necessário o debate público participado.

O fomento da participação reforça a necessidade de potencialidades elementares como a leitura e a escrita, a boa informação e esclarecimento, e as reais oportunidades de participação livre.

3.10 - Trocas culturais e interdependência universal:

Segundo Rabindranath Tagore, o grande poeta bengali: “Sinto orgulho da minha humanidade quando consigo conhecer, como os do meu país, os poetas e os artistas de outros países. Deixem-me sentir com felicidade perfeita que todas as glórias do homem são minhas. ”

Há no mundo mais inter-relações e influências culturais do que as que são explicitamente reconhecidas pelos que se assustam com a perspectiva da subversão cultural. A fantasia da auto-suficiência regional é profundamente enganadora e é difícil defender como valor o manter as tradições puras e impolutas.

A intenção não é a de opor à importância singular de cada cultura, mas lutar pela necessidade de compreender as influências interculturais e de usufruir das obras de outras culturas e de outras terras.

4 - Pressupostos Universalistas:

Os diferentes povos de diferentes culturas têm a capacidade de partilhar muitos valores comuns e de acordarem propósitos conjuntos. O valor preponderante da liberdade, princípio ordenador desta obra, é um pressuposto fortemente universalista.

A tolerância religiosa e o cepticismo religioso não são particularidades ocidentais. A única religião firmemente agnóstica é de origem asiática: o budismo. A rejeição dos pressupostos universalistas, sobretudo os que valorizam a liberdade, não podem basear-se na concepção de serem valores ocidentais.

5 - Nota Conclusiva:

A defesa das liberdades básicas e das determinações a elas associadas em termos de direitos assenta:

- na sua importância intrínseca;
- no seu papel eficiente ao proporcionar incentivo às garantias económicas;
- no seu papel construtivo na génese de valores e de prioridades.

A opinião segundo a qual os valores asiáticos são de natureza essencialmente autoritária tem sido, na Ásia, quase exclusivamente a dos porta-vozes dos que estão no poder.

O reconhecimento da diversidade no seio das diferentes culturas é extremamente importante no mundo contemporâneo. A nossa compreensão tende a ser eliminada pelo constante bombardeamento de generalizações simplistas acerca da "civilização ocidental", dos "valores asiáticos", das "culturas africanas", etc. Muitas destas interpretações contribuem para a divisão do mundo em que vivemos.

A existência de dissidentes torna problemáticas as perspectivas inequívocas sobre a "verdadeira natureza" dos valores locais. O debate ocidental sobre as sociedades não ocidentais é, muitas vezes, demasiado respeitador da autoridade – o governante, o ministro, a junta militar, o chefe religioso.

Uma abordagem adequada do desenvolvimento não pode ser na prática tão centrada exclusivamente nos que estão no poder. O horizonte tem de ser mais vasto e a necessidade da participação popular não é propriamente desperdício de beata falsa. A verdade é que o conceito de desenvolvimento não é separável dela.

6 – Referências Bibliofráficas

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta – São Paulo: Cia. Das Letras, 2000.

MARQUES, Guilherme Ramon Garcia. **Analisando o desenvolvimento: a perspectiva de Amartya Sen**, in Revista Urutagua – acadêmica multidisciplinar – DCS/UEM nº

CAPÍTULO 9

REPRESENTAÇÃO POPULAR EM XEQUE: O DESPRESTÍGIO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL A PARTIR DAS JORNADAS DE JUNHO DE 2013

José Renato de Oliveira Silva

Este singelo estudo aborda o crescente processo de desacreditação da classe política e dos partidos políticos no Brasil, em paralelo com o emergente incremento também da judicialização da política através do que se convencionou chamar de ativismo judicial. Tomando como parâmetro a onda de protestos iniciada em junho de 2013 no país, que espraiou seus reflexos sobre o impeachment da ex-Presidente Dilma Roussef em 2016, analisa criticamente esse conjunto de fatores que coloca em xeque a representação popular alcançada pela via democrática das urnas.

As manifestações de setores da sociedade brasileira a partir do primeiro semestre de 2013, sobretudo integrantes da classe média, revelaram um movimento político sem precedentes na história recente do país, com objetivos não muito claros, a não ser que se adira aos bordões e pensamentos fáceis, diariamente martelados pela mídia – grande, a média e a pequena; a televisiva, a escrita e a eletrônica.

Multidões foram às ruas e praças nas grandes cidades, assim como grupos de dezenas, centenas ou alguns milhares nas médias e pequenas, para exigir, em coro, melhorias no transporte público, mais saúde, melhor educação, combate à corrupção, enfim, tudo o que, a princípio, se encaixava perfeitamente naquele discurso tradicional e inodoro de qualquer candidato a um pleito eleitoral, fosse ele de direita, centro ou esquerda. A vagueza das reivindicações, embora não desnature por completo a sua legitimidade – afinal de contas, protestos só não são inerentes ao paraíso-, tornava difícil a tarefa de se perscrutar e saber onde poderiam chegar, que resultados poderiam obter, e, com o perdão pelo ceticismo, *se* resultados poderiam obter.

A generalidade e imprecisão das reivindicações facilitaram a tentativa de incorporação dos protestos tanto por vândalos e saqueadores quanto por integrantes de setores localizados mais à direita na atual conjuntura política nacional, e quiçá tem relação com a ascensão da extrema direita ao comando do país nas eleições de 2018. Os primeiros, sem saber muito o que os animava, aproveitaram para depredar e destruir, não só instituições bancárias e tais, mas também prédios públicos (alguns de valor histórico e arquitetônico consideráveis, como a Câmara de Vereadores do Rio de Janeiro e o Palácio do Itamarati, em Brasília), orelhões, pontos de ônibus, etc...., em bárbara imbecilidade. Os segundos, pela facilidade do furto. Os terceiros, por, finalmente, visualizarem uma possibilidade de fazer ressurgir um movimento de oposição no país, nos moldes da centro-direita até então reinante, depois de mais de dez anos de governos de franco viés socialista no plano nacional, e que, hoje sabemos, acabou por ser atropelado pela extrema-direita de Jair Bolsonaro.

A reação do Governo central, imediatista e um tanto insípida, veio através de um pronunciamento em cadeia nacional da então Presidente da República, Dilma Roussef, marqueteiramente arquitetado para apaziguar a horda de insurgentes, sem, contudo, ousar questioná-la ou contrapô-la racionalmente, o que equivaleu a uma espécie de acalmatório *mea culpa*, e que talvez por isso, não surtiu maiores efeitos, a não ser o mero apaziguamento publicitário deliberadamente pretendido.

O cientista político Wanderley Guilherme dos Santos, em artigo publicado à época no sítio eletrônico IG, criticou a fragilidade essencial das manifestações, e em razão disso também atacou a insuficiência e timidez da reação presidencial:

> A mensagem subliminar dos arquitetos da desordem e dos aproveitadores de todas as idades tem consistido em insinuar que as instituições democráticas – governo representativo, parlamentos, movimentos sociais organizados, partidos políticos – são os obstáculos à construção de uma sociedade mais justa e livre. .... Faltou ao discurso de Dilma Roussef uma declaração de que reconhecia as manhas dos que se aproveitam das boas intenções para conduzi-las ao inferno. E de que não se submeterá a elas.[36]

Neste trabalho não me ocuparei nem dos destruidores de bens públicos nem dos saqueadores, embora não os despreze como produto de uma sociedade em natural e contínua transmutação. É que eles, por si, estão a merecer aprofundado estudo teórico e empírico, fundado especialmente na antropologia e na sociologia, ao qual, pela necessidade de delimitação, não me proponho neste momento.

Meu trabalho guarda relação com a terceira classe dos manifestantes, a daqueles que se insurgiram contra a situação econômica e política do país que começava a se deteriorar depois de uma década de prosperidade, onde a vagueza de fundamentos e de propósitos foi logo enlaçada por (às vezes mal) disfarçadas correntes reacionárias, através de seus sustentáculos na pulverizada – e por isso saudável - mídia eletrônica, mas também, ainda que a fórceps, pela grande e tradicional imprensa escrita e televisiva, sempre capitaneada pela Rede Globo de Comunicações.

O objetivo específico dessa empreitada é analisar criticamente a tentativa, pelo aproveitamento acima referido, de desconstrução, ou pelo menos de fragilização, do modelo democrático vivenciado no país, fundado na representação da soberania popular pelos partidos políticos, não obstante a Constituição Federal de 1988 instrumentalize também formas diretas de atuação e decisão pelo povo, como o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular na elaboração das leis[37].

Nesse contexto, também procuro analisar o fenômeno vulgarmente chamado de *judicialização* da política, consistente na tomada de decisões judiciárias que aparentemente extrapolam o seu raio de alçada e conspurcam competências dos poderes Executivo e Legislativo, isso a partir da Constituição Federal de 1988, mas sobretudo nos últimos anos e com enfoque ainda mais específico em 2013, pela coincidência (?) com as grandes manifestações populares já referenciadas.

TATE e VALLINDER (1995), citados por AVRITZER (2013, p. 215/216), abordam a judicialização da política sob duas distintas dimensões, que não precisariam necessariamente coincidir. A primeira delas é a da judicialização como "processo de expansão dos poderes de legislar e executar leis" por parte do Poder Judiciário, chamando para si atribuições que ordinariamente seriam do

36 Wanderley Guilherme dos Santos é professor titular aposentado de Ciência Política na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), doutor em Ciência Política pela Universidade Stanford (EUA). Integrante do Conselho de Orientação do Ipea e fundador do Instituto Universitário de Pesquisa do Rio de Janeiro (IUPERJ), é autor de vários livros, dentre os quais: Horizonte do desejo Instabilidade, fracasso coletivo e inércia social (2006), O cálculo do conflito: estabilidade e crise na política brasileira (2003), O ex-Leviatã brasileiro: do voto disperso ao clientelismo concentrado (2006), Paradoxos do liberalismo: teoria e história uma apologia democrática (1999), Roteiro bibliográfico do pensamento político-social brasileiro (1870- 1975) (2002). Íntegra do artigo disponível em: http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2013-06-22/a-presidenta-dilma-rousseff-falou-mas-nao-disse.html, acesso em 04/08/2013.

37 CF - Art. 1º, Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição; Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular.

Legislativo e do Executivo, ou, por outras palavras, assenhorando-se do poder decisório, "o que, simplificadamente, alguns autores chamam de capacidade do Judiciário de intervir em políticas públicas", o que também é conhecido por "ativismo judicial".

A segunda dimensão, e para cuja análise não se volta este trabalho, refere-se à crescente difusão de processos jurídicos de decisão e de procedimentos próprios de tribunais judiciais na esfera política, antes a ela estranhos, vem sendo chamado de "tribunalização da política".

Em que pese a recorrente argumentação jurídica segundo a qual esse fenômeno de ocupação de terrenos alheios pelo Judiciário seria uma consequência inevitável da crônica insuficiência dos serviços públicos e da inercia do Legislativo em regulamentar dispositivos da própria Constituição Federal, como por exemplo o direito de greve dos servidores públicos, verifica-se não raro uma deliberada intenção de desprestigiar o Poder que congrega os supostamente legítimos representantes da soberania popular, que ao contrário da cúpula e magistrados do Judiciário, são ungidos a partir da explícita escolha dos cidadãos nas urnas.

Ainda que não se ignore a ampla gama de princípios e de direitos sociais trazidos com a Carta de 1988 – lembrando que a judicialização da política é um fenômeno quase mundial[38]- e as dificuldades de sua consecução, sobretudo financeiras, mas também em termos de decisões políticas, a pressupor um natural incremento nas atividades judiciárias visando à sua implementação, o ativismo judicial tem sido utilizado muitas das vezes para fazer prevalecer escolhas políticas e pessoais dos julgadores, em prejuízo de deliberações pelos parlamentares e definições de políticas públicas pelo Executivo.

E valem-se da estratégia cônscios de que encontrarão terreno fértil na depauperada política nacional, ainda mais espezinhada pelos ataques diários da grande mídia, a quem tanto menos interessa um parlamento forte quanto mais enceta promiscuidade com os negócios e as verbas públicas. Cria-se, assim, no inconsciente popular, a noção de que a classe política é incapaz de resolver os problemas nacionais, antes, agrava-os, em especial os integrantes do Legislativo, a tal ponto que somente a imprensa, o Ministério Público e principalmente o Judiciário seriam capazes de "salvar" a sociedade (como se mais puros fossem).

Como observa WALDRON (1999), citado por DIAS[39] (2011, p. 32), "Pessoas acreditam ser vergonhoso que um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando decisões por maioria, tenha a última palavra em matéria de direitos e princípios". É como se a liturgia dos tribunais fosse garantia de correção, equidade, probidade e sabedoria. De acordo com a Professora do Centro Universitário do Estado do Pará,

> Há uma sensação na filosofia jurídica de que a legislação carece de uma dignidade que geralmente associamos ao termo Direito. [...] Parte da autoridade e da legitimidade do sistema jurídico adviria da sensação de estarmos sujeitos ao governo das leis, não dos homens. [...] O que está por trás da revisão judicial é um receio em relação à outra fonte do Direito, aquela dotada de maior fragor democrático, o Legislativo. Nesse vigoraria o império da maioria. Naquele, o império do direito e do princípio. O regime político democrático, para que não desvaneça, além de tomar suas decisões ordinárias, precisa proteger seus ideais constitutivos. Essa função mais nobre seria exercida pela corte. Aquele, pelo Parlamento. Este não goza de confiança suficiente para que lhe atribuam a função de proteger direitos. (DIAS, 2011, p. 32)

38 De acordo com Avritzer (2013, p. 215), o conceito de judicialização tem origem comum aos principais sistemas de governo, apesar de possuir uma forma específica de operação em um conjunto de casos fora dos Estados Unidos, e também no caso brasileiro. A origem comum dos processos de judicialização está ligada à tradição de governo misto e ao debate entre federalistas e antifederalistas. "

39 Doutora em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ). Professora do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

Essa sensação ficou muito evidenciada durante a grande onda de protestos que tomou conta do país especialmente nos meses de junho e julho de 2013, quando se viu um completo rechaço à classe política, personificada pelos partidos políticos, a ponto de se escamotear qualquer tentativa de participação deles nas passeatas e demais manifestações. Também é sintomático que pesquisas tenham detectado, entre os manifestantes, uma razoável parcela de preferência por uma hipotética candidatura à Presidência da República do então Presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Joaquim Barbosa, popularizado por ter relatado a Ação Penal 470, batizada pela mídia de "julgamento do mensalão".

O descrédito da classe política leva a uma perigosa descrença na própria política, o que veio traduzido pela maciça presença naqueles protestos de 2013 de jovens (e outros nem tanto) absolutamente alienados de um verdadeiro processo político e emancipador, niilistas inveterados fabricados pela mídia, que deveria ter um papel exatamente oposto, o de inclusão.

Como ceticamente avaliou SANTOS (2013), por ocasião das últimas manifestações de rua no Brasil, que, quase que rotineiramente, transformavam-se ao final em arruaças e depredação, "Parte dos rapazes e moças que atendem ao chamamento niilista confunde conceitos, parte exaure a libido romântica na entrega dos corpos ao martírio dos jatos de pimenta, parte acredita que está escrevendo portentoso capítulo revolucionário. São estes os subconjuntos da boa-fé mobilizada. Destinados à frustração adulta". O cientista político considera falsa a sugestão de que o movimento se aproximaria de uma democracia direta ou ateniense da idade clássica, versão difundida por "jornalistas semicultos" que ignoram como funcionaria uma democracia direta e que creem na versão popularesca de que Atenas era governada pelo Ágora, "uma espécie de Largo da Candelária repleto de mascarados e encapuzados trajando luto":

> Revolução? – Esqueçam. Das ideias, táticas e projetos que difundem não surgirá uma, uma só, instituição política decente, democrática ou justa. Não é essa a raiz dessa energia que os velhotes têm medo de contrariar. É uma enorme torrente de energia, sem dúvidas, mas é destrutiva tão somente. E mais: não deseja, expressamente, construir nada. Sob cartolinas e vocalizações caricaturais não se abrigam senão balbucios, gagueira argumentativa e proclamações irracionais.

Mas é fato que a multiplicidade de protestos pelo país teve imediatos reflexos nos níveis de aprovação popular do Governo Federal, especialmente da então presidente Dilma Roussef, que viu sua aprovação pessoal despencar de 71% para 45% entre 19 de junho e 12 de julho de 2013, conforme pesquisas divulgadas pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) em parceria com instituto Ibope[40].

Pesquisas à parte, não é difícil se observar que a cúpula do Judiciário sentiu-se fortalecida com a fragilização dos demais Poderes, com os quais deveria, pela Constituição, querer viver em independência e harmonia[41].

40 Com relação à queda nos índices de aprovação do governo Dilma, verificada nas pesquisas CNI-Ibope, confira-se a divulgação pelo portal eletrônico UOL em 25/07/13: A avaliação negativa superou a positiva pela primeira vez na série histórica da pesquisa e atingiu 49%. De acordo com o instituto, 6% dos eleitores não sabem ou não responderam. A aprovação do governo da petista caiu 24 pontos percentuais. Hoje, o governo Dilma é avaliado por ótimo ou bom por 31% dos entrevistados. Na avaliação anterior, divulgada em 19 de junho, a aprovação dos brasileiros ao governo de Dilma Rousseff era de 55%. O grupo de entrevistados que considera o governo Dilma regular subiu de 32% para 37% com relação à sondagem anterior. Já os que avaliam como ruim somam 13% ante 7% da pesquisa passada. Os entrevistados que não souberam ou não quiseram responder totalizaram 1%. A pesquisa divulgada em junho, no entanto, foi a campo antes da onda de protestos que tomou conta do país. No levantamento de junho, 32% dos entrevistados avaliaram o governo como regular; 13% consideraram como ruim ou péssimo e 1% dos entrevistados não souberam ou não responderam. A margem de erro é de dois pontos percentuais para mais ou para menos, e os pesquisadores foram a campo entre 9 e 12 de julho. " (http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2013/07/25/dilma-pesquisa-cniibope.htm - acesso em 04/08/2013)

41 "Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. "

Tome-se como paradigmático exemplo as considerações lançadas em 20 de maio de 2013 pelo então presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, ministro Joaquim Barbosa, em palestra a acadêmicos do Instituto de Educação Superior de Brasília-IESB, quando classificou a representação partidária no Brasil de "mentirinha", disse que os partidos "querem o poder pelo poder" e que "nós não nos identificamos com os partidos que nos representam no Congresso Nacional, a não ser em casos excepcionais".

Depois, diante da reação negativa de alguns parlamentares, dentre eles os presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado, Joaquim Barbosa fez divulgar através da assessoria de imprensa do STF uma nota de esclarecimento, de acordo com a qual aquelas declarações seriam apenas um "exercício intelectual feito em um ambiente acadêmico, [...] um estímulo ao desenvolvimento do senso crítico e da cidadania daqueles jovens alunos. "

Ainda que sob o prisma mais restrito do controle de constitucionalidade, Conrado Hübner Mendes é enfático em afirmar que a soberania popular nas democracias modernas reservou ao Judiciário papel fundamental de promoção de direitos e de resolução de conflitos e uma de suas funções primárias estabelecidas desde o Estado de Direito é o de controlar o poder político. Assim, não seria novidade que o Poder Judiciário devesse ser capaz de domesticar o exercício rotineiro da atividade política (DIAS, 2011).

Nessa perspectiva, o Ministro do STF Gilmar Mendes chegou a constranger não só a classe política, mas também renomados constitucionalistas, quando concedeu medida liminar – depois revertida pelo plenário -, requerida pelo deputado Rodrigo Rolemberg (PSB/DF) para impedir a tramitação de um projeto de lei do então deputado Edinho Araújo (PMDB/SP), que definia novos critérios para a criação de partidos políticos.

Em entrevista à revista Caros Amigos, edição de junho de 2013, o ex-diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, professor de Direito Constitucional Dalmo Dallari, classificou a decisão de Mendes como "uma exorbitância, um exagero do Poder Judiciário interferindo no Legislativo. O projeto de lei ainda estava em tramitação e não poderia ter sido suspenso. Isso só poderia ocorrer se a lei já tivesse sido promulgada. "

Mais ácido nas críticas, formuladas na mesma edição daquela revista, o deputado federal Paulo Teixeira (PT/SP) voltou-se abertamente contra o ativismo judicial que a seu sentir implica em evidente judicialização da política, e levantou a insuficiência do argumento segundo o qual isso se dá exclusivamente em razão da morosidade ou inercia do Legislativo em elaborar leis e regulamentar a Constituição Federal: "A questão relevante, nesse caso, é porque o STF tem o objetivo de ampliar sua competência jurídica e englobar também a da política."

Diametralmente oposta é a posição da cúpula judiciária, também do Ministério Público e da mídia, e então, por imposição, da opinião pública, forjada a golpes de vênus platinada, quando se trata de discutir eventuais limites à discricionariedade do ativismo judicial/político. É o que se viu com as críticas à Proposta de Emenda Constitucional nº 33 (PEC 33), que, dentre outras medidas, pretendia estabelecer quórum qualificado para a declaração de inconstitucionalidade de leis. Assim como se deu com relação à PEC 37, alusiva às atividades do Ministério Público, a proposta foi de tal forma demonizada pela grande imprensa nacional que até mesmo a sua discussão foi interrompida na Câmara dos Deputados.

Conforme já referido, a proeminência do Judiciário revelou-se no Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a chamada –não sem razão- Constituição cidadã. A atual Carta, em seu artigo 102, proclamou o poder máximo de revisão, destinando-o ao Supremo Tribunal Federal, a quem compete julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei

ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Isso sem prejuízo do acúmulo das funções revisoras também atribuídas constitucionalmente àquela corte.

Essa dupla função talvez esteja a inspirar em suas incursões, por vezes, muitos integrantes das instâncias judiciais inferiores, embalados por arroubos ativistas anunciados com frequência nos tribunais de maior alçada, todos a adentrar sem maiores cerimônias o terreno alheio na tomada de decisões, leia-se, do Executivo e do Legislativo. AVRITZER (2013, p. 219) visualiza aí um perigoso desequilíbrio na própria estrutura de equilíbrio dos poderes no Brasil:

> O Congresso Nacional precisa reassumir suas prerrogativas no que diz respeito à organização da expressão da soberania popular. Para isso, é necessário organizar uma reforma política que restabeleça a credibilidade dos parlamentares e do sistema de representação em sua relação com os atores da sociedade civil. O Poder Legislativo não pode continuar deslegitimado da forma como se encontra atualmente no país, sob o risco de afetar o processo de equilíbrio entre os poderes. Ao mesmo tempo [...] o Poder Judiciário tampouco pode assumir o papel de legislador, como tem feito sistematicamente em um conjunto de decisões, como a recente legalização da união homoafetiva.

A Justiça Eleitoral brasileira também tem colaborado, e muito, para o alargamento da polêmica a respeito da judicialização da política. Desde que foi criada por Getúlio Vargas, em 1932, e depois extinta pelo próprio Vargas em 1937, para depois ressurgir na Constituição de 1946, em diversas oportunidades essa justiça especializada –mas não exclusiva- se envolveu ou foi envolvida em tomadas de decisões de cunho nitidamente político, mais afetas ao Legislativo.

Talvez a mais sintomática delas tenha sido a cassação, em 1947, do registro do Partido Comunista Brasileiro, assim como de todos os seus representantes no parlamento (15 deputados federais e a sua maior liderança, o senador Luis Carlos Prestes, que só perdeu em número de votos nas eleições de 1945 para o próprio Getúlio Vargas, então eleito senador pelo Rio Grande do Sul) sob a acusação de duplicidade de estatutos. Muito embora defenda que as 212 páginas da decisão sejam permeadas de coerência jurídica, VALE (2013, p. 320) reconhece que a desarticulação judicial do partido que então detinha a maior projeção nacional faça acreditar "que essa cassação ocorreu por interesses de uma elite política (oligárquica) que se via ameaçada pelo crescimento do comunismo no país".

Mas diversas outras situações revelaram o mesmo viés conspurcante da Justiça Eleitoral no Brasil, como a imposição, pelo Tribunal Superior Eleitoral, da verticalização das coligações em 2004; a insistência do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro em indeferir registros de candidaturas mediante a análise da vida pregressa dos requerentes, nas eleições de 2004 e 2006 –portanto bem antes da aprovação da Lei Complementar nº 105/2010, logo taxada de lei da ficha limpa, que veio complementar a regulamentação do parágrafo 9º do artigo 14 da Constituição Federal; e, talvez a mais controvertida, a imposição da fidelidade partidária obrigatória, sob pena de perda do mandato parlamentar ou executivo, através de uma resolução do TSE, a Resolução nº 22.610, de outubro de 2007.

Essa interpenetração do direito com a política, maximizada através do ativismo judicial a ponto de caracterizar sua propalada judicialização, não tem sido de todo rechaçada. Muitos defendem ser mesmo necessária essa intervenção judiciária, considerando que, ao lado da função tradicional de regramento primário de condutas, o sistema jurídico tem um caráter próprio de ordenação, de organização de práticas, registrando um sensível incremento tanto na regulação econômica quanto na regulação política (MASSA-ARZABE, 2006).

DIAS (2011) defende que contribui para essa situação no Brasil o fato da Constituição Federal de 1988 ter atribuído maiores poderes ao Executivo, quando em comparação com o Legislativo, causando assim uma espécie de exacerbamento de autoridade que reclama constantemente a intervenção do Judiciário, como intermediador e fiel da balança. Em outro plano que não o nacional, GARAPON (2001) faz ponderação algo sarcástica: a de que o Poder Executivo carece de um poder maior que ele, inclusive para arbitrar seus conflitos com o outro poder, o Legislativo.

Essa situação seria a legitimadora da aceitação do Judiciário como uma instância de controle, reguladora a ponto de imiscuir-se nas atividades e decisões que ordinariamente não lhe competiriam, atuando em face do Executivo e sobrepujando, constantemente, o Legislativo em suas competências primárias. Buscariam assim se caracterizar os órgãos judiciários, segundo DIAS (2011) como "um importante fórum de contestação de políticas públicas e projetos de governo, em uma espécie de 'segunda instância deliberativa', que passou a ser largamente utilizada tanto pela sociedade civil quanto pelos partidos de oposição".

> Tais mudanças institucionais previstas na carta constitucional produziram, de acordo com Veríssimo (2008, p. 407-440), o surgimento de um judiciário ativista que não se constrange em exercer competências de revisão cada vez mais amplas, quer incidentes sobre a política parlamentar (via controle de constitucionalidade, sobretudo), quer incidentes sobre as políticas de ação social do governo (por intermédio das competências de controle da administração pública, controle esse interpretado cada vez mais largo nos dias atuais). (DIAS, 2011, p.19/20)

De acordo com a professora do CESUPA, essa espécie de autoridade intervencionista do Judiciário ganhou ainda mais proeminência a partir de 1993, quando o Supremo Tribunal Federal, pela primeira vez, discutiu e declarou a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional, a EC nº 3, que instituía o Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira. Alargou-se assim o potencial de ativismo judicial a partir do STF.

Em matéria política, o STF voltou a declarar, em 2006, a inconstitucionalidade parcial (art. 2º) de uma emenda constitucional, a EC 52, no que estabelecia que a queda da chamada verticalização das coligações partidárias já operaria seus efeitos nas eleições daquele ano[42].

DWORKIN (2005) é chega a defender esse alto grau de ativismo judicial através do poder de controle exercido pelo Judiciário. Para ele, os tribunais, como "fóruns de princípios", teriam mais aptidão que o Legislativo para assegurar os direitos e liberdades fundamentais protegidos pela constituição. A política então deve subordinar-se ao império do direito, do princípio, da integridade, ou seja, não somente ao direito positivo, mas também às suas premissas morais.

De acordo com Dworkin (2005, p. 43), os juízes seriam "um veículo institucional mais adequado para carregar e impor a dimensão do princípio às dimensões políticas", constituindo-se então as cortes judiciais como uns "lócus de ratificação da democracia comunal, já que encarnariam a defesa dos princípios essenciais para as condições de filiação dos indivíduos aos valores sociais" (DIAS, 2011, p. 28).

O problema é que, por outro lado, as decisões judiciais não são colmatadas a partir das naturais discussões e embates de amadurecimento, não só sob a ótica do Legislativo, mas especialmente com relação à formulação de políticas públicas a cargo do Executivo. A falta do

42 O mencionado art. 2º da EC 52 cujo objeto era a alteração do art. 17 da Constituição Federal- apresentava flagrante inconstitucionalidade por ferir o art. 16 da própria Carta, que estabelece o princípio da anualidade, segundo o qual a lei que alterar o processo eleitoral é inaplicável às eleições que ocorram no prazo de um ano. Interessante observar que essa EC 52 foi uma reação do Congresso Nacional ao Tribunal Superior Eleitoral, que em 2002, por meio de uma resolução, instituiu a regra da obrigatoriedade da verticalização, de modo que as coligações firmadas no plano nacional, para as eleições presidenciais, não poderiam ser contrariadas no âmbito regional. Com a declaração de inconstitucionalidade apenas parcial (art. 2º), a queda da verticalização das coligações, pela EC 52, somente operou seus efeitos a partir do pleito de 2010.

imprescindível debate popular –que tem mais propensão a ocorrer nas esferas legislativa e executiva- pode ser considerada um fator deslegitimador dessa exacerbada penetração judiciária, e contraria frontalmente a tese esposada por David Easton, da escola de pensamento sistêmico em relação às políticas públicas, citado por DYE (2010, p. 125), que defende que estas são "um produto do processo político que transforma *inputs* (demandas e apoios) em *outputs* (decisões e ações) ".

Ainda que se adote tese contrária, e menciono a título de argumentação, na linha da tipologia desenvolvida por Theodore J. Lowi, segundo a qual "as políticas públicas é que determinam a dinâmica política", ou seja, a depender do tipo de política pública que está em jogo, a estruturação dos conflitos, das coalizões e o equilíbrio de poder se modificam (SECHI, 2010,p. 16/17), também se pode concluir que as decisões políticas em geral, por serem geradas a partir da diversidade e seus conflitos, não podem ser consideradas democráticas se tomadas preponderantemente dentro dos tribunais judiciais.

De tudo o que foi colocado, penso que deve ser respeitada a posição daqueles que entendem como natural e até saudável a constante (e crescente) intervenção do Poder Judiciário como regulador e revisor das ações tanto do Executivo quanto do Legislativo. Também reconheço a importância do despertar das massas a partir de junho de 2013, como fator de virilidade e amadurecimento de democracia em nosso país, cuja sociedade é sempre criticada, por nós, como excessivamente cordata e passional.

Sob essa ótica, nenhuma ressalva a fazer. Todavia, o que extrapola a racionalidade é o paulatino e paralelo estrangulamento da representação popular expressa nas urnas, através de uma campanha de deliberado achincalhe martelada diuturnamente na mídia contra todo e qualquer integrante da classe política, ou melhor, à exceção daqueles que servem caninamente aos barões dessa mesma imprensa.

Essa campanha de desmonte do parlamento como instituição imprescindível à República e à Democracia, e também do Executivo, qualificado normalmente como antro de corrupção, ao passo em que promove os tribunais judiciais a exclusivos "defensores de princípios", como falava Dworkin, encontra nas tresloucadas multidões formatadas pela platônica (ou platinada) ignorância, que quebram, estilhaçam, destroem nas ruas, o campo fértil para as esperanças direitistas – quem não ouviu em 2013, em algum canto, alguém balbuciar saudades dos "tempos dos militares", quando badernas desse tipo "teriam recebido o devido tratamento"? Posição antidemocrática hoje defendida abertamente pela extrema direita que se instalou no poder central a partir de um até então minúsculo partido (Partido Social Liberal) absolutamente carente de caráter programático.

Nada contra o Judiciário, como instituição também imprescindível ao progresso social e à normalidade democrática, mas tudo contra substituir-se ele ao Legislativo e ao Executivo, solapando a independência e a harmonia entre os Poderes prevista e –espera-se- assegurada pela Constituição. Como disse o jornalista Paulo Nogueira, em artigo[43] no site Diário do Centro do Mundo: "para fazer leis, você tem que receber votos e estar no Congresso".

Referências bibliográficas:

AVRITZER, Leonardo. **Judicialização da política e equilíbrio de poderes no Brasil**. **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

43 Lewandowski tem que processar Joaquim Barbosa, artigo publicado em 16/08/2013, disponível em http://www.diariodocentrodomundo.com.br/lewandowski-tem-que-processar-joaquim-barbosa/ - acesso em 17/-8/2013.

DIAS, Bárbara Lou da C. Veloso Dias. **Behemoth ou leviatã: quem deve ter poder para tomar decisões?** - Direito E democracia - Estudos sobre o ativismo judicial. Bárbara Lou da C. Veloso Dias, Ana Darwich (coordenação). São Paulo: Método, 2011.

DYE, Thomas R. **Mapeamento dos modelos de análise de políticas públicas**. Políticas Públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: O Guardião Das Promessas**. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. 2° ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. ***Dimensão Jurídica das Políticas Públicas*. – Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.** Maria Paula Dallari Bucci (organizadora). São Paulo: Saraiva, 2006.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. In: DIAS, Bárbara Lou da C. Veloso Dias. Behemoth ou leviatã: quem deve ter poder para tomar decisões? - Direito E democracia - Estudos sobre o ativismo judicial – São Paulo: Método, 2011.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **A presidente Dilma falou, mas não disse**. Disponível em: http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2013-06-22/a-presidenta-dilma-rousseff-falou-mas-nao-disse.html, acesso em 04/08/2013.

____ **O futuro do atual levante niilista**. Disponível em:http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2013-07-25/wanderley-guilherme-dos-santos-o-futuro-do-atual-levante-niilista.html, acesso em 01/08/2013.

SECHI, Leonardo. **Políticas Públicas: Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. **The Global Expansion of Judicial Power. Nova York/ Londres: New York University Press**. 1995. In AVRITZER, Leonardo....[et al.]. Dimensões políticas da justiça. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

VALE, Teresa Cristina de Souza Cardoso. **Justiça Eleitoral**. Dimensões políticas da justiça. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

WALDRON, Jeremy**. The dignityoflegislation.** Cambridge: Cambridge University Press, 1999. In DIAS, Bárbara Lou da C. Veloso Dias. Behemoth ou leviatã: quem deve ter poder para tomar decisões? - Direito E democracia - Estudos sobre o ativismo judicial – São Paulo: Método, 2011. Revista Caros Amigos, ano XVII, nº 195 (ISSN 1414-22IX), junho de 2013.

CAPÍTULO 10

INFLUÊNCIA DA ONDA MUNDIAL DE REPRESENTAÇÃO DE INTERESSES DIFUSOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Paulo Henrique Salmazo de Souza

1 - INTRODUÇÃO

O pensamento moderno liberal-individualista adotado pelos Estados liberais influenciou fortemente não somente a política econômica destes, mas também todo o ordenamento jurídico, principalmente os ordenamentos que regulavam as relações cíveis e processuais. A concepção do direito de propriedade como um direito por excelência ocasionou em uma legislação inerte em relação às demandas coletivas, pois a política do "Laissez Faire" apregoava a mínima intervenção estatal na sociedade.

A partir dessa política, o estado delegou ao mercado a regulamentação de quem poderia acessar a justiça, pois o preço para acessar o controle jurisdicional sempre foi muito alto, o que ocasionou na inefetividade de acesso à justiça aos menos abastados e ás demandas de natureza difusa e coletiva.

No entanto, em meados do século XX, eclodiu no mundo todo um movimento em busca de acesso à justiça, identificado através da obra "Acesso à Justiça" de Bryant Garth e Mauro Cappelletti (1988), a qual veio a influenciar o ordenamento jurídico de vários países na busca por efetividade de acesso ao judiciário.

Paralelo a tudo isso, a partir da influencia das ondas de acesso a justiça identificadas por Cappelletti e Garth (1988), e mais especificamente pela segunda onda proposta pelos autores, qual seja, a representação dos interesses difusos, começam no Brasil uma série de movimentos, estudos e mudanças legislativas no intuito tornar efetiva a tutela de interesses difusos.

Nesse sentido, o trabalho tem como objetivo principal o estudo da influência da onda mundial de representação de interesses difusos no ordenamento jurídico brasileiro.

Visando alcançar esse objetivo, realizou-se um estudo teórico a partir de revisões bibliográficas. Para possibilitar uma compreensão apoiada na multiplicidade de conhecimento, onde se deduz o sentido através do enunciado, utilizou-se de análise explorativa e comparativa de ideias, bem como o método descritivo de conceitos e possibilidades.

O primeiro tópico foi abordado sobre o a evolução de uma concepção individualista de processo à uma concepção que leve em consideração toda coletividade, sendo abordado o estudo da 2° onda de acesso à justiça proposta pelos autores da obra "Acesso à Justiça.

Posteriormente foi descrito o desenvolvimento dos processos coletivos no ordenamento jurídico brasileiro, sendo comentado sobre o microssistema de processo coletivo e sobre a representação de ações coletivas de interesse difuso, demonstrando a influência da segunda onda mundial de acesso a justiça no direito brasileiro.

2 - DA CONCEPÇÃO INDIVIDUAL-LIBERALISTA DO PROCESSO À CONCEPÇÃO COLETIVA DO PROCESSO

2.1 - O processo e o acesso à Justiça na concepção liberalista

Com o fim do absolutismo e advento dos Estados liberais burgueses, são adotados pelos Estados liberais os ideais humanistas, os quais se respaldavam no direito natural do homem, dando origem também às constituições modernas. Portanto, o Jusnaturalismo somado aos ideais iluministas foi o grande combustível para a mudança de um dogmatismo medieval para uma um direito voltado à razão e aos valores humanos individuais.

Da mesma maneira, nestes estados liberais burgueses foram estabelecidos ordenamentos cíveis que expressavam esses ideais, ou seja, um direito civil e processual civil individualista, o qual entendia que o acesso a justiça se dava simplesmente pelo direito de propor ou contestar uma ação pelo indivíduo. Além disso, esclarece Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988) que esse entendimento baseado no pensamento liberal-individualista considera o acesso à justiça um direito natural, sendo, portanto, um direito anterior ao ordenamento estabelecido, o qual não pode sofrer a intervenção estatal.

Ainda mais, na doutrina amplamente adotada do "Laissez Faire" pelos Estados liberais modernos, ou seja, a idéia da mínima intervenção dos Estados, estes não tinham por obrigação a garantia de um acesso efetivo à justiça. Nestes termos, o acesso se daria pela livre regulamentação do mercado, sendo que aqueles que detinham capacidade financeira poderiam acessar a justiça. É claro que os Estados modernos apregoavam um acesso de todos ao controle jurisdicional, pois a igualdade era um dos pilares da revolução liberal burguesa, no entanto, esta igualdade era meramente formal e não material. Esse raciocínio foi por séculos estendido ao ensino jurídico, o qual perpetuava esse entendimento positivista do acesso à justiça.

O positivismo jurídico com base filosófica precípua na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen (2003) predominou no cenário acadêmico e na prática jurídica dos países liberais. Assim, o desenvolvimento jurídico se dava somente em melhorias nas técnicas jurídicas procedimentais, não se preocupando com a realidade social, o que ocasionou num grande afastamento entre o direito e os valores e princípios nacionais.

Destarte, a evidente dificuldade do positivismo jurídico em atender às necessidades contemporâneas e as relações complexas decorrentes do crescimento e desenvolvimento dos Estados Nacionais ocasionou a revisão do legalismo normativo, conduzindo a uma reflexão sobre a função social do direito e a interpretação das normas do ponto de vista social.

Nesse novo contexto, foi desenvolvida a análise e a reflexão sobre os direitos coletivos e difusos, pois superada a visão individualista do direito, a qual não atendia às necessidades sociais. Nesse sentido, esclarece Cappelletti e Garth (1998, p.04) que:

> A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas declarações de direitos típicas dos séculos XVIII e XIX. O movimento fez-se no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos. Esses novos direitos humanos, exemplificados pelo preâmbulo da constituição francesa de 1946, são, antes de tudo, os necessários para tornar efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos, os direitos antes proclamados.

Iniciou-se o reconhecimento dos direitos das comunidades, consumidores, locatários, enfim, direitos difusos antes desconsiderados pelo sistema individual-liberalista. Igualmente, nasceu a reflexão sobre a necessidade da criação de mecanismos para efetivo exercício dos direitos positivados, pois o fato de existir o direito, mas não ser possível sua reivindicação não atende a finalidade a que a norma se destina. Portanto o direito do acesso à justiça passou a ser tratado por grande parte dos Estados Nacionais como um direito humano fundamental.

Desta maneira, foram desenvolvidos estudos na processualística sobre como os mecanismos criados podem afetar a sociedade, os quais podem ser manipulados, interferindo nos litígios com o objetivo de atender a fins individualistas de quem detêm maior poder econômico. Em contrapartida, o direito processual e o direito material podem afetar positivamente a toda comunidade, fazendo com que esta tenha um efetivo acesso ao judiciário para apreciação de suas demandas. Assim, toda alteração de normas processuais acarreta um impacto social, o que faz com que os mecanismos de apreciação de litígios devam ser desenvolvidos levando em consideração os fatores acima expostos e a interação com as diversas áreas das ciências humanas. Destarte, Cappelletti e Garth (1988, p.05) ensinam que "o acesso não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido, ele é, também, necessariamente o ponto central da moderna processualística. Seu estado pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica. "

2.2 - A onda mundial de representação de interesses difusos

As mudanças no pensamento jurídico no sentido de libertação do positivismo jurídico estabelecido pelo modelo liberal-individualista e, sobretudo na busca de um real acesso a justiça, foram desenvolvidos de maneira cronológica, as quais os autores da Obra "Acesso à Justiça", denominaram de ondas de acesso á justiça. Sobre o assunto Cappelletti e Garth (1988, p.12) lecionam que:

> Podemos afirmar que a 1° solução para o acesso, a primeira onda desse movimento novo, foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses difusos, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro e mais recente, é o que nos propomos a chamar simplesmente "enfoque de acesso à justiça" porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.

Para alcançar o principal objetivo deste artigo, qual seja, o estudo da influência da onda mundial de representação de interesses difusos no ordenamento jurídico brasileiro, necessário se faz explicitar melhor sobre os pressupostos da denominada 2° onda de acesso a justiça, a qual têm influência direta nas transformações no ordenamento jurídico brasileiro na defesa dos interesses difusos.

Conforme já mencionado, diferentemente da 1° onda, a qual concentrou seus esforços na garantia de assistência judicial aos pobres, na 2° onda de acesso à justiça, buscou-se resolver o problema da representação dos interesses difusos ou coletivos grupais.

O modelo individualista do direito civil e processual civil até então vigente restringia a atuação nos processos às partes individualmente, sendo que não havia disposições legais para atuação no processo de interesse público. Desta maneira, explicam os autores que:

> Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento público não enquadravam bem nesse esquema. As regras determinadas de legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares. (CAPPELLETTI E GARTH, 1988, p.19)

Visando a resolução desses problemas, várias reformas foram implementadas em diversos países no sentido de autorizar os chamados litígios de interesse público, assim denominados por representarem direitos relacionados a políticas públicas e a problemas sociais. Desta maneira, as primeiras reformas foram no sentido de legitimar grupos de interesse ou indivíduos em processo de natureza difusa. Posteriormente a isso, outras mudanças no direito processual foram necessárias tendo em vista a natureza diferenciada dos interesses difusos, os quais requerem conceitos diferentes de citações e alterações em institutos como o da "Coisa Julgada", o que será posteriormente discorrido. Nesse sentido, as reformas foram todas no sentido de alterar os conceitos individualistas do processo, dando lugar a uma visão coletiva e social do mesmo. Sobre esses fundamentos, nasceu a reforma da segunda onda identificada por Capelletti e Garth (1988).

A partir desses pressupostos, o autor identifica três instrumentos desenvolvidos para defesa desses direitos, quais sejam: a Ação Governamental, o Procurador Geral Privado ou demandante ideológico e o Advogado Particular de Interesse Público.

O primeiro desses instrumentos, diz respeito à atuação de um agente público para tutelar os direitos dos grupos, sendo na maioria dos países, o papel delegado ao Ministério Público. De acordo com Capelletti e Garth (1988), o Ministério Público tem sido insuficiente para atender as demandas de natureza difusa, tendo em vista suas atribuições pré-estabelecidas. Ainda, pelo fato do Ministério Público se tratar de um agente estatal, o que acarreta, muitas vezes, em demandas contra o próprio estado, este estaria susceptível a pressões políticas, não atendendo com efetividade os interesses sociais.

O segundo instrumento, o Procurador Geral Privado, diz respeito à possibilidade de indivíduos proporem ações de interesse público, o que representou um grande avanço em muitos países objetivando a efetividade de tais direitos. Nesse sentido, é esclarecida a importância deste instrumento, o qual consideram: "Uma típica reforma moderna nesse sentido é a admissão de ações propostas por cidadãos para impugnar e paralisar determinada ação do governo. Grupos podem financiar essas ações individuais como caso teste". (CAPPELLETTI E GARTH, 1988, p.21)

Por fim, outro instrumento relevante para o acesso a direitos difusos e coletivos trata-se do Advogado Particular de Interesse Público. Esse instrumento importa no reconhecimento de associações de interesse público, como por exemplo, associações de consumidores, associações de proteção ambiental etc. Além do reconhecimento da legitimidade desses grupos, o autor identifica mecanismos para dar sustentação a esse direito reconhecido, como a atuação de advogados de interesse público, os quais atuam subsidiados por entidades filantrópicas e as class action, que tratam de advogados especializados nos direitos difusos, remunerados através dos honorários decorrentes da própria demanda.

3 - A INFLUÊNCIA DA ONDA MUNDIAL DE REPRESENTAÇÃO DE INTERESSES DIFUSOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 O desenvolvimento de instrumentos legais de representação coletiva no Brasil

Os estudos e desenvolvimento das ações coletivas nos países ocidentais tiveram grandes repercussões no Brasil, principalmente os pressupostos desenvolvidos nos Estados Unidos, onde os estudos sobre as ações coletivas estiveram sempre na vanguarda, e que até o momento é o sistema mais desenvolvido. Nesse sentido, foram desenvolvidos na doutrina nacional, em meados da década de 70, diversos estudos sobre a efetividade de ações coletivas, vindo a materializar-se através da edição da lei de Ação Popular, Ação Civil Pública e Código de defesa do consumidor.

Antes da edição das principais legislações que tutelam as ações coletivas, encontrava-se no Brasil uma grande demanda pelo acesso a justiça no que tange os direitos difusos, não tendo no ordenamento nenhum instrumento hábil para concretização dos mesmos. Nesse sentido, apesar de existência de uma gama de legislações dispersas sobre o assunto, o grande marco na ordem jurídica nacional foi e edição da Lei de Ação Civil Pública em 1985:

> A aprovação da lei da ação civil pública, propriamente dita, Lei 7.347/85, destinada a tutelar alguns interesses difusos, elencados taxativamente no art. 1º, originariamente aprovado, em regime de substituição processual pelo Ministério Público, tornou-se, verdadeiro marco divisor para a tutela coletiva de direitos transindividuais, transformando o ordenamento jurídico brasileiro, até, então, restrito a tutelar direito individual, para também, tutelar direito coletivo, sendo esta, a principal ação na defesa de direitos difusos, apesar de sua aplicação ser taxativamente regrada. (BARBOSA, 2009, p.02)

Posteriormente a este marco, a promulgação da Constituição cidadã, veio a ratificar e trazer em seu texto a necessidade de representação e acesso aos direitos transindividuais. Nesse sentido, Juarez Gadelha Barbosa Junior (2009, p.02) esclarece que:

> O direito processual coletivo comum surge como novo ramo do direito processual, embalado pela segunda onda renovatória do acesso à justiça, nas concepções idealizadas por Mauro Cappeletti, que se estendeu aos direitos coletivos, os mesmos direitos assegurados aos direitos individuais (GADELHA, p.2)

A influência da onda mundial de acesso a justiça se demonstrou evidente nesse processo de concretização dos direitos difusos e coletivos e foi somada ao processo de criação de instrumentos jurídicos visando à concretização de direitos que emergiram juntamente com o desenvolvimento do Estado Brasileiro.

O direito processual brasileiro, da mesma maneira que o direito processual da maioria dos países era concebido na perspectiva liberal-individualista, privilegiando ações que tutelavam interesses individuais, precipuamente o direito à propriedade, constituído como o direito fundamental por excelência na perspectiva liberal. No entanto, a percepção no mundo todo sobre a necessidade de se privilegiar o interesse coletivo, a qual se expressou através mencionada 2° onda de acesso a justiça, gerou profundas transformações nos ordenamentos nacionais, e mais especificamente, no ordenamento jurídico brasileiro, como ora abordado.

Destarte, emergiu um novo ramo do direito, amparado pela Carta Magna e regulamentado por uma gama de legislações, onde:

> Este novo ramo, segundo boa parte da doutrina, teria por escopo assegurar aos indivíduos, enquanto coletividade, os direitos coletivos em geral previstos na Constituição, com acesso ilimitado e incondicionado à tutela jurisdicional, bem como, dar vida a algumas das mais importantes ações coletivas, além de aumentar a abrangência das ações já existentes, como no caso da ação popular e da ação civil pública. (BARBOSA, 2009, p.02)

Emergiu, desta sorte, uma gama de instrumentos que vieram a viabilizar as ações coletivas, proporcionando um real acesso à jurisdição para proteção desses direitos antes suprimidos. Dentre eles, podem ser citados a Ação Popular (Art. 5°, LXXIII), Mandado de Segurança Coletivo (Art. 5°, LXX), Mandado de Injunção Coletivo (Art. 5°, LXXI), Ação de Impugnação de Mandado Eletivo (Art, 14, §§ 10 e 11), Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade (Art. 102, I, a), Ação de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, §1°) e Ação Civil Pública (art. 129, III).

3.2 - O microssistema de processo coletivo brasileiro

As ações coletivas disponíveis em nosso ordenamento estão inter-relacionadas umas com as outras, onde a Ação Civil Pública e o Código de defesa do Consumidor podem ser considerados os alicerces daquilo que têm se denominado como microssistema processual coletivo, sendo "este grupo normativo surgido com a entrada em vigor do CDC e sua interação com a LACP, regulando, principalmente a representação em juízo (legitimatio ad causam) e os limites da autoridade da coisa julgada, dentre outros institutos próprios." (BARBOSA, 2009, p.4).

Com isso, o sistema jurídico brasileiro foi dotado de instrumentos específicos para a tutela coletiva, o que se pressupõe regras e princípios próprios no sistema processual. Estes instrumentos vieram com o propósito de concretizar os direitos difusos e coletivos, onde as normas de acesso a tais direitos podem ser buscadas em todos os instrumentos, os quais funcionam de maneira interligada e complementar.

Dentre os instrumentos jurídicos para representação coletiva, o Código de Defesa do Consumidor possui papel fundamental no microssistema, pois é este que estabelece as regras gerais e visa à uniformização da aplicação das regras de defesa de direitos transindividuais.

Sobre a importância do CDC, esclarece BARBOSA (2009, p.06) que:

> [...] este último, passando a partir de então, a ser o ordenamento processual coletivo de caráter geral, devendo ser aplicado em todas as ações coletivas, caracterizando-se pela interação perfeita com a lei de ação civil pública – LACP (Lei 7347/85), criando um verdadeiro regime de interdependência e complementaridade entre CDC e a LACP.

Desta sorte, todas as leis que tratam dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos devem utilizar do CDC como regra geral processual, a "LACP como norma complementar integrativa e o Código de Processo civil como norma geral da ciência processual e fonte subsidiária do processo coletivo. " (BARBOSA, 2009, p.06)

Por terem regras próprias, as ações coletivas de interesses difusos não se sujeitam a alguns institutos do processo civil convencional, pois o microprocesso coletivo tem por objeto o rompimento com os limites impostos às ações individuais. Nesse sentido, dever ser analisado sob uma perspectiva diferenciada os institutos cíveis da legitimidade, litispendência, coisa julgada etc. Este último faz-se necessária a realização de algumas considerações tendo em vista a grande mudança que sofre quando se trata de ações coletivas.

A coisa julgada pode ser entendida como "a qualidade de imutabilidade, de indiscutibilidade de que se reveste a sentença, mas especificamente a parte dispositiva desta (limite objetivo) e via de regra em relação às partes processuais (limite subjetivo) ". (PIZZOL, p.01). Assim, se a imutabilidade se der dentro do processo, impedindo que a sentença seja revista dentro do mesmo, denomina-se coisa julgada formal, e se a imutabilidade da sentença se der para elem do processo, impedindo que seja alterada por meio de outro processo, caracterizada está a coisa julgada material. Elucidando o assunto, a autora esclarece que:

> O instituto encontra fundamento no artigo 5º, XXXVI, da CF, tendo como objetivo propiciar segurança jurídica, dar estabilidade às relações sociais e evitar julgados conflitantes. Uma das características da jurisdição é exatamente a coisa julgada/ imutabilidade das decisões, pois de nada adiantaria submeter uma pretensão ao Estado-Juiz se a decisão por este proferida não fosse imperativa e imutável. (PIZZOL 2014, p.01)

No entanto, essa regra, conforme mencionado sofre restrições quando se tratam se ações coletivas devido a sua natureza diferenciada, visando à concretização dos interesses coletivos. Em se tratando de direito difuso ou coletivo, a coisa julgada se opera diferentemente dos processos comuns, ultra-partes ou erga-omnes, operando "secundam evento litis, ou seja, dependerá do resultado a que dispuser a sentença. Desta maneira, os efeitos da coisa julgadas podem ser resumidos nos processos coletivos da seguinte maneira:

> Direito essencialmente coletivo – difuso ou coletivo *stricto sensu*: a) sendo o processo extinto sem julgamento do mérito, a sentença produzirá apenas coisa julgada formal, sendo perfeitamente possível a propositura de nova ação idêntica à primeira (embora haja, como vimos, entendimento do STJ em sentido contrário); b) sendo o pedido julgado procedente, a sentença produzirá coisa julgada formal e material, beneficiando toda a coletividade (direito difuso) ou todo o grupo, classe ou categoria (direito coletivo *stricto sensu*); c) sendo o pedido julgado improcedente por insuficiência de provas, a sentença produzirá coisa julgada formal e material, sendo, porém, possível a propositura de nova ação, idêntica à primeira, por qualquer legitimado, desde que se valendo de nova prova, sem prejuízo do ajuizamento de ações individuais pelos indivíduos que tenham sofrido dano individual em razão do mesmo evento; d) sendo o pedido julgado improcedente com provas suficientemente produzidas, a sentença produzirá coisa julgada formal e material, impedindo a propositura de nova ação coletiva, sem, contudo, prejudicar os indivíduos que poderão também propor suas ações individuais. (PIZZOL, 2014. p.19)

3.3 Legitimação das ações coletivas de interesse difuso no ordenamento jurídico brasileiro

A segunda onda de acesso à justiça identificada por Capelletti e Garth (1988) promoveu uma grande mudança no Brasil no que diz respeito às ações coletivas de interesse difuso, conforme já mencionado neste ensaio. As mudanças legislativas ocorridas no país visando um real acesso e esses direitos trouxeram legitimidade para os indivíduos e entidades estatais tutelarem estes direitos de maneira mais ampla e efetiva.

A atuação do Agente Público demonstrada por Capelletti e Garth (1988) se evidencia fortemente no Brasil através da atuação do Ministério Público. A Lei de Ação Civil Pública delega ampla competência para este agente público atuar em prol dos interesses difusos e coletivos. A despeito das críticas feitas pelos autores, no que diz respeito ao fato do Ministério Público ser também um agente estatal, assim podendo não atuar de forma devida quando a demanda for

contra o próprio Estado, no Brasil sua atuação tem sido significativa, tendo em consideração que nossa Constituição (Art.127, §§1°e2° CF/88) atribui autonomia de atuação do mesmo. Nesse diapasão, o Ministério Público tem se consubstanciado em uma ferramenta eficaz na concretização dos direitos coletivos, sendo o principal agente que opera a Ação Civil Pública no Brasil.

O Procurador Geral Privado ou demandante ideológico, demonstrado por Cappelleti e Garth, o qual lhe é permitindo a propositura de ações pelos próprios cidadãos, refletiu no Brasil através da Ação Popular (art. 5°, VXXIII CF/88), autorizando qualquer cidadão a propor ação coletiva, atendendo os requisitos legais, para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, em qualquer dos entes da Federação.

No que tange a proposta do Advogado Particular de Interesse Público, observa-se no Brasil nas últimas décadas o reconhecimento das associações de interesse público de diversas naturezas, como consumidor, proteção ambiental etc. Essas Associações podem tutelar direitos coletivos através da Ação Civil Pública e Mandada de Segurança Coletivo, atendendo os requisitos legais.

Uma das extensões da proposta de Advogados Particulares de Interesse Público, os quais têm seus honorários custeados por entidades filantrópicas, a Class Action americana proporcionou um excelente modelo de advogados especializados para tutela de interesses coletivos. Sobre as Class Action, Cássio Scarpinella Bueno (1996, p.02) informa que:

> A *class action* do direito norte-americano pode ser definida como o procedimento em que uma pessoa, considerada individualmente, ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem, entre si, um interesse comum. Seu cabimento restringe-se àquelas hipóteses em que a união de todos que poderiam ser partes em um mesmo processo (que se afirmam titulares da lide levada ao Estado juiz, portanto) não é plausível (até porque seu número poderia chegar a milhões) ou porque sua reunião, em um só processo, daria ensejo a dificuldades insuperáveis quanto à jurisdição e à competência. Há precedentes jurisprudenciais onde se verifica que, precisamente pela grande dispersão territorial dos afetados, justificou-se a instauração e o processamento daquela pretensão como *class action*.

O modelo da Class Action americano inovou institutos tradicionais do processo civil, pois através de um representante individual, toda uma classe ou grupo de interesse comum são representados, sem que interfiram formalmente no processo.

No ordenamento brasileiro, embora não exatamente como a class action, estão sendo aplicados e aprimorados alguns instrumentos de tutela de interesse de classes como já abordado. A introdução de um modelo idêntico a class action no ordenamento brasileiro ocasionaria em diversos riscos a ordem jurídica, pois tais instrumentos devem emergir a partir de uma estrutura preexistente, no intuito de que não se incorra em uma inovação que não se efetiva na prática jurídica:

> A revitalização, a (re) adaptação e a canalização dos institutos já consagrados para as finalidades emergentes do cotidiano dão a necessária margem de segurança e previsibilidade para o julgador (que está habituado a tratar com aqueles termos) executar sua função. Tal não se consegue, entretanto, ao menos em curto ou médio prazo, com a construção de estruturas totalmente novas, divorciadas de tudo e de todos, sem qualquer possibilidade de sua efetividade concreta. As decisões terminativas da jurisprudência estão aí como testemunho. (BUENO, 1996, p.59)

Contudo, a class action se perfaz em relevante modelo para concretização de direitos coletivos, podendo ser utilizados vários de seus pressupostos em alterações legislativas no intuito de aperfeiçoamento do microssistema brasileiro.

O desenvolvimento dos processos coletivos no Brasil teve seu início, como ora abordado, pela Lei de Ação Popular em 1977, e, posteriormente a Lei de Ação Civil Pública em 1985, as quais se tornaram mais amplas e efetivas abrangendo outros direitos de interesse coletivo e difuso a partir de promulgação da Constituição de 1988, a qual promoveu verdadeira transformação no acesso à justiça dos interesses difusos e coletivos. Com o advento do Código de defesa do Consumidor em 1990, o Brasil concretizou o microssistema de ações coletivas.

A partir desse desenvolvimento legislativo e a soma dos diversos estudos doutrinários e pesquisas acadêmicas sobre o tema, emergiu na doutrina brasileira o entendimento que autoriza "O Brasil a dar um novo passo rumo à elaboração de uma Teoria Geral dos Processos Coletivos, assentada no entendimento de que nasceu um novo ramo da ciência processual, autônomo na medida em que observa seus próprios princípios e seus institutos". (GRINOVER, 2003, p.01)

A partir desse fundamento, foi proposto no Congresso um Projeto de um Código Processual Coletivo, PL 5139.09, sendo a proposta coordenada pela Prof° Ada Pellegrini Grinover. O projeto, no entanto, encontra-se parado na mesa diretora da Câmara dos Deputados, aguardando apreciação do recurso proposto contra Parecer vencedor do Deputado José Carlos Aleluia DEM-BA, do qual se transcreve os trechos a seguir:

> Quanto ao mérito, no entanto, o projeto não prospera. A proposta cria processo em que o réu recebe tratamento desigual de um juiz que terá liberdade para tomar partido sempre e somente em favor do autor, inclusive alterando a ordem das fases processuais, e concedendo liminares (e antecipações de tutela) sem que o autor as tenha pedido e sem que tenha sido dada oportunidade de defesa ao réu.
>
> O autor não corre risco algum ao mover a ação: não paga custas, não paga pela prova a ser feita no curso da ação nem paga honorários, se vencido. Mais: praticamente quaisquer duas pessoas podem ir a juízo, apresentarem-se como representantes de um grupo ou até mesmo de toda a sociedade brasileira e pedirem, por exemplo, a paralisação de uma iniciativa do poder público por ofensa ao meio-ambiente. Não há requisitos para que alguém se apresente em juízo como representante de uma classe. Basta formalizar parcamente uma associação e defender, perante um juiz parcial e complacente, que sua causa é relevante.
> A ação poderá seguir seu curso mesmo que o pedido do autor e o motivo de ele ter ido a juízo não tenham sustentação técnica, jurídica ou factual: o juiz pode chamar alguém para entrar no lugar dele e procurar outro motivo e outro pedido para continuar com a demanda.
>
> Outro ponto de preocupação: se o réu for uma empresa e fizer acordo com o Ministério Público, poderá sofrer intervenção, ter sua direção impedida de mandar na empresa e, em seu lugar, outras pessoas passarão a decidir por ela. O projeto não impõe qualquer limite a essa interferência. Não diz sua finalidade nem por quanto tempo pode durar.
>
> As ações coletivas foram criadas, entre outras coisas, para diminuir o número de ações sobre a mesma matéria. Mas o projeto, tal como está, acaba por alimentar mais ações: a ação coletiva pode conviver com ações individuais, sendo, assim, apenas mais uma, em vez de ser algo que resolva o litígio por todas.
> Ademais, o projeto dá excessivo poder ao Ministério Público e à Defensoria Pública, sendo crime a não apresentação de documentos eventualmente solicitados por esses órgãos.
>
> Em suma, a proposição não resolve os problemas do modelo atual das ações civis públicas, gera insegurança jurídica em escala inimaginável, fomenta a ida irresponsável a juízo para a defesa de interesses coletivos sem qualquer garantia

> de que esses interesses estejam sendo bem representados, e expõe toda a economia, toda a sociedade e todos os indivíduos ao risco de se tornarem réus numa ação em que serão tratados como párias, do começo ao seu longínquo fim.

Observa-se a partir do parecer vencedor, diversos contratastes dos pressupostos desenvolvidos pela doutrina nacional e pelas mudanças legislativas contemporâneas no sentido de acesso ao judiciário dessas ações de natureza coletiva. O autor do parecer desconhece o tratamento diferenciado que deve ter esse tipo de ação com vistas a romper com a natureza individualista do processo civil tradicional.

Menciona que qualquer associação pode ingressar com a ação, o que ocasionaria no excesso de ações desta natureza, argumento em sentido contrário a onda mundial de facilitação e efetividade de acesso a justiça de ações coletivas. Da mesma maneira, a alteração de procedimentos tradicionais como a alteração de fases processuais, concessão de liminares, alteração no conceito de coisa julgada, entre outros, causam desconforto para parcela da sociedade, cujos interesses defende o parecer.

Dessa maneira, apesar dos avanços, muito ainda deve ser caminhado rumo à construção de um processo coletivo que proporcione um real acesso e legitimidade em ações de natureza difusa e coletiva.

4 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

A influência liberal nos Estados modernos orientou o ordenamento jurídico destes países, influenciando diretamente na ineficiência dos mesmos em proporcionar um efetivo acesso à justiça para toda a sociedade.

No entanto, surgiu em vários países uma revisão dos processos tradicionais objetivando o real acesso à justiça. Esse processo de transformação foi identificado por Mauro Cappletti e Bryant Garth, os quais através da obra “Acesso à Justiça” trouxeram esclarecimentos e influenciou o ordenamento jurídico de diversos países, incluindo o Brasil.

A segunda onda de acesso à justiça identificada pelos autores, a onda da representação coletiva de interesses difusos, proporcionou grandes mudanças na legislação brasileira, objetivando a concretização de direitos coletivos que antes eram ignorados.

Estes estudos e mudanças de paradigmas materializaram-se no ordenamento brasileiro principalmente por meio da Lei de Ação Civil Pública, Ação Popular e Código de Defesa do Consumidor, amplamente amparados pelos princípios e valores adotados pela Constituição de 1988.

Essas mudanças ocasionaram no desenvolvimento de um microssistema de processo coletivo brasileiro, onde o grupo normativo referente à tutela coletiva é interligado, estabelecendo regras próprias para demandas coletivas, proporcionando uma revisão de institutos tradicionais do processo tradicional.

Nesse sentido, a partir do desenvolvimento doutrinário e legislativo dos processos de interesse difuso, emergiu no Brasil a necessidade da elaboração de uma Teoria Geral de Processos Coletivos. Para isso, foi proposto um projeto de lei para criação de um código de processual coletivo brasileiro, proposta essa que foi vencida na Câmara dos deputados.

Apesar do desenvolvimento alcançado, muito ainda deve ser caminhado para concretização da tutela efetiva de interesses difusos, sem ainda grande as dificuldades impostas por meio de uma concepção tradicional e individualista do processo.

5 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALELUIA, José Carlos. **Parecer sobre o Projeto Lei n. 5.139/2009.** acessado em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9AAA80510F662958709AD6EC4F929996.proposicoesWeb2?codteor=754582&filename=Parecer-CCJC-17-03-2010, na data de 20.04.2014.

BARBOSA JR, Juares Gadelha. **Direitos Coletivos e o microssistema de Processo Civil Coletivo**. Revista Jus Vigilantibus n. 0683/2009. Ano III. ISSN 1983-4640. BRASIL. Ministério da Administração Federal da Reforma do Estado. Brasília: Cadernos MARE da Reforma do Estado, 1998.

BUENO, Cassio Scarpinella. **As Class Actions Norte-Americanas e as Ações Coletivas Brasileiras: Pontos para uma Reflexão Conjunta**. Acessado em http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Class%20action%20e%20direito%20brasileiro.pdf, em data de 24.04.2014.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bian. ***Acesso à Justiça***. Trad. Ellen Garcie Northfleet. Porto Alegre: Ségio Fabbri, 1988.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Direito Processual Coletivo**. Acessado em http://xa.yimg.com/kq/groups/25181874/588097936/name/grinover_direito_processual_coletivo_principios.pdf na data de 18.04.2014. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo.* 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

HANS, Kelsen. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. 6° Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade. **Interesse de Agir nas Ações de Natureza Coletiva**. Acessado em http://jusvi.com/artigos/802, em data de 14.11.2009.

PIZZOL, Patrícia Miranda. **Coisa Julgada nas Ações Coletivas**. Acessado em http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf, na data de 18.04.2014.

CAPÍTULO 11

LEGITIMAÇÃO DAS AÇÕES COLETIVAS DE PROTEÇÃO DOS INTERESSES DIFUSOS: uma análise a partir da obra Acesso à Justiça, de Capelletti e Garth

Jesus Vieira de Oliveira

1 - INTRODUÇÃO

Uma das primeiras indagações realizadas por Capelletti e Garth (1988:7), na obra Acesso à Justiça, concerne à interrogação de como, a que preço e em benefício de quem funciona o sistema judiciário, o que é bastante salutar, no entanto, antes de adentrar nestas questões é oportuno refletir também sobre o próprio direito e o seu papel na sociedade, ainda que brevemente.

O direito é o elemento de ordenação da sociedade, ele coordena os interesses que se manifestam na vida social, viabilizando a cooperação e, igualmente, a composição dos conflitos sociais, como aponta Cintra, Grinovere Dinamarco (2011:26).

Embora a finalidade da ordem jurídica seja estabelecer a harmonia na sociedade, ocorre, no entanto, que a própria ordem jurídica também promove desarmonia, sobretudo, ao proteger determinados interesses que colocam determinados indivíduos ou grupos sociais em situação privilegiada em relação aos demais. Aliás, a ordem jurídica sempre protege determinados interesses em detrimento de outros, sob o manto do "bem comum".

Oportuno destacar o pensamento de Dworkin (2011: IX), o qual aponta que a distribuição das riquezas é produto da ordem jurídica.

Nesta perspectiva, a função jurisdicional do Estado ganha um relevo sem igual, pois, se, de um lado, as funções legislativas e executiva estão a serviço de interesses parciais (dos grupos políticos que galgaram cargos para o exercício das funções públicas) decorrentes da disputa e da ordem política, por outro, aquela função vincula-se à ordem ética, do justo, decorrente da moralidade social, a partir da concepção pós-positivista do direito.

É neste contexto que se insere a obra de Capelletti e Garth, pois, para os mesmos (1988:8) a finalidade do Acesso à Justiça é promover um sistema judiciário igualmente acessível a todos e que produza resultados individual e socialmente justos.

Cabe destacar que os procedimentos judicias refletem os paradigmas da sociedade, assim, valores típicos do liberalismo, como o individualismo, a defesa da propriedade, a igualdade formal, terão reflexo direto nos procedimentos judiciais.

O Acesso à Justiça é requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário, no entanto, Capelletti e Garth apontam como principais obstáculos ao acesso à justiça as custas processuais, as possibilidades econômicas e processuais dos litigantes, bem como o tratamento inadequado aos interesses difusos.

Desse modo, os autores propõem (1988:12), primeiramente, que os juristas devem reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais e que as cortes não são a única forma de solução de litígios, e a partir dessa compreensão, que se sejam renovados os meios e os procedimentos judiciais.

2. CONCEPÇÃO TRADICIONAL DO PROCESSO CIVIL E A PRIMEIRA ONDA RENOVATÓRIA

Segundo Capelletti e Garth (1988:9), nos estados liberais burgueses os procedimentos do processo civil refletem a concepção individualista dos direitos.

Nesta vereda, o direito tinha como finalidade, a partir de uma suposta igualdade processual formal, solucionar os conflitos em torno da propriedade, da liberdade e da igualdade contratuais irrestritas, porém, esses interesses e direitos não eram comuns às massas. Por isso, promover o pleno acesso ao judiciário pelas pessoas com menos recursos não era prioridade do Estado.

Nesse sentido, pontuam os autores (1988:9) que no sistema econômico do *laisse-faire* a justiça era concebida como um bem, acessível por aqueles que pudessem enfrentar seus custos.

Assim, nesse período o direito tinha abordagem formalista, dogmática e indiferente ao contexto social, consoante Capelleti e Garth (1988:10), aliás, esta postura era correlata à concepção de igualdade (formal) da época. O que estava em questão era mais a norma (plano formal de validade) do que os fatos (plano da eficácia).

Essas são as marcas da concepção tradicional do processo civil, estruturado para solução de conflitos entre particulares, e que, calcado na liberdade e na igualdade formais entre as partes, objetiva a denominada jurisdição de direito, na qual vigora a mera aplicação da norma positivada, o juízo de estrita legalidade, o magistrado com postura inerte e de mero intérprete (aplicador) do legislador, os meios de prova são submetidos a critério rigoroso, e, sobretudo, a valorização da segurança jurídica (cuja expressão maior é o instituto da coisa julgada) em detrimento da efetivação da justiça.

Aliás, uma análise sobre o desenvolvimento das teorias acerca da natureza jurídica do direito de ação (passando pela teoria civilista, pela teoria do direito autônomo e concreto, pela teoria do direito autônomo e abstrato, até as teorias ecléticas) demonstra que o direito de acesso à justiça era vinculado inicialmente ao campo privado, e só posteriormente passou-se a concebê-lo como direito público subjetivo, e ainda assim numa perspectiva individualista.

O reconhecimento do direito de ação como direito público subjetivo representou um avanço teórico, contudo, ainda insuficiente para superar as barreiras existentes no campo prático quanto ao acesso efetivo da justiça.

Os autores apontaram várias barreiras ao acesso à justiça, sendo a primeira delas relacionada as custas processuais, na medida que a sucumbência e os honorários profissionais dos advogados são considerados pelos autores muito caros, sendo que em muitas situações esses valores superam o montante da controvérsia. Além disso, também devem ser compreendidos às custas o fator tempo, pois, a demora na prestação jurisdicional aumenta os custos para as partes e pressiona ao abandona da causa ou a acordos pífios.

Outra barreira concerne às possibilidades dos litigantes, essas podem ser compreendidas, primeiro no aspecto econômico, na medida em que os que dispõem de mais recursos financeiros podem sofrer menos os impactos das delongas de um processo e, por outro lado, mais recursos podem viabilizar argumentos mais eficientes. Em outro viés, há outros aspectos que não estão estrita e diretamente ligados à disponibilidade econômica, o primeiro concerne à aptidão para reconhecer um direito, que envolve a capacidade jurídica pessoal (financeira, educacional, meio e *status* social) ou a obtenção de conhecimento jurídico básico para mobilizar pessoas a utilizarem o sistema judiciário para demandar direitos não-tradicionais; o segundo aspecto refere-se à habitualidade de uso do sistema judiciário pelos litigantes, pois, os que demandam com maior frequência, especialmente os litigantes organizacionais, apresentam maior eficiência em razão da agregação de causas.

Essas barreiras são mais pronunciadas às pequenas causas e para os autores individuais, e estão inter-relacionados.

Após a constatação dos obstáculos ao acesso à justiça, Capelleti e Garth (1988:31) propõem a primeira solução (onda) para enfrentamento da inacessibilidade ao judiciário, tendo por escopo a hipossuficiência ou vulnerabilidade (econômica, cultural, *expertise*, etc.) e, para tanto, apresentam o modelo de assistência judiciária aos pobres.

A assistência judiciária para pobres teria como paradigmas:

1. o sistema *judicare,* formado por advogados particulares, porém, pagos pelo Estado;
2. o sistema de advogados remunerados pelos cofres públicos, na condição de servidores públicos - defensores;
3. os modelos combinados, adotados por alguns países que decidiram mesclar os dois sistemas anteriores.

No século XX os direitos proclamados passaram a ter sua concretização exigida do Estado, por isso, com o reconhecimento dos direitos sociais e da imposição de atuação do Estado para assegurá-los, o acesso à justiça passou a ser concebido como direito humano fundamental e a solução de conflitos no plano difuso adentrou nas pautas da academia e da política judiciária.

No entanto, essa proposta da primeira onda não é suficiente para fazer frente às demandas de natureza difusa, em razão da concepção da concepção formalista e individualista do tradicional processo civil, por isso, os autores apresentam uma segunda proposta (onda) para os direitos difusos, que será estudada a seguir.

3 - A SEGUNDA ONDA RENOVATÓRIA E A PROTEÇÃO DOS INTERESSES DIFUSOS

A segunda onda renovatória ou de acesso à justiça pautou-se pela tutela dos interesses difusos, já que o processo era visto como uma simples controvérsia entre duas partes, cuja estrutura não foi pensada para solucionar litígios de natureza transindividual, como visto anteriormente.

A tutela dos interesses difusos apresenta-se como um problema na medida em que se trata de interesses fragmentados ou coletivos, que não tem cunho financeiro direto em jogo (a demanda é antieconômica) e, além disso, as partes estão dispersas, o que implica em dificuldade de unificar e expressar o interesse e mobilizar grupos.

Um dos primeiros problemas para a tutela dos interesses difusos diz respeito à representação desses interesses em juízo, ou seja, as regras de legitimação para agir judicialmente não se enquadravam para demandas transindividuais.

Igualmente, os procedimentos do processo civil tradicional mostraram-se inadequados à tutela de interesses difusos.

A tutela dos interesses difusos também colocou em cheque o papel do juiz, do qual se exigia uma postura de imparcialidade e inercia ante os litígios particulares, o que não coaduna com as demandas de interesses difusos.

4 - A MUDANÇA DO CONCEITO DE COISA JULGADA E A PROTEÇÃO JUDICIAL DOS INTERESSES DIFUSOS

O conceito de coisa julgada, inquestionavelmente, é uma das máximas expressões da segurança jurídica, pois, objetiva tornar o resultado da demanda imutável, ainda que a decisão seja injusta.

Consoante Pizzol (2014:1), o instituto que se fundamenta no art. 5º, XXXVI, da CF/88, tem também por escopo dar estabilidade às relações sociais e evitar decisões conflitantes.

Chiovenda, citado por Pizzol (2014:2), afirma:

> A coisa julgada (...) consiste em que, pela suprema exigência da ordem e da segurança da vida social, a situação das partes fixadas pelo juiz com respeito ao bem da vida (res), que foi objeto de contestação, não mais se pode, daí por diante, contestar; o autor que venceu, não pode mais ver-se perturbado no gozo daquele bem; o autor que perdeu, não lhe pode mais reclamar, ulteriormente, o gozo. A eficácia ou a autoridade da coisa julgada é, portanto, por definição, destinada a agir no futuro, com relação aos futuros processos.

Essa imutabilidade tem dois limites, um objetivo, que corresponde à parte dispositiva da sentença (a norma individual, fruta aplicação do direito ao caso concreto, em conformidade ao pedido apresentado ao estado-juiz), e outro subjetivo, que vincula as partes envolvidas na demanda, consoante art. 472, do CPC.

A coisa julgada pode ter repercussão endo e extraprocessual, o que se denomina, respectivamente, de coisa julgada formal e material. A primeira cinge-se a impossibilidade de se rediscutir a matéria dentro do mesmo processo, e a segunda impede o reexame da matéria em qualquer outro processo.

Pizzol (2014:5) resume a questão da seguinte forma:

> Toda sentença da qual não caiba mais recurso produz a coisa julgada formal; algumas sentenças produzem apenas a coisa julgada formal (sentenças processuais, por meio das quais o juiz extingue o processo sem resolução do mérito - artigo 267 do CPC); outras fazem também coisa julgada material, além da formal (sentenças de mérito, por meio das quais o juiz decide a lide com caráter definitivo - artigo 269 do CPC). A coisa julgada material só incide sobre a sentença de mérito, aquela que decide sobre o pedido do autor, não se operando com relação às sentenças processuais ou terminativas, em que não há decisão relativa ao pedido do autor, como se extrai do artigo 268 do CPC.

O instituto ganha relevo também por tratar-se de pressuposto processual extrínseco, conforme leciona Pizzol (2014:2), ou seja, impede a constituição de nova relação processual com o objetivo de discutir os mesmos fatos, pelas mesmas partes, impondo-se a extinção do processo sem exame de mérito.

Contudo, hodiernamente discute-se muito sobre a relativização da coisa julgada, a bem de valores humanos, político e morais, no entanto, trata-se de situação excepcional.

Nesse sentido, lecionam Cintra, Grinover e Dinamarco (2011:333);

> Essa tese parte da premissa de que nenhum valor constitucional é absoluto, devendo todos eles ser sistematicamente interpretados de modo harmonioso e, consequentemente, aplicando-se à coisa julgada o princípio da *proporcionalidade*, utilizado para o caso de colisão entre princípios constitucionais. (...). Assim, segundo parte da doutrina seria possível desconsiderar a coisa julgada, em processo próprio, para que prevaleça outro bem constitucionalmente tutelado, de índole material.

Cabe destacar que sistema processual civil prevê a ação rescisória como instrumento hábil a atacar a desconstituir a coisa julgada.

Assim, a concepção estanque de coisa julgada, como prevista nos artigos 467 e 474do Código de Processo Civil – CPC, não se harmoniza com a tutela dos interesses difusos, sendo sua reformulação à medida que se impõe que atenda a tal finalidade, conforme apontam Capelletti e Garth (1988:50).

No que concerne ao processo coletivo brasileiro as regras atinentes à coisa julgada estão previstas nos artigos 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor - CDC e, subsidiariamente, no CPC.

Oportuno frisar que a coisa julgada na concepção tradicional do processo civil individualista opera-se apenas entre as partes, e é esse um dos pontos que o instituto deve se adequar para atender as exigências do processo coletivo.

Pizzol (2014:9) pontua que coisa julgada no processo coletivo brasileiro atinge apenas a parte dispositiva, não havendo restrições de ordem subjetiva, ou seja, "a coisa julgada alcança toda a coletividade (direito difuso; coisa julgada erga omnes) ou todos os integrantes do grupo, classe ou categoria (direitos coletivos stricto sensu; coisa julgada ultra partes) ou todas as pessoas unidas pela origem comum (direito individual homogêneo; coisa julgada erga omnes) ", conforme dispõe o CDC:

> Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:
> I - *erga omnes,* exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;
> II - *ultrapartes,* mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;
> III - *erga omnes,* apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.
> § 1o Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.
> § 2o Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.
> § 3o Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a99.
> § 4o Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.
> Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultrapartes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

O exposto acima demonstra que a coisa julgada no processo coletivo opera-se, via de regra, *secundum eventum litis*, no entanto, há posicionamentos doutrinários que defendem a possibilidade também da coisa julgada *secundum eventum probationis,* que é a tese da relativização da coisa julgada aplicada ao processo coletivo, na hipótese de novas provas, independente da improcedência com suficiência de provas.

Por fim, ao tratar da extensão territorial da coisa julgada, Pizzol (2014:32) assevera que:

> (...) não se pode admitir a restrição da coisa julgada *erga omnes* aos limites da competência do órgão prolator da decisão, sob pena de infringência à Constituição Federal e ao ordenamento jurídico vigente, em especial, às leis 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), que constituem o microssistema das ações coletivas.

5 - OS MÉTODOS DE REPRESENTAÇÃO DOS INTERESSES DIFUSOS

Capelletti e Garth apresentam três métodos de representação dos interesses difusos, quais sejam, a Ação Governamental, a Técnica do Procurador-Geral Privado e a Técnica do Advogado Particular do Interesse Público.

Segundo os autores (1988:51), a Ação Governamental é o principal método de representação, pois, há forte resistência e estender a legitimação para particulares ou grupos. Esse método tem como fraqueza a constante necessidade de afirmar os interesses contra entidades governamentais, o que gera pressões internas.

Outra fragilidade desse modelo refere-se à inexistência de qualificação técnica amplamente diversificada em seus quadros funcionais.

De todo modo, o modelo da Ação Governamental objetiva promover a representação dos interesses (difusos), até então, negligenciados.

O segundo modelo apresentado, do Procurador-Geral Privado, pretende superar a barreira da legitimação e promover a suplementação da ação governamental, mediante ações individuais financiadas por particulares no intuito de propor casos-teste. No Brasil, esse modelo inspirou a Ação Popular.

Por fim, tem-se o modelo do Advogado Particular do Interesse Público, que legitima grupos ou associações civis a proporem ações coletivas para sanar lesões que eles mesmos podem sofrer, também de forma suplementar a atuação governamental. Por se tratar de grupos permanentes, esse modelo tem o diferencial de possibilitar a especialização temática da defesa realizada pelos grupos e a prática de *lobby*, o que resultará em maior eficiência.

6 - TUTELA DOS INTESSES DIFUSOS NA ATUALIDADE

Os estudos e as propostas de Capelletti e Garth não ocorrem a partir da realidade brasileira, no entanto, a pesquisa alcançou uma profundidade teórica e pragmática capaz de refletir também o sistema brasileiro e a influir nos modelos de acesso a justiça, seja na perspectiva individual quanto coletiva.

Por isso, os modelos de processo coletivo que hoje temos certamente foram baseados na obra dos autores.

Cabe destacar que inexiste uma sistematização da tutela processual dos interesses difusos no Brasil, porém, o ordenamento jurídico brasileiro já conta com um Microssistema Processual Coletivo, para o qual só falta a "autonomia" para tornar-se um Sistema.

Esse microssistema é formado por todo o corpo normativo atinente a procedimentos judiciais de índole coletiva, como as leis da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), do Mandado de Segurança Coletivo (Lei 12.016/2009), da Ação Popular (Lei 4.717/65), do Mandado de Injunção, e, sobretudo, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), grande divisor de águas para o processo coletivo brasileiro.

O ordenamento brasileiro, ao que parece, não padece de falta de instrumentos processuais, quiçá, maiores avanços dependam da capacitação dos cidadãos em reconhecer seus direitos e compreender o funcionamento da máquina judiciária.

Por outro lado, a positivação de código de processo coletivo poderá contribuir para a consolidação da tutela dos interesses difusos, na medida em que viabilizará o reconhecimento de princípios processuais coletivos e, principalmente, de procedimentos adequados à realidade das demandas coletivas, no que tange à flexibilização dos procedimentos e na organização das competências jurisdicionais, como, por exemplo, instituir a competência originária aos tribunais para determinadas ações ou demandas coletivas.

Uma questão que pode ser posta em pauta para aperfeiçoamento do processo coletivo brasileiro concerne na legitimação de particulares, como no sistema das *Class Action*, o que não foi contemplado no ordenamento brasileiro.

7 - O MODELO AMERICANO DAS CLASS ACTIONE PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO

O modelo das *Class Action* permite a legitimação de um litigante em nome de toda uma classe de pessoas, de modo que o Estado atenderá o que melhor demonstrar (*o pejudicis)*, o juiz avalia se o autor pode representar o grupo) o direito da coletividade, o que é característico de um Estado Liberal, de livre concorrência.

Consoante Andrade Silva (2014:2), as *classactions* consideram como fatores suficientes para configurar o interesse de agir fatores objetivos como a condição de eleitor ou portador de cidadania, residir em certa região, pertencer a certa etnia ou ainda ser contribuinte de certo imposto.

Esse modelo tem como vantagens evitar os custos de uma associação permanente, no entanto, exigem especialização, experiência e recursos em áreas específicas, como pontuam Capelletti e Garth (1988:61). Contudo, os autores apontam ser este um meio imperfeito de defesa dos interesses difusos.

Embora esse sistema tenha representado significativo avanço no processo coletivo a nível mundial, não foi contemplado no sistema de processo coletivo brasileiro, pois, no sistema brasileiro vigora o modelo de legitimados legais, ou seja, todos os legitimados a agir em sede de interesses difusos ou coletivos são apenas os já previstos em lei.

8 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ordenamento jurídico brasileiro avançou significativamente no sentido de promover o acesso à justiça, seja no plano individual quanto no coletivo.

Proclamar direitos sem garantir os meios de concretização dos mesmos é mesmo que torná-los inócuos, trata-se de uma política falaciosa.

Cabe ressaltar que recentemente aprovou-se a Emenda Constitucional de número 74/2013que assegura a autonomia administrativo-financeira às Defensorias da União e do Distrito Federal, e está em tramitação Proposta de Emenda Constitucional que pretende tornar obrigatória a presença da defensoria pública (da União e dos Estados) em todas as comarcas do país, o seria um avanço sem igual.

O modelo de defensoria pública no Brasil obteve avanços extraordinários, especialmente, no que concerne na legitimação para propor Ação Civil Pública.

9 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo (et.al.) **Teoria Geral do Processo**. 27ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

DWORKIN, Ronald**. A virtude soberana: a teoria e a pratica da igualdade**. Tradução Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Cicero Araújo, Luiz Moreira. 2ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

PIZZOL, Patricia Miranda. **Coisa julgada nas ações coletivas**. Disponível em <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf>, acesso em 28/04/2014.

CAPÍTULO 12

A FÉ NA PALAVRA PÚBLICA E AS MANIFESTAÇÕES POPULARES NO BRASIL EM 2013

Kézia Barbosa da Silva

1 - INTRODUÇÃO

O presente trabalho, pesquisa bibliográfica, propõe uma reflexão sobre a fé (ou sua ausência) na palavra pública e sua relação com as manifestações e reivindicações populares no Brasil em 2013, elencando os direitos e garantias constitucionalmente garantidos, porém sem aplicabilidade prática na vida de milhões de brasileiros. De modo sucinto serão lembradas manifestações populares de 1968, numa comparação rápida como as de 2013, e a motivação de ambas, face à realidade do cidadão brasileiro. A reflexão será auxiliada por trechos de diversos livros, dos quais destacam-se "O Juiz e a Democracia – o guardião das promessas" (GARAPON, 1952) e "Nascimento da Biopolítica – Curso dado no *Collège de France* (1978-1979) " (FOUCAULT, 2008).

"A fé na palavra pública é a plena convicção que mobiliza um reformismo racional". Palavras de Paul Ricoeur, em notas de prefácio (GARAPON, 1999, p. 21).

A frase acima foi utilizada dentro do contexto de sanção-reintegração e sanção-punição, no âmbito penal, carente, segundo o escritor, de um reformismo racional, de modo a permitir que o sujeito assuma compromissos e assim seja mantido dentro do "círculo da palavra pública comum ao homem livre e aos presos" (Ibid., p. 21).

No presente trabalho, porém, tentaremos utilizar esta frase, ou melhor, sua primeira parte, num contexto mais amplo, do qual derivam inclusive interferências do direito penal e da justiça como um todo. Buscaremos refletir sobre a fé (ou sua ausência) na palavra pública e sua relação com as manifestações populares brasileiras ocorridas em 2013.

Para tanto, será trilhado, ainda que brevemente, um caminho histórico que remonta aos anos de 1968, com as manifestações populares daquela época, numa comparação com as atuais e as motivações de ambas.

Será utilizado o termo "palavra" em sentido geral, seja escrita, falada, ou encenada, desde que pública, isto é, emitida pelo poder público ou por aqueles que tenham o condão de fazê-la.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica e de cunho reflexivo, com citação mínima de casos específicos, um ou dois, porém de importância social, pois envolve de certo modo todos os brasileiros, de todas as classes econômicas e sociais (se é que podemos fazer essa diferenciação).

Embora muitos de nós não tenhamos participado das manifestações indo às ruas com os demais, somos afetados diariamente pelos problemas cuja solução/providência foi reivindicada pelos manifestantes.

Problemas relacionados à saúde, à segurança pública, à educação, ao transporte coletivo, entre outros relacionados à biopolítica de Foucault (2008), são direitos básicos e garantias fundamentais asseguradores da dignidade humana, consagrados em nosso texto constitucional como cláusula pétrea, imutável.

Contudo, a realidade brasileira força demonstração em contrário.

Visando uma reflexão sobre o assunto, à luz de autores como Michel Foucault e Antoine Garapon se desenvolverá o presente estudo.

2 - FÉ NA PALAVRA PÚBLICA

Pode ainda haver fé na palavra pública no Brasil, face às promessas (não cumpridas) de garantias e direitos que foram dadas aos cidadãos há 25 (vinte e cinco)[44] anos pela Constituinte de 1988? Não temos aqui o objetivo de responder a esta questão, mas apenas de refletir.

Inicialmente é bom lembrar o conceito de fé, termo de origem latina *fides* que significa confiança, crença, credibilidade. A fé é um sentimento de total crença em algo ou alguém. É uma atitude contrária à dúvida e está intimamente ligada à confiança. Em algumas situações, como problemas emocionais ou físicos, ter fé significa ter esperança de que algo vai mudar de forma positiva, para melhor (FERREIRA, 1999).

No contexto religioso, conforme Viana (2001), a fé é uma virtude daqueles que aceitam como verdade absoluta os princípios difundidos por sua religião. É uma confiança tão forte em determinada pessoa ou princípio estabelecido, que produz influência na atividade mental e espiritual dos homens, devendo, normalmente, dirigir sua vida. Ter fé em Deus é acreditar na sua existência e na sua onisciência. (Ibid., p. 185).

A fé é também sinônimo de religião ou culto. Por exemplo, quando se fala da fé cristã ou da fé islâmica.

A fé cristã implica crer na Bíblia Sagrada, na palavra de Deus, e em todos os ensinamentos pregados por Jesus Cristo, o enviado de Deus. Na Bíblia há inúmeras referências ao comportamento do cristão que age com fé. Uma frase muito citada afirma que "a fé é o firme fundamento das coisas que se esperam, e a prova das coisas que não se vêem". (LUCADO, 1995, p. 1534).

O termo "fé" também surge em algumas expressões populares e no contexto legislativo. Por exemplo: a) "fazer fé" (acreditar em alguém ou em algum ato, ter esperança); b) "dar fé" (afirmar como verdade); c) "boa fé" (forma de agir honestamente, sem quebrar um compromisso); d) "má fé" (agir de forma intencional para prejudicar terceiros).

Uma vez observado o conceito de fé, vejamos a definição do termo "palavra", que significa "som articulado, que tem um sentido ou significação"; também se refere a vocábulo; termo, dicção ou frase, afirmação, fala, faculdade de exprimir as ideias por meio da voz; declaração (FERREIRA, 1999).

Vistas tais definições, frisamos que neste trabalho o termo "palavra pública" é tratado no sentido mais amplo possível, compreendendo tanto a fala, quanto a escrita ou qualquer outra forma de expressão pública. Desse modo, incluímos na terminologia não somente as promessas de campanhas políticas, os discursos e declarações dos representantes eleitos pelo povo, os programas de políticas públicas existentes ou por existir, mas também as leis, as sentenças e os acórdãos judiciais, e principalmente, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988), amplamente conhecida pelo seu caráter humanista dignitário da pessoa humana, cujos artigos 1° e 3º dispõem:

> **Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> **(...)**

44 O presente artigo foi escrito em 2013, ano que baseia todas as referências cronológicas citadas no texto.

> **III –** a dignidade da pessoa humana
> **(..**.)
> **Art. 3°** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
> **I –** construir uma sociedade livre, justa e solidária;
> **(..**.)
> **III –** erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
> **IV –** promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Face ao exposto, retornemos a pergunta acima, e paremos numa reflexão: depois de tantos anos da "conquista" que foi a CRFB/1988, como está a fé de cada cidadão na palavra pública brasileira, frente à realidade em que vivem muitos sem os direitos que foram garantidos por ela? Ainda há esperança na palavra pública? E as decisões judiciais que muitas vezes não são cumpridas? E o salário mínimo, que na realidade poderia ser chamado de "salário mísero", pois não cobre sequer as necessidades mais básicas de um cidadão, quanto mais as dele e de sua família? E o transporte coletivo? E a segurança pública? A saúde e a educação então... Essas e outras questões da vida em sociedade não estariam relacionadas à "promoção do bem de todos" erigido como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil?

Fato curioso, mais de 25 anos depois de publicada esta "palavra pública", não haveria como cumpri-la ainda? Quanto tempo teremos que esperar para o seu cumprimento? Será realmente cumprida algum dia? Paralelamente, o que se há de fazer com a corrupção político-administrativa gerencial do Estado (como um todo, os três poderes)?

Questões como essas perpassam a mente de alguns brasileiros, enquanto outros parecem apenas viver, sem se preocupar com elas, mas sofrendo suas consequências dia após dia. Bem, nos últimos dias estamos vivenciando um despertar ou um grito de basta emitido pela população que saiu às ruas em muitas cidades brasileiras, reunindo milhares de pessoas, gritando pela implementação (efetivação) de direitos e melhorias efetivas.

Vejamos alguns depoimentos de manifestantes que foram às ruas nos últimos dias (REVISTA HISTÓRIA, 2013):

> Nada como ser mais um na multidão. Sim, de fato, uma multidão. Mais de 100 mil pessoas que gritavam por seus direitos e exigiam respostas de um governo falacioso, de interesses para lá de questionáveis. Na Avenida Rio Branco, indignação foi a palavra de ordem nesta segunda-feira. Estamos fazendo, escrevendo História. Tenho orgulho de fazer parte disso, como cidadã e jornalista. Muda, Brasil! Rumo a uma real democracia. (**Janine Justen - Estudante de jornalismo)**
> (...). Ao chegar à Avenida Presidente Vargas, nos juntamos à multidão que portava faixas contra o aumento da passagem, mas também a favor de outras melhorias para a população, principalmente na saúde e na educação. Era visível que o movimento não era por 20 centavos, mas por 20 a 20 motivos de insatisfação de uma população que vem sendo negligenciada por muitos anos pelo poder público. (...). 'Não queremos violência', era o que dizia um dos gritos dos manifestantes. E com certeza não é o que quer a maioria. Queremos paz, mas queremos paz com voz, sem medo. *Grifo nosso* (**Carolina Ferro – Historiadora)**

Como observamos nos depoimentos acima, considerados uma fagulha ante a imensidão de tantos outros, ao governo foram atribuídos termos de "falacioso", "governo de interesses pra lá de questionáveis", bem como expressões "insatisfação de uma população que vem sendo negligenciada por muitos anos pelo poder público".

Expressões como estas e as situações reais do cotidiano brasileiro podem levar-nos a concluir que há uma descrença (falta de fé) geral na palavra pública, ou ainda, por outro lado, pode ser também que haja uma fé no público, no povo, na manifestação em si, ocorrendo talvez uma inversão da origem da fé. Esta não mais se situa na palavra pública, do Estado, mas sim no público, no povo, destinatário dos direitos e garantias desrespeitados; na força que dele emana; nos protestos.

A falta de fé na palavra pública poderia ser melhor traduzida por Garapon (1952, P. 37) ao constatar que o "Estado não é mais um espaço de exterioridade, não insufla mais o espírito público, isto é, o desinteresse e o desprendimento que asseguravam a primazia do interesse geral sobre o particular".

Ainda no tema, podemos observar afirmação do mesmo autor ao tratar da lei (aqui referenciada também como palavra pública) na França, mas de igual modo identificada no Brasil:

> A inflação de leis que nem sempre tem conteúdo normativo e a multiplicação de textos de editais de espírito volátil acabam por constituir um estoque normativo dificilmente controlável e gerador de efeitos perversos. Aí reside uma das causas do descrédito da regra – lei descartável não é lei respeitada – e um risco da "quebra jurídica. (GARAPON, 1952, p.40)

Fica demonstrado o descrédito e o demérito acumulados pelo Estado.

Descrédito, demérito, e tantos outros termos que se queira utilizar; é fato que artigos constitucionais como o 6º, 7º, inc. IV, e 196, entre outros, todos da CF/88 não têm aplicabilidade, ou melhor, não funcionam na prática, na vida de milhões de brasileiros que trabalham diariamente, cumprindo com seus deveres de cidadão, porém ser ter seus direitos efetivados. Não basta estar garantido na Constituição. Precisam ser efetivados, isto é, colocados em prática, vividos na realidade diária dos brasileiros.

Como afirma Bobbio no livro "A era dos direitos":

> O importante não é fundar os direitos do homem, mas protegê-los. Não preciso aduzir aqui que para protegê-los não basta proclamá-los. (...) O problema real que temos de enfrentar, contudo, é o das medidas imaginadas e imagináveis para a efetiva proteção desses direitos". (BOBBIO, 1909, p.37)

Nessa passagem, o autor referia-se à proteção dos direitos humanos no âmbito internacional, porém de modo também a alcançar o interior dos Estados, como o caso do nosso país, por exemplo, que tem um texto de direitos proclamados, porém não há efetividade em sua proteção (e aqui ousamos dizer, aplicação).

3 - MANIFESTAÇÕES DE 1968 – A PASSEATA DOS CEM MIL E AS MANIFESTAÇÕES DE 2013 – MOTIVAÇÕES E REALIDADE

Mundialmente lembrado, o ano de 1968 foi um ano que marcou o mundo (e o Brasil) pelas diversas manifestações que ocorreram e, principalmente, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 10 de dezembro de 1968. Nos meses que a antecederam, o Brasil (e o mundo) vivenciou inúmeras manifestações e protestos.

Mas, tratando de nossa casa, nosso país, naquele ano, pessoas lutaram, acreditando que com as garantias positivadas, com mudança no regime de governo, realmente haveria mudanças na condição social e econômica da população que realmente necessitava.

Aqui vamos nos deter na passeata dos cem mil, realizada em 26 de junho de 1968, na cidade do Rio de Janeiro, organizada por estudantes e com a participação de artistas, intelectuais e outros setores da sociedade civil, retratada por Teixeira (1968).

A passeata, que reuniu cerca de 100 mil pessoas, durou três horas passando pela igreja da Candelária e encerrando-se em frente à Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, com faixas cujos dizeres consistiam em: "Abaixo a Ditadura. O Povo no Poder. " Na época o Brasil vivia no regime da ditadura militar e o povo, mais precisamente os estudantes lutaram por um regime democrático, pela possibilidade de participação efetiva na política pública do Brasil. Nesta manifestação não houve feridos, mas em muitas outras houveram feridos, presos e mortos.

Pessoas pagaram com suas vidas pela "garantia" de uma sociedade mais justa, igualitária, participativa.

Hoje, 45 anos depois, [45] o povo volta a ruas, em sua maioria não mais o mesmo povo de antes, vez que, curiosamente, muitos dos manifestantes daquele ano ocupam atualmente altos cargos na política pública brasileira, como senadores, deputados, dentre outros, com destaque para a atual Presidenta da República Federativa do Brasil, Sr. ª Dilma Rousself, uma das manifestantes à época de 1968.

Assim é que, o Brasil passa por momentos que não são necessariamente novos, mas que nos remetem a tempos passados de nossa história, tempos em que as pessoas iam para as ruas lutar contra a ditadura militar; pedir as diretas já, por exemplo; vindicar que os direitos básicos fossem garantidos em uma ordem positiva, pois naquela época, constam dos registros históricos, havia pelo menos a esperança quanto a fé na palavra pública positivada, qual seja escrita no ordenamento pátrio; uma vez escrita e proclamada determinada lei, positivada, haveria o seu efetivo cumprimento. Logo, se as garantias e direitos básicos precisavam ser "positivadas".

Neste ano de 2013, porém, há um diferencial. Os direitos e garantias já estão positivados, dentro do ordenamento brasileiro; o que se busca é o cumprimento deles, sua aplicabilidade; que sejam efetivados; que a população e seus anseios (já positivados, garantidos em constituição escrita) deixem de ser negligenciados. O estopim pareceu ser o aumento da tarifa de ônibus em R$ 0,20 (vinte centavos), porém na realidade, eram "20 a 20 motivos de insatisfação de uma população que vem sendo negligenciada por muitos anos pelo poder público", conforme depoimento de manifestante retro citado (REVISTA HISTÓRIA, 2013).

Agora indaga-se: o que fez (e faz) com que o povo perceba e se conscientize (ou pelo menos pareça se conscientizar) de que "chegou a hora de mudar"? Quais mecanismos são responsáveis por este fenômeno? Porque agora a manifestação? Por que não 10 anos atrás? Ou 10 anos à frente? E mudar para o que? O que são as tais melhorias pedidas?

A realidade está muito distante do imaginário idealizado e sonhado, inclusive pelos manifestantes de 1968 e de vários outros períodos de manifestações populares ocorridas no Brasil.

É claro, não se pode negar o avanço consubstanciado na positivação, em texto de lei, codificado, dos direitos e garantias tidos como essenciais à população. Porém esse avanço tornou-se mais teórico e fictício do que real.

E, para amenizar um pouco as disparidades gritantes entre a previsão legal e a realidade social, surgem as chamadas políticas públicas, as quais, de acordo com Deluchey (2013) não passam de "cortinas de fumaça, de engodo" para maquiar uma situação da qual o governo, o Estado, o sistema, ou dominadores do sistema (como queiram chamar) quer que permaneça

45 Ver nota 1.

inalterado. Esses dominadores não querem uma mudança de fato, pois de alguma maneira (melhor, de várias maneiras) são beneficiados pela escravidão social-democrática existente atualmente. Quando aumenta a pressão popular, mexe-se um pouco, com ações que, a princípio parecem realmente necessárias e que, aparentemente, atendem ao anseio popular. Porém, com o passar do tempo, tudo se acalma, volta ao normal, e os meios de opressão tornam-se mais sutis e aperfeiçoados para que o povo aguente por mais alguns anos. Até nos faz lembrar a antiga (e tão atual, por assim dizer) política do pão e circo.[46] Basta lembrarmos programas como Fome Zero, Bolsa Família, TV Globo e o futebol, mais especificamente os jogos das confederações e, em especial, a copa de 2014 que se aproxima[47], etc.

Ainda a título de ilustração, temos a "atual" proposta governamental de reforma política a ser votada por plebiscito justamente num momento que o povo saiu às ruas em protestos. Ora, a reforma política é sim necessária, porém, atualmente, não é a principal necessidade da sociedade e muito menos compõe suas principais reivindicações. Um plebiscito para essa finalidade custaria hoje o valor de R$550.000.000,00 (quinhentos e cinquenta milhões de reais), conforme matéria divulgada no BANDAB (2013). Com apenas dois requisitos a serem votados, os quais poderiam, inclusive, serem resolvidos diretamente pelo Congresso Nacional, o plebiscito não passaria realmente de uma cortina de fumaça para tentar cobrir os graves problemas que o Brasil enfrenta, principalmente relacionados a educação, à saúde e a segurança pública, conforme requerido pelos manifestantes.

4 - ANTOINE GARAPON E MICHEL FOUCAULT - INFERÊNCIAS

Como bem destacado por Garapon em 1952, quando escreveu "O Juiz e a Democracia – o guardião das promessas", não resta mais fé (e arriscamos dizer, nem sequer esperança) na palavra pública. Hoje, as garantias e liberdades positivadas, em que pese ser consideradas como avanço para muitos, não refletem melhorias efetivas na vida dos destinatários dessas garantias, ficando o poder judiciário, mais especificamente o Juiz, como sendo a última (e minguada) esperança de ver-se efetivado o cumprimento das promessas realizadas aos cidadãos.

Minguada porque, muitas vezes, as decisões são prolatadas até com certa rapidez, porém o Estado e as instituições destinatárias demoram muito a cumpri-las. Muitas vezes, nem cumprem; alegam não ter meios necessários para o cumprimento de determinada ordem judicial, deixando os interessados (os "pacientes da justiça") à mercê da sorte, tendo a seu favor somente, quando muito, a persistência do advogado em proceder a cobrança diariamente quanto ao cumprimento da decisão.

46 A política do Pão e circo (panem et circenses, no original em Latim), era o modo com o qual os líderes romanos lidavam com a população em geral, para mantê-la fiel à ordem estabelecida e conquistar o seu apoio. Teve origem por volta do ano 100 d.C e, originalmente, referia-se ao desinteresse do povo romano em assuntos políticos, o qual só se preocupava com o alimento e o divertimento. Contudo, com a gradual expansão do Império Romano, veio a aglomeração de pessoas humildes e de poucas condições financeiras nas periferias de Roma, em habitações com conforto mínimo, espaço reduzido, de pouco ou nenhum saneamento básico, e que eram exploradas em empregos de muito trabalho braçal e pouco retorno financeiro. Para evitar revoltas sociais de grandes dimensões, os imperadores passaram a distribuir cereais e promover vários eventos para entreter e distrair o povo dos problemas mais sérios na fundação da sociedade romana. Assim, nos tempos de crise as autoridades acalmavam o povo com a construção de enormes arenas, nas quais realizavam-se sangrentos espetáculos envolvendo gladiadores, animais ferozes, corridas de bigas, quadrigas, acrobacias, bandas, espetáculos com palhaços, artistas de teatro e corridas de cavalo. Outro costume dos imperadores era a distribuição de cereais mensalmente no Pórtico de Minucius. Basicamente, estes "presentes" ao povo romano garantiam que a plebe não morresse de fome e tampouco de aborrecimento. A vantagem de tal prática era que, ao mesmo tempo em que a população ficava contente e apaziguada, a popularidade do imperador entre os mais humildes ficava consolidada. (DIAS, 2013)

47 Ver nota 1.

A depender do caso, em especial ações referente a tratamento de saúde, o cliente, melhor, o paciente, passa por uma longa, desumana e insuportável espera, em total desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Como exemplo, citamos processo judicial[48] que estamos acompanhando em que a pleiteante é uma senhora pobre, que vive de salário mínimo (ou salário mísero) que está há mais de 60 dias internada pelo Sistema Único de Saúde (SUS) no hospital São Luiz em Cáceres esperando por uma cirurgia de Revascularização Cardíaca, em caráter de urgência. O médico emitiu laudo relatando que a paciente corre grave risco de morte, que já sofreu duas paradas cardíacas, que já esteve na UTI por duas vezes, enfim que a situação é grave. Bom, a sentença judicial foi prolatada rapidamente, dentro de 3 dias; porém o cumprimento... até hoje (31/07/2013) estamos esperando. Como este caso, há inúmeros outros no Brasil.

Voltando ao salário, os brasileiros têm um salário mínimo que não condiz com a previsão da garantia consagrada na CRFB/1988, um salário mínimo que seja suficiente para:

> Art. 7°. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
> (...)
> IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim. (Constituição Federal 1988)

Somam-se a isso os direitos a educação, saúde, segurança pública, entre outros, todos garantidos na CF, porém não efetivados.

> Art. 6°. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados na forma desta Constituição. (Constituição Federal 1988)
> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediantes políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário à ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (Constituição Federal 1988)

É muito comum no Brasil encontrarmos postos de saúde e hospitais públicos sem leitos para receber os doentes, sem médicos para realizar consultas, sem remédios e outros itens necessários ao atendimento da saúde do cidadão, que depende do serviço público de saúde.

Ora, quando vemos ou ouvimos descrição como essa (cidadão que depende do serviço público de saúde), logo somos levados a pensar logo nas pessoas pobres como um certo "peso" para o Estado, que precisa "gastar" dinheiro com elas, pessoas sem estudo, sem dinheiro, etc., porém, se analisarmos o texto de nossa constituição, veremos que lá não há distinção de que a saúde seja dever do Estado apenas para atender os pobres, mas a todos. Logo, não deveria haver essa diferenciação. Já que todos pagam os impostos e as devidas contribuições públicas, a saúde não deveria ter essa divisão entre saúde pública e privada.

E, mesmo admitindo-se tal divisão, a saúde pública deveria ser eficaz tanto quanto (ou melhor) que a privada. Todos, pobres e ricos, deveriam ser atendidos (e bem atendidos) pela saúde pública. Pois, o Estado não é o que chamou para si a responsabilidade de garantir a sobrevivência da sociedade, como nos traz à memória o contrato de Roussseau (1989)? Sobre isso pincelaremos mais adiante.

48 Pouco tempo depois do término deste artigo, a parte autora faleceu, à espera do cumprimento da sentença judicial. (Processo-Código 853898. Ano 2013. TJ MT, Pontes e Lacerda/MT).

Pois bem, nesse diapasão, vemos os números anunciados pelo governo com "gastos" na saúde pública, como sendo um fardo para o Estado ou algo que poderia ser prioritariamente reduzido, como se fosse um simples cortar gastos para enxugar as contas do governo.

O mesmo ocorre com a educação em sua divisão pública e privada.

Primeiro, valores destinados à saúde e à educação não são gastos mas sim investimentos. Segundo, trata-se do cumprimento, ainda que mínimo, do que foi garantido na CRFB/1988, como forma básica de se garantir, ainda que minimamente, o implemento de alguns aspectos da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos de nossa República.

Se nem isso fosse efetivado, poder-se-ia rasgar o texto constitucional, por não servir de fato para garantia minimante efetiva do conteúdo que a própria constituição consagra.

Com essa afirmação, retomamos a indagação baseada em Rouseau (1989): O Estado não seria o responsável por garantir a sobrevivência da sociedade? Que sobrevivência seria esta? Haveria um apego realmente necessário ao nosso texto constitucional? Ou estariam os problemas sociais demonstrando que está na hora de haver alguma mudança em toda a estrutura jurídico-funcional-administrativa do Estado, face às alterações sociais, ou talvez poderiam ser chamadas de imutabilidade das situações que acreditou-se no passado que seriam mudadas com as "garantias" do texto constitucional tão provedor?

Na tentativa de entender e refletir um pouco sobre tais questões, mister trazer à baila ao menos parte da análise realizada no livro "Nascimento da Biopolítica" *(*FOUCAULT, 2008), o qual pretendia estudar o liberalismo em sua formulação original, e nas versões alemã e americana, para se chegar ao problema da biopolítica (ou política da vida em sociedade).

Nesse estudo, Foucault demorou-se mais do que o previsto e o curso todo acabou por ser apenas introdução do que ele queria de fato tratar, que seria a biopolítica*,* a maneira de tratar os problemas postos à prática governamental pelos fenômenos próprios de um conjunto de viventes constituídos em população: saúde, higiene, natalidade, longevidade, etc.

Ao realizar sua reflexão liberal, o autor partia não do Estado em si, mas da sociedade, que seria a delimitadora das ações governamentais, ou seja, em função dela seria criado o governo, o Estado, e suas intervenções.

O desafio consistia justamente em como levar em conta os problemas específicos do fenômeno população, num sistema preocupado com o respeito dos sujeitos de direito e com a liberdade dos indivíduos.

No caso do Brasil, os desafios se multiplicam, a começar pela definição do estado brasileiro em liberal ou não, seja no aspecto político ou econômico, sem esquecer do império capitalista que domina o Brasil e, praticamente, o mundo, em mostra real do poder da economia sobre a vida em sociedade.

Como bem explicado por Foucault (2008), o liberalismo não consiste na arte de governar, mas na crítica à governamentalidade. E, em nosso entendimento, não somente à razão preconizada no século XVI, mas, também, em qualquer época: "o Estado não é um monstro frio, é o correlato de uma certa maneira de governar" (FOUCAULT, 2008, p.9).

Partindo dessa visão, vamos tentar entender (ou, ao menos, refletir sobre) o Estado brasileiro, considerando que este não é um monstro frio, mas sim o espelho da maneira de governar. Poderíamos iniciar perguntando: quem governa o Brasil? Há quanto tempo governam? De que modo governam? A quais interesses servem?

Como consta na fala da manifestante transcrita em trecho anterior, "governo de interesses pra lá de questionáveis" (REVISTA HISTÓRIA, 2013). Que interesses seriam esses? Qual é a

maneira de se governar no Brasil? Para quem se governa? Há ideais nas campanhas políticas e na população? Quais? A população entende o que é a vida política e a democracia, de que muitos falam? Ou ainda, de que democracia falam? Ousaríamos perguntar ainda qual seria a razão de Estado brasileira?

O povo realmente é o detentor do poder?

Nos termos do artigo 1º, parágrafo único da CRFB/1988, "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos desta Constituição". Quem ou quais indivíduos constituem esse povo? E que poder é esse?

5 - CONCLUSÃO

Seria necessário maior tempo e pesquisa para tentarmos entender questões como as elencadas neste artigo. E certamente não as entenderíamos, pelo menos não no todo, talvez em parte.

Entretanto, o objetivo aqui é mais singelo, apenas propor uma reflexão, no sentido de instigar o leitor à busca dos fundamentos, da essência, daquilo que vai além do que está posto na palavra pública, nas normas escritas, positivadas, as quais regem a vida do cidadão brasileiro e que por diversas vezes, não representam os anseios populares. Aquilo que vai além, inclusive, das manifestações populares.

Onde queremos chegar? Que Estado queremos? (Se é que queremos "algum" Estado). Como é a "coisa pública" que o povo brasileiro quer?

Um trecho interessante do conto Alice no País das Maravilhas, merece ser transcrito: "*Podes dizer-me, por favor, que caminho devo seguir para sair daqui? Isso depende muito de para onde queres ir - respondeu o gato. Preocupa-me pouco aonde ir - disse Alice. Nesse caso, pouco importa o caminho que sigas - replicou o gato" (CARROL, 2002, p. 10).*

O que a princípio tinha o intento de trazer luz para o entendimento e reflexão sobre o Estado, acabou por trazer mais questionamentos que se amontoam e se engalfinham, mas que na visão desta autora, todos constituem um emaranhado ou (numa visão otimista) um novelo cujo fio está tão enrolado, que o seu desenrolar torna-se uma "novela". E o final, como nas novelas, pode ser expectado e até previsto pelos telespectadores que, nesse caso, são também participantes das cenas.

Cada um cria uma expectativa com base em sua experiência de vida, nos seus sonhos, utopias, ou decepções experimentadas, crenças, etc., porém a definição vem do escritor que a tudo controla, mas acompanha a audiência que precisa sempre estar boa durante a novela, mesmo que o final decepcione a muitos, mas todos devem estar lá, acompanhando, fiéis, inclusive discutindo os capítulos, até o final, e acima de tudo, manter uma certa esperança, fé, pelo desfecho desejado.

6 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDAB. **Plebiscito poderá custar R$ 500 milhões aos cofres públicos.** Disponível em <http://www.bandab.com.br/jornalismo/economia/plebiscito-podera-custar-r-500-milhoes-aos-cofres-publicos> em 29 de junho de 2013. Acesso em 22 de julho de 2013.

BOBBIO, Norberto, 1909. **A Era dos Direitos***.* Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 05 de outubro de 1988. Vademecum Saraiva. Organizadores do texto: Luiz Roberto Curia, Lívia Céspedes e Juliana Nicoletti. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARROLL, Lewis [Charles Lutwidge Dodgson]. **Alice no País das Maravilhas.** Rio de Janeiro: Arara Azul, 2002.

DIAS, Anderson. **Política do Pão e Circo.** Disponível em <http://www.parafrasear.net/2007/11/poltica-do-po-e-circo.html> em: 09 abril 2012. Acesso em 28 de julho de 2013.

FERREIRA , A. B. H. ***Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa***. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FOUCAULT**,** Michel. **Nascimento da Biopolítica***.* São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GARAPON, Antoine, 1952. **O juiz e a democracia – o guardião das promessas***.* Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

LUCADO, Max. **Bíblia de estudo**. Tradução de João Ferreira de Almeida. Edição revista e corrigida. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1995.

REVISTA DE HISTÓRIA. **Depoimentos protestos 17 de junho de 2013.** Disponível em <http://www.revistadehistoria.com.br/>. Acesso em 22 de julho de 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social.* São Paulo: Martins Fontes, 1989.

TEIXEIRA, Evandro. **1968 Destinos 2008: passeata dos 100 mil**. Ed. Textual, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo**. Direito Civil***:* Parte Geral. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VIANA, Moacir da Cunha. **Dicionário Bíblico***.* São Paulo: Didática Paulista, 2001.

CAPÍTULO 13

DESAPOSENTAÇÃO, JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E SEUS OBSTÁCULOS

Jaime Santana Orro Silva

1 - INTRODUÇÃO

amento pátrio, de sorte que referido fenômeno pode ser a provável causa do surgimento do instituto denominado pela doutrina e jurisprudência de desaposentação. A denominada desaposentação foi instituída em razão da omissão legislativa no tocante a matéria e também por conta de provável negligência do Poder executivo na concretização de um direito social. Ocorre, que a nova conduta do Poder Judiciário, tem suscitado dúvidas e questionamentos, haja vista a necessidade de descobrir se o Poder Judiciário é prejudicial para o ideal Democrático, pois atenta contra a separação de poderes, e que estaria criando Políticas Públicas, bem como seria um risco para os limites de recursos à disposição do Estado, e, ainda viola o planejamento orçamentário estatal. Por outro lado, será correto, obrigar o cidadão aguardar por prazo indeterminado a provável correção da omissão e negligência do Poder Executivo e Poder Legislativo no tocante a concretização dos direitos sociais com criação de uma norma que autorize a desaposentação?

Deste modo, o presente capítulo tem como finalidade tratar sobre a omissão estatal em regulamentar a Desaposentação como direito Fundamental do individuo, assim não bastasse a omissão ou negligencia ou até dolo estatal quanto a instituição de norma conferindo o direito, o Estado tem reiteradamente negado o referido direito postulado administrativamente pelo individuo ora segurado da Previdência Social. Em decorrência, da referida omissão Estatal e outras mais, temos o surgimento da atuação do Poder Judiciário nos campos de atuação do Poder Legislativo e Poder Executivo, sendo que referido fenômeno tem sido denominado de Judicialização da política, ou seja, a omissão dos Poderes Legislativo e Executivo vem gerando o ativismo do Poder Judiciário que tem crescido e atuado no vácuo criado pelos referidos poderes. Dessa forma, o tema tem grande relevância para estudo, pois vamos analisar a omissão legislativa, bem como o surgimento do instituto da desaposentação como reflexo a negativa ou inexistência de legislação para regulamentar a questão. De forma perfunctória falaremos sobre conceito, natureza jurídica e legislação denegatória. Por fim, passaremos a discorrer sobre o Judicialização da Politica e se existem obstáculos para sua atuação.

2 - DA OMISSÃO DO LEGISLATIVO

Segundo Antoine Garapon na obra “O juiz e a democracia” de 1999, citado por Massa-Arzabe (2002, p.51) o evidente aumento da influência do Poder Judiciário estaria relacionado com o enfraquecimento do Estado pelo mercado e pelo desmoronamento simbólico do homem e da sociedade democrática[49].

Para Massa-Arzabe(2002, p.95) a interferência judiciária é um fenômeno facilitado, na

49 Antonio Garapon apud Vanessa Oliveira e Ernani Carvalho, A Judicialização da política: um tema em aberto.

prática, pelos próprios políticos. A inflação legislativa tem um rebatimento imediato no Judiciário, já que aumenta a área de atuação do mundo jurídico. O resultado de toda situação é que prevalece o individualismo do cidadão, que deixa de ter qualquer interesse em questões de mobilização social, transferindo para o judiciário que passa a ser considerado com balcão de queixas sociais: "A dimensão coletiva do politico desaparece".

Garapon (ibid) menciona que enquanto a democracia reforça a identidade do sujeito individualista, a justiça destitui a autoridade tradicional e para ele a relação entre juízes e democracia consta de uma profunda mudança social, onde os resultados são uma incógnita. Neste sentido, o mesmo autor observa como positiva a constituição da justiça como símbolo de moralidade pública e dignidade democrática, contudo alerta do perigo sobre eventual substituição do mundo político pelo mundo jurídico em um provável "governo de juízes".

Sobre referida questão Bucci[50] fazendo a transcrição de escrito do juiz federal Eduardo Appio, que faz importante menção sobre provável governo de juízes:

> Um governo de juízes seria de todo lamentável, não pelo simples fato de que não tenha sido eleitos para gerirem a maquina administrativa ou para inovarem no ordenamento jurídico, mas pela simples razão de que não detém mandato fixo. (...)
> Não há qualquer garantia de que um governo de juízes seria moralmente superior ao de representantes eleitos, na medida em que os valores e princípios constitucionais são maleáveis por conta de sua textura aberta, permitindo uma interpretação muito ampla acerca de seu conteúdo, o que poderia conduzir à prevalência dos interesses do Poder Judiciário enquanto grupo politico, e não os interesses reais dos cidadãos.
> A principal função do Poder Judiciário brasileiro no contexto politico do século XXI será a de permitir a efetiva participação de grupos e segmentos da sociedade que não tem acesso aos canais de comunicação com o poder público. Neste sentido, não cabe ao Poder Judiciário se utilizar de uma discricionariedade politica quando do exame das omissões do Estado, mas sim, possibilitar que o jogo politico se desenvolva a partir de regras equitativas que considerem com igual respeito todos os cidadãos.

Ocorre, que a despeito das discussões acerca do Ativismo Judicial ou Judicialização da Política o momento atual de descrédito da classe politica brasileira tende a provocar em nosso cotidiano maior ênfase na atuação do judiciário. Sobre a questão da judicialização da política, temos a menção realizada, no periódico "Caros Amigos" de junho de 2013, por um legítimo representante do parlamento, no caso a pessoa do deputado Chico Alencar (PSOL-RIO) que asseverou[51] que não existe uma judicialização da politica no país, mas o que existe na realidade é a omissão do Parlamento, pois o Poder Judiciário teve ingerência na politica em razão de ter sido provocado até mesmo pelos próprios políticos e o STF só interfere no vácuo da omissão do legislativo.

Na mesma matéria, temos a arguta afirmação do prof. Dalmo Dallari, onde o Poder Judiciário brasileiro não substitui os outros poderes e exemplifica que "O julgamento de pedido de inconstitucionalidade pelo Supremo ocorre mais por omissão, tanto do Legislativo como também pelo Executivo", contudo o doutrinador alerta quanto a excessos do judiciário, principalmente pela falta de prudência e ilustra a questão, acerca da atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) onde proferiu decisão para determinar a obrigação dos Cartórios de Registro Civil de realizarem casamentos homoafetivos, ou seja, não havia lei instituída pelo parlamento para tratar sobre a questão.

50 BUCCI, Maria Paula Dallari, O conceito de Politica Pública em Direito. São Paulo. Ed. Saraiva. 2006, p. 34
51 GILANI, Paulo Rogério. Caros Amigos – A primeira à esquerda – ano XVII, nº 195/2013, junho/2013. São Paulo. p. 26.

3 - DA DESAPOSENTAÇÃO

No Brasil a desaposentação foi citada de forma pioneira por Wladimir Novaes Martinez no artigo "Renuncia e irreversibilidade dos benefícios previdenciários" (in: Suplemento Trabalhista, LTr, nº4.87, 1987), sendo que após vários anos de desenvolvimento do tema, o autor apresentou a obra intitulada "Desaposentação", publicada pela editora LTr[52].

A desaposentação seria um instituto novo no ordenamento jurídico pátrio e segundo Martinez (2009, pág. 23-24) o marco inicial normativo se deu através da Lei nº 6.903/81, art. 1º e art. 9º:

> Art. 1º A aposentadoria do juiz temporário do Poder Judiciário da União, prevista no parágrafo único do artigo 74 da Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, dar-se-á nos termos desta Lei.
> Parágrafo único. O benefício de que trata este artigo é devido:
> a) aos ministros classistas do Tribunal Superior do Trabalho;
> b) aos juízes classistas dos Tribunais Regionais do Trabalho;
> c) aos magistrados de que tratamos artigos 131, item II, e 133, item III, da Constituição Federal;
> d) aos juízes classistas que, como vogais, integram as Juntas de Conciliação e Julgamento.
> Art. 9º Ao inativo do Tesouro Nacional ou da Previdência Social que estiver no exercício do cargo de juiz temporário e fizer jus à aposentadoria nos termos desta Lei, é lícito optar pelo benefício que mais lhe convier, cancelando-se aquele excluído pela opção.

Ocorre, que referida norma se aplicava tão somente ao caso do Juiz temporário, figura esta que não existe mais em nosso ordenamento jurídico, haja vista legislação posterior que suprimiu a possibilidade de existência de novos Juízes temporários. No caso da aplicação do instituto da desaposentação para os segurados de regime previdenciário geral ou de regime próprio se deu com o decorrer dos anos em razão da omissão do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

3.1 - Do conceito

A desaposentação é na prática a renúncia ou o desfazimento por vontade do segurado da decisão administrativa ou judicial de concessão de benefício previdenciário na modalidade aposentadoria. O segurado busca tal providência para melhoria de sua aposentadoria em razão de novas contribuições ou mesmo para aproveitar o referido tempo de contribuição para outro regime previdenciário, ou seja, o segurado não pode ser obrigado a permanecer aposentado, contra a sua vontade.

No conceito de Fábio Zambitte Ibrahin:

> A desaposentação, portanto como conhecida no meio previdenciário, traduz-se na possibilidade do segurado renunciar à aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso, no Regime Geral de Previdência Social ou em Regime Próprio de Previdência Social, mediante a utilização de seu tempo de contribuição. Ela é utilizada colimando a melhoria do status financeiro do aposentado.[53]

52 Martinez, Wladimir Novaes. Desaposentação. 4ª ed. São Paulo; LTr, 2011. –P.30
53 IBRAHIM, Fábio Zambite. Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2011. P. 35.

3.2 - Da natureza jurídica

A natureza jurídica da desaposentação seria de ato administrativo que importa em renúncia à aposentadoria já concedida, com a manutenção dos requisitos anteriormente adquiridos antes da aposentadoria.

Martinez define a natureza da seguinte forma:

> Desaposentação é ato administrativo formal vinculado, provocado pelo interessado no desfazimento da manutenção da aposentação, que compreende a desistência com a declaração oficial desconstitutiva. Desistência correspondendo a revisão jurídica do deferimento da aposentadoria anteriormente outorgada ao segurado (2008, p. 28)

Embora a natureza seja de ato administrativo, somente por ato judicial é que os segurados podem obter o reconhecimento por parte da autarquia federal sobre o deferimento do pedido de desaposentação. O posicionamento final do Poder Judiciário acerca do assunto se faz mediante sentença que determina o restabelecimento dos requisitos alcançados pelo segurado até a data de sua aposentadoria, que serão aproveitados para concessão de uma nova aposentadoria.

Neste sentido, o que deve prevalecer o império do direito (sentença judicial produzida pelo Poder Judiciário) ou o império da maioria (legislação criada pelo Poder legislativo)?

4 - DA LEGISLAÇÃO OMISSA E ADMINISTRAÇÃO DENEGATÓRIA

O Poder Executivo através do INSS tem insistido em negar o pedido de desaposentação nas vias administrativas. O fundamento de tal posicionamento encontra-se no art. 181-B do Decreto nº 3.048/99:

> Art. 181-B. As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis. (BRASIL, 2007ª, p. 520)

Com a negativa da Autarquia, não resta outra solução ao interessado senão bater as portas do Poder Judiciário, haja vista que o Poder Executivo e o Poder Legislativo se colocam alheios aos anseios da população.

A previdência social é um direito social do segurado, portanto um direito fundamental. A aposentadoria é um direito e não um dever do segurado. Ocorre, que o Judiciário em um primeiro momento, apresentou posicionamento contrario à desaposentação, pois o debate sobre a desaposentação era recente e os argumentos apresentados pelo INSS convenciam se apreciados de forma superficial, como se pode averiguar no julgados abaixo:

> PREVIDENCIÁRIO:APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. DESAPOSENTAÇÃ: ATIVIDADE REMUNERADA EXERCIDA APÓS A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. RENÚNCIA. RECÁLCULO DA RMI. OBTENÇÃO DE APOSENTADORIA MAIS VANTAJOSA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
> 1. A renúncia à aposentadoria previdenciária com o objetivo de sua majoração, para que sejam consideradas novas contribuições vertidas após a concessão do benefício, encontra óbice no ordenamento jurídico e afronta a garantia do ato jurídico perfeito. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Regionais Federais da 3ª,
> 4ª e 5ª Regiões.
> 2. Apelação não provida.[54]

54 TRF1, 1ª T, AC 2006.38.00.033862-0 / MG, rel. Des. Fed. Ângela Catão. j. 26/01/2011. Disponível em: < http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/ >. Acesso em 16 de agosto de 2013 às 12h00min.

Nos dias atuais, diante da grande demanda judicial nos Tribunais Regionais Federais, no Superior Tribunal de Justiça e, também no Supremo Tribunal Federal que reconheceu a repercussão geral do tema Desaposentação – RE 661256, o Poder Judiciário restou por modificar o seu entendimento para passar a deferir o direito a desaposentação, conforme se verifica no exemplo abaixo:

> PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRELIMINAR REJEITADA. PRESCRIÇÃO. APOSENTADORIA. RENÚNCIA. CONCESSÃO DE NOVO BENEFÍCIO. CÔMPUTO DE TEMPO DE SERVIÇO LABORADO APÓS A CONCESSÃO DO PRIMEIRO BENEFÍCIO. POSSIBILIDADE. TERMO INICIAL.
>
> 1. Insurgindo-se a parte impetrante contra o ato da autoridade impetrada que lhe negou a desaposentação, e trazendo aos autos provas que comprovem a liquidez do seu direito, rejeita-se a preliminar de inadequação da via eleita.
>
> 2. Não há que se falar em prescrição, pois ausente pedido de pagamento de parcelas anteriores à propositura da ação.
>
> 3. É possível a renúncia à aposentadoria para fins de aproveitamento do tempo de contribuição e concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, uma vez que a aposentadoria constitui direito patrimonial disponível. Precedentes do STJ e desta Corte (AGA 200901000657626, DESEMBARGADORA FEDERAL MONICA SIFUENTES, SEGUNDA TURMA, e-DJF1 DATA 09/09/2011, AGA 200901000670402, JUIZ MARCOS AUGUSTO DE SOUSA (CONV.), PRIMEIRA TURMA, e-DJF1 DATA: 13/07/2010 e AGA 200901000568455, JUIZ RODRIGO NAVARRO DE OLIVEIRA (CONV.), PRIMEIRA TURMA, e-DJF1 DATA 01/06/2010).
>
> 4. O Superior Tribunal de Justiça, ao examinar o tema, firmou o entendimento de que a renúncia à aposentadoria, para fins de concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não implica em devolução dos valores percebidos, pois, enquanto esteve aposentado, o segurado fez jus aos seus proventos (RESP 1113682/SC, REL. MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, REL. P/ ACÓRDÃO MINISTRO JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, JULGADO EM 23/02/2010, DJE 26/04/2010 e AGRG NO RESP 1.107.638/PR, QUINTA TURMA, RELATORA MINISTRA LAURITA VAZ, DJE DE 25/05/2009).
>
> 5. Assim, é devida a concessão de novo benefício, cujo termo inicial deve ser fixado a partir da data do requerimento administrativo, mas com efeitos financeiros a partir da impetração, nos termos da Súmula n. 271 do STF, e os critérios de cálculo devem observar a legislação vigente à data do novo benefício, compensadas as parcelas recebidas administrativamente, desde então, em decorrência da primeira aposentadoria.
>
> 6. Apelação da impetrante parcialmente provida, nos termos do item 4
>
> 7. Apelação do INSS e remessa oficial desprovidas.[55]

O Poder Judiciário passou a deferir o direito a desaposentação no vácuo legislativo em razão da omissão dos outros poderes. A utilização do instituto da Desaposentação cresceu diante do grande interesse que despertou nos segurados. Referido instituto ganhou força diante da omissão do Poder executivo e legislativo de tomar iniciativa para debater e instituir legislação para regulamentar a questão.

55 Idem, 2ª T, Ap. em MS 0039583-87.2011.4.01.3800 / MG, rel. Des. Fed. Francisco De Assis Betti. j. 10/10/2012. Disponível em: < http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/ >. Acesso em 01 de dezembro de 2012 às 12h11min.

Tanto é verdade, que os argumentos utilizados pelo INSS no indeferimento do pedido de desaposentação: a falta de regulamentação legal *strictu sensu*, a existência de norma infralegal (art.181-B do Decreto Lei n. 3048/99) que impede o deferimento do pedido, a ofensa ao ato jurídico perfeito, a ofensa ao equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário, o enriquecimento ilícito por conta do beneficiário e a devolução das parcelas percebidas como requisito para o deferimento da desaposentação, como se verifica em um informativo da Advocacia Geral da União, da qual faz parte a Procuradoria Geral-Federal, esta com o objetivo de defender judicialmente e extrajudicialmente o Instituto Nacional de Previdência Social:

> A Advocacia-Geral da União (AGU) impediu, na Justiça, a concessão indevida de aposentadoria integral a um segurado do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) que já recebia o benefício de forma proporcional em Goiás. O objetivo do segurado era obter a chamada "desaposentação", que é a desistência de um benefício proporcional para a obtenção de outro integral quando o beneficiário continuou trabalhando após se aposentar. A Procuradoria Federal no Goiás (PF/GO) e a Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS explicaram que a aposentadoria é um ato jurídico perfeito, portanto, irrenunciável e irreversível conforme artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal e pelo Decreto 3.048/99, que aprova o Regulamento da Previdência Social. (...)[56]

A autarquia federal INSS, que faz parte da administração indireta da União, está, portanto, submetida ao princípio da legalidade, que se estende por toda a Administração Pública. O princípio da Legalidade está previsto na Constituição Federal: em relação à administração pública "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade (...)" (art.37, *caput*) e também relação aos administrados "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; " (art.5º, inciso, II). A negativa do INSS na concessão da desaposentação com base na ausência de regulamentação legal não coaduna com o respeito aos direitos individuais conferidos pela Carta Magna. Ibrahim assevera, contundentemente, sobre o tema: " A vedação no sentido da impossibilidade da desaposentação é que deveria constar de lei. A sua autorização é presumida, desde que não sejam violados outros preceitos legais ou constitucionais. No caso, não se vislumbra qualquer empecilho no ordenamento jurídico pátrio. " [57]

Assim, não pode o Poder Executivo (INSS) e Legislativo tolher direitos sociais previstos na Constituição Federal com base na vedação normativa, *in casu*, indeferir a renúncia à aposentadoria e consequentemente à desaposentação com a alegação que não têm previsão legal.

Ocorre que o Poder Executivo através da autarquia federal INSS tem indeferido a desaposentação sob o pretexto de que há regulamentação legal contida no art.181-B do Decreto Lei n. 3048/99 que proíbe a renúncia das aposentadorias por idade, por tempo de contribuição e especial.

Sobre os temas supracitados que são fundamentos para o indeferimento do pedido de desaposentação pelo INSS, o Tribunal Regional da 1ª Região pronunciou-se exatamente por conta da negligencia e omissão por parte do Poder Executivo e Poder Legislativo:

> 1. A aposentadoria é direito patrimonial disponível, de forma que pode dela renunciar o beneficiário, por falta de expressa proibição no ordenamento jurídico pátrio, garantindo a expedição de certidão

56 ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/ >. Acesso em 01 de dezembro de 2012 às 12h16min.
57 Idem, p.69.

> de tempo de serviço, para fins de contagem recíproca e obtenção de aposentadoria mais benéfica. Precedentes do STJ e desta Corte. 2. Não há agressão à previsão do art. 96, inciso III, da Lei nº 8.213/91, quando se reconhece o direito à desaposentação, uma vez que, cessada a aposentadoria, tecnicamente não há mais tempo utilizado para concessão de aposentadoria pelo outro regime. Desfeito o ato de aposentadoria, o impetrante tem o direito de obter certidão junto ao INSS do tempo de contribuição desde o momento de sua filiação até a posse no cargo público. 3. A irreversibilidade e irrenunciabilidade do benefício, que estariam previstas no Decreto 3.048/99, não podem ser opostas ao impetrante por falta de previsão na Legislação regulamentada, pois, à luz do princípio constitucional da legalidade (ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei - CF, art. 5º, II) não pode a administração impor restrição ao exercício do direito de disposição do benefício sem amparo em Lei em sentido estrito. (...)
> 5. "O cancelamento de benefício previdenciário por renúncia do interessado, para garantir a expedição de Certidão de Tempo de Serviço, para fins de contagem recíproca, não encontra óbice legal. Aplicação do art. 181-B do Decreto 3.048/99 afastada, por conter proibição não prevista na norma regulamentada" [58](grifos nossos)

A Autarquia Federal alega que a desaposentação implica em desrespeito ao ato jurídico perfeito consignado no ato de aposentadoria. O conceito de ato jurídico perfeito é dado Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro em seu art.6º, §1º que reza "Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou"[59] e encontra guarida na Carta Magna de 1988 em seu art.5º, inciso XXXVI, *in verbis* " a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada" [60].

Nesse diapasão estão os entendimentos presentes nos julgados do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e do Tribunal Regional da 2ª Região, respectivamente:

> (...)4. Ainda que se avente que se cuida de ato jurídico perfeito, deve-se ter em mente, a priori, os termos precisos do inciso XXXVI do art. 5º da CF: "A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". Portanto, o legislador Constituinte cuidou de proteger, à vista do princípio da segurança jurídica, os atos consumados no tempo e sob determinada legislação, sem qualquer relação com o exercício do direito de dispor de determinado benefício previdenciário. A norma é dirigida ao legislador infraconstitucional. Às partes, de uma relação contratual ou estatutária, deve-se fazer o exame a partir da natureza do ato, se disponível ou não, se há lei específica regulando a situação ou mesmo norma contratual. (...)[61]
> (...) 3. A Constituição Federal é clara quando dispõe que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (artigo 5º, inciso II), de modo que a inexistência de dispositivo legal que proíba a renúncia ao benefício previdenciário legalmente concedido deve ser considerada como possibilidade para a revogação do benefício, mormente considerando que o fenômeno jurídico em questão não viola o ato jurídico perfeito ou o direito adquirido, não havendo que falar, por isso, em prejuízo para o indivíduo ou mesmo para sociedade, nem violação ao art. 5º, XXXVI da CF. (...) [62]

58 TRF1, 2ª T, AC 2000.40.00.004834-4 / PI. rel. Juíza Federal Rosimayre Goncalves De Carvalho. j. 22/08/2012. Disponível em: < http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/ >. Acesso em 01 de dezembro de 2012 às 12h43min.

59 BRASIL. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01 de dezembro de 2012 às 13h48min.

60 BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01 de dezembro de 2012 às 13h53min.

61 TRF1, 2ª T, AC 2000.40.00.004834-4 / PI. rel. Juíza Federal Rosimayre Goncalves De Carvalho. j. 22/08/2012. Disponível em: < http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/ >. Acesso em 01 de dezembro de 2012 às 14h55min.

62 TRF2, 1ª T, AC 545875 / RJ, rel. Des. Federal Abel Gomes. j. 25/04/2012. Disponível em: <http://www2.trf2.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=base_jur:v_juris>.
Acesso em 01 de dezembro de 2012 às 15h22min.

É de se pontuar que o beneficiário que pleiteia a desaposentação já usufrui de uma aposentadoria, porquanto inserido dentro das regras vigentes e do equilíbrio atuarial, já que contribuiu por anos para essa finalidade. Assim ao retornar ao labor, estará a efetuar com isso, contribuições para o sistema, sendo que estas não tinham previsão atuarial, gerando créditos imprevistos. São estes excedentes financeiros que podem ser utilizados para a realização do propósito da desaposentação: a obtenção de um benefício mais vantajoso.

Não é coerente o fundamento que a desaposentação configuraria enriquecimento ilícito ou sem causa por parte em favor do segurado, haja vista que houve o preenchimento de todos os requisitos legais para a percepção da então aposentadoria. Nesse compasso caminhou o Tribunal Regional Federal da 4ª Região conforme observa-se abaixo:

> (...) 7. A efetivação do direito à renúncia impõe afastar eventual alegação de enriquecimento sem causa do segurado, uma vez que a percepção do benefício decorreu da implementação dos requisitos legais, incluídos nestes as devidas contribuições previdenciárias e atendimento do período de carência. De outra parte, o retorno à atividade laborativa ensejou novas contribuições à Previdência Social e, mesmo que não remetam ao direito de outro benefício de aposentação, pelo princípio da solidariedade, este também deve valer na busca de um melhor amparo previdenciário. (...)[63]

Dessa forma, a desaposentação está inserida em várias decisões proferidas pelo Poder Judiciário e a despeito dos argumentos utilizados pelo Poder Executivo e o interessado, para fins de prevalecer o pretenso direito, em verdade a ausência de legislação para fins de concessão de desaposentação, restou por ocasionar a interferência do Poder Judiciário.

5 - DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLITICA E SEUS OBSTÁCULOS

Neste sentido, para concretizar direitos sociais como direito fundamental, o Poder Judiciário como balcão de queixas sociais apresentadas pelo cidadão não atendido em suas necessidades básicas, passa a exercer papel de grande relevância.

Insta mencionar, que a atuação do Judiciário não segue a mesma lógica da disponibilidade de meios a que segue o Poder Executivo, ou seja, o Poder Executivo também tem utilizado o argumento da falta de prévia fonte de custeio para concessão de um novo benefício, inclusive tem alegado que a desaposentação causa desequilíbrio atuarial no sistema de custeio da seguridade social.

Segundo Veloso Dias[64] citando Tate e Vallinder (1995), sobre a judicialização da política deve se entender "o processo de expansão dos poderes de legislar e executar leis do sistema Judiciário representando uma transferência do poder decisório do Poder Executivo e do Poder Legislativo para os juízes e tribunais. Em suma, seria a capacidade do Poder Judiciário de intervir em políticas públicas.

Para Eisenber, citado por Veloso Dias[65], a judicialização da política refere-se ao alargamento da discricionariedade judicial e ao protagonismo denominado de "ativismo" do Poder Judiciário que se tornar uma realidade no processo de expansão dos poderes de legislar e executar leis pelo Judiciário. Falar sobre judicialização da politica implica que o Judiciário está explorando conflitos no sentido de formar e reproduzir decisões vinculantes.

63 TRF4, 6ª T, Ap/Reex 5004790-69.2010.404.7201, SC, rel. Des. Federal João Batista Pinto Silveira. j. 16/05/2012. Disponível em: < http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1 >.
Acesso em 01 de dezembro de 2012 às 22h04min.

64 VELOSO DIAS, Bárbara, Behemoth ou Leviatã: Quem deve ter poder para tomar decisões? Direito e Democracia: Estudos sobre o ativismo judicial. São Paulo. Ed. Método. 2011, pág. 17.

65 IDEM, pág. 17

Quando o Poder Judiciário passou a deferir o direito de desaposentar ao segurado, o mesmo estava contrariando norma (Decreto 3.048/99) que veda a desaposentação. Ocorre que o decreto não é considerado uma lei, portanto não há lei disciplinando a matéria, por conseguinte a interferência do Judiciário neste caso tem a denominação do fenômeno do Ativismo Judicial ou Judicialização da Política.

Neste sentido, cabe destacar algumas alegações que são verdadeiras desculpas contra a Judicialização da Política para conceder a desaposentação e que passamos a analisar. O primeiro argumento contra a atuação do Poder Judiciário é a violação da Teoria da Separação de Poderes.

Na Teoria da Separação de Poderes, podemos destacar em primeiro lugar e poderia alegar que ela tem como premissa, uma real trifurcação equitativa (MANCUSO, 2014, 307-308), acerca das funções do Executivo, Legislativo e Judiciário, ademais apesar de constar expressamente na CF/88 como clausula pétra a separação de poderes, a mesma deve ser harmonizada com os demais dispositivos da Constituição, que estabelece que sem prejuízo da independencia de cada Poder, os mesmos são harmonicos entre si, portanto não há qualquer conflito ou antinomia entre as expressões "independencia" e "harmônico". Em verdade, a relação entre os poderes se caracteriza pela integração ou complementariedade e o Estado Social de Direito (Welfare State) não admite e nem concebe rididas separações estanques entre suas funções.

O Estado não foi criado apenas para organização política, até porque é um ente que não é um fim em si mesmo (BRITO FILHO, 2008), pois somente existe por conta da vontade da comunidade e com finalidade também de oferecer direitos, ou seja, tem a finalidade de concretizar direitos fundamentais de forma eficaz e em um prazo determinado.

Dessa forma, a Separação de Poderes não pode ser maior que a necessidade de concretização dos Direitos Fundamentais, pois a separação de poderes está subordinada a um interesse maior, que seria o cumprimento da missão do Estado de realização efetiva dos Direitos Fundamentais, como é o caso da concessão da desaposentação.

Cabe mencionar, que não se trata de dar mais importância a um Poder em detrimento dos outros dois Poderes, ou a possibilidade de executar a função do outro, mas proporcionar que cada Poder dentro dos limites de sua atuação, possa maximizar de tal forma a garantir e proteger Direitos Fundamentais, que são considerados pela comunidade.

Não há como conceber, que a Separação de Poderes tenha relação com ideia, que a natural separação de funções sirva de impedimento ou impossibilidade de atuação de cada um deles (BRITO FILHO, 2008), fora do que seria denominado de função típica ou na sua forma clássica e que não seja admitida atuação a cada Poder em seu limite máximo, que seria controlando os demais, assim restaria à conclusão que não teria poderes separados, mas distintos, o que seria um equívoco, pois o que se buscou foi estabelecer uma forma mais adequada para balancear as funções do Estado, o que não implica realizar uma confusão entre as funções de cada Poder onde todos podem realizar a função do outro de forma indiscriminada, mas sim possibilitar que a atuação de cada Poder seja de tal forma maximizada para proporcionar a garantia e proteção dos denominados Direitos fundamentais, como indispensáveis para a Coletividade.

Neste sentido, o Poder Judiciário atua exatamente maximizando a atuação como Poder do Estado que tem como finalidade Constitucional de garantir e proteger a realização ou concretização dos direitos fundamentais, de sorte que não há qualquer violação na clássica separação de poderes, pois em situação de não concessão de direitos fundamentais na saúde para determinado indivíduos ou coletivamente.

Outro argumento, contra a concretização dos Direitos Fundamentais por meio da judicialização da política seria que o Poder Judiciário estaria criando Políticas Públicas (BRITO FILHO, 2008), o que seria inaceitável, pois estaria invadindo a esfera de função determinadas para outros poderes.

Não há dúvida, que o Estado utiliza de Políticas Públicas para concretização de Direitos Fundamentais, portanto referidas Políticas Públicas são essenciais para cessar com a chamada moratória ilimitada de concretização de direitos humanos na saúde.

Tal questão se deu principalmente, em razão das grandes transformações na forma de analisar os direitos fundamentais (Bucci, 2006, pág. 1-49), que propaga a relevância dos chamados direitos sociais, que alteram a postura de abstenção estatal (obrigação de não fazer) para um enfoque prestacional (obrigação de fazer).

Sendo assim, as Políticas Públicas como forma de concretização dos direitos sociais (os direitos sociais - reconhecidos em 1917/México, 1919/Weimar e 1934/Brasil -2ª geração – DESC – Direitos Econômicos Sociais e culturais) são indispensáveis para assegurar condições para gozo dos direitos civis e políticos (1ªgeração) (ex. como um analfabeto pode exercer plenamente o direito a liberdade de expressão se não tem direito a educação?). O mesmo acontece com os direitos de 3ª geração considerados “direitos transgeracionais” (fazemos a citação, a despeito do entendimento que os direitos humanos não são divididos em gerações ou dimensões).

É evidente que os Direitos Humanos são complexos quanto a sua concretização, mormente quanto a excesso de direito, que para países em desenvolvimento (como o Brasil) são praticamente inviáveis ou irrealizáveis, e mesmo para os países desenvolvidos, na década de 80 verificou-se um enfraquecimento da maquina estatal, haja vista a grande estrutura montada para realização principalmente dos direitos sociais.

Por outro lado, nos dias atuais a educação, saúde, assistência social, meio ambiente são referenciais para qualquer país que queira ter uma posição relevante no contexto internacional. Por conseguinte, Bucci assevera que como requisito para cidadania, a intervenção estatal no domínio econômico seria indispensável.

Cabe mencionar, que as políticas públicas são estabelecidas por uma variedade de atores, que podem ser representados por indivíduos, grupos ou organizações que têm a capacidade de influenciar direta ou indiretamente as políticas públicas (SECCHI, 2014, pág. 99).

Ressalte-se, que os juízes na condição de servidores públicos e por exercerem um papel na arena política (SECCHI, 2014, pág. 107), têm através de sua influencia sobre o conteúdo e resultado das politicas públicas, contribuído com a concretização dos direitos fundamentais, pois tendo a prerrogativa de interpretar a justa ou injusta aplicação de uma norma por parte dos indivíduos e da própria administração Pública.

Os juízes são verdadeiros atores na categoria de atores governamentais, assim como os políticos, e, atuam como verdadeiros protagonistas na elaboração de políticas públicas (SECCHI, 2014, p; 107), quando emitem uma decisão judicial seja através dos tribunais ou mesmo de uma súmula sobre garantia e proteção de direitos fundamentais.

Alegar que os juízes não podem contribuir com as políticas públicas para realização e efetivação dos direitos fundamentais, talvez tenha amparo na visão daqueles em que as políticas públicas devem estar baseadas tão somente (SECCHI, 2014, p; 123) no denominado triângulos de ferro, modelo que esteve muito na moda na década de 1960, nos Estados Unidos, pois tinha concepção de relações de apoio mutuo entre grupos de interesses, políticos parlamentares e burocratas membros de agências governamentais.

O apoio mútuo se dá através de favores entre esses atores, onde os grupos de interesses financiam as campanhas eleitorais dos políticos, que em troca propiciam legislação com benefício aos grupos de interesses.

Os políticos defendem configurações orçamentárias que garantam a existência e ampliação de algumas agências ou departamentos governamentais e em contrapartida recebem dos burocratas a realização de políticas públicas que atendam seus interesses e claro a realização pode ser no sentido que a implementação de determinada política pública pode ser rápida ou de forma mais morosa ou mesmo a sua não implementação.

Complementando o triangulo de ferro, temos os grupos de interesses que fazem *lobby* com a administração pública na defesa de interesses de agências e departamentos governamentais, e, em troca recebem das referidas agências governamentais um tratamento mais amigável acerca de interesses de referidos grupos, como exemplo avaliação positiva dos produtos fornecidos pela aludida empresa.

Referido modelo tem sofrido criticas, apesar de difuso, entre elas, por ser reducionista, pois restringem as categorias de atores ao triangulo de ferro.

As Políticas Sociais seriam políticas Públicas que têm por objetivo a realização dos direitos sociais, de sorte que não é criação do administrador público, haja vista que já constam do ordenamento jurídico a partir dos direitos já reconhecidos e que devem ser realizados. Por outro lado, cabe destacar o entendimento onde o Poder Judiciário não estaria criando Políticas Públicas ou Políticas sociais (BRITO FILHO, 2008), mas que em verdade está concedendo a quem faz juz, a realização de um direito social previamente previsto no ordenamento jurídico.

Dessa forma, a Judicialização da Política que concede determinado direito social não afronta as funções de outro Poder do Estado, mas apenas está assegurando a concretização de direito fundamental em face do cidadão ou de uma coletividade, diante da inércia do referido Poder que tinha como função concretizar determinado direito fundamental.

Quanto a judicialização da política também se tem apresentado como oposição, argumento econômico, onde a atuação do Poder Judiciário seria um risco para os limites de recursos à disposição do Estado (BRITO FILHO, 2008), ou seja, se faz mister a observância dos limites orçamentários, o que impossibilita o ativismo judicial.

Ocorre que tal alegação não tem sustentação, haja vista que a questão não é a limitação dos recursos, mas a sua destinação, pois o Estado tem superado todos os anos o recorde de receita fiscal e há destinação de recursos em excesso para outras áreas, que não tenham qualquer relação com os Direitos Fundamentais e não essenciais, bem como o evidente desperdício por parte dos mandatários que deveriam dar prioridade a concretização dos direitos sociais de imediato.

Destarte, o argumento econômico não tem o condão de impedir que os Direitos Fundamentais sejam efetivados o mais rápido possível, para fins de solucionar o problema da moratória ilimitada, pois mesmo que os recursos fossem escassos, o que não é verdade, os direitos fundamentais são essenciais para o bem-estar do cidadão.

Outra alegação, utilizada contra o ativismo judicial, reside na obrigação constitucional de observância do planejamento financeiro do Estado, onde não se pode criar uma despesa para determinado projeto que não apresente receita correspondente, por consequência o ativismo judicial estaria afrontando o planejamento instituído pela própria Constituição Federal acerca de orçamento.

Referido argumento, carece de consistência, pois a missão do Estado é o bem-estar do indivíduo e para isso necessita realizar de forma efetiva os direitos fundamentais, entre eles os sociais da saúde. Se a lei orçamentária não prevê a realização efetiva pelo Estado dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, estaria diretamente e literalmente afrontando a Carta Magna, pois a lei orçamentária não pode alterar a Constituição Federal para dizer o que seria direito fundamental ou não.

Importante destacar, que não está discutindo se o Estado pode ou não fixar as condições de exercício dos direitos sociais, mas que o Estado não pode negar a realizar efetiva dos direitos fundamentais. Neste sentido, não importa a previsão ou não na lei orçamentária, pois os direitos fundamentais devem ser concretizados, pois existem recursos suficientes para sua realização de forma imediata, assim bastaria à destinação de recursos necessários para que os direitos sociais fundamentais fossem concretizados.

A verdade deve ser dita, não há mais como conceber que todos os cidadãos não tenham direitos mínimos necessários garantidos (BRITO FILHO, 2008), nem que sua concretização seja postergada no tempo, assim é tempo de praticar todos os atos necessários para que os direitos garantidos sejam concretizados, ou seja, já é tempo de todos os cidadãos terem o mínimo necessário para realização de seu plano de vida, sempre levando-se em conta suas particularidades.

Assim, o Poder Judiciário não extrapola na determinação contida na Constituição Federal, não estamos diante de um governo de juízes, pois na realidade o Poder Judiciário apenas cumpre com sua missão prevista na Constituição Federal e não há qualquer excesso ou violação de separação de poderes, não há como conceber limitação pela reserva do possível, muito menos alegação de impossibilidade material, bem como acerca de respeito à lei orçamentárias e o planejamento financeiro do Estado.

Negar a concretização ou realização de direitos humanos fundamentais na saúde, por conta dos obstáculos supramencionados não se sustenta, pois o Estado não foi constituído tão somente, para organização política estabelecida por um povo e em determinado território, mas foi instituído pela vontade popular (BRITO, 2008), para prestar serviços essenciais, portanto o Estado tem como função principal garantir e concretizar Direitos Fundamentais dentro de um determinado espaço.

Dessa forma, não há nada de violação ou desrespeito na judicialização da política, pois o objetivo neste caso, seria de garantir ou proteger e concretizar os Direitos Fundamentais.

Ressalve-se, que Dworkin citado por Veloso dias[66] menciona que o tribunal por ser um "fórum de princípio", estaria mais apto do que a legislatura para garantir os direitos e liberdades fundamentais protegidos constitucionalmente e ademais não há violação da democracia, pois a mesma não se constitui somente como vontade da maioria, mas diante do caráter comunal, cada membro se sente parte da comunidade e assume responsabilidade por suas decisões coletivas.

Para Veloso dias[67] que faz menção a Dworkin (2005, p. 43), os juízes seriam um vínculo institucional mais adequado para carregar e impor a dimensão do principio às decisões politicas, inclusive a politica deve estar subordinada ao império do direito, do princípio, da integridade, haja vista que o ambiente legislativo, pela sua própria natureza (lócus majoritários), não seria o ideal para questões de escolha de princípios. O referido autor defende que o Poder Judiciário não se resume a uma agencia de revisão, uma instancia recursal, pois se trata de fórum do princípio, dotada de dignidade e estatura diferenciadas.

66 Idem, p. 27.
67 Idem, p. 28.

No tribunal não se discute vontades individuais dos eleitores, mas a concepção de comunidade, ou seja, os juízes são representantes da comunidade politica livre, que se autogoverna.

Dworkin menciona que o juiz deve tomar a decisão correta, a despeito dos seus reflexos. Não importando se a Corte vai falhar, pois as falhas também são cometidas pelo legislador e pelo juiz. No caso a essência da integridade constitucional é a atitude hercúlea de encontrar o melhor argumento, que desafia e vence todos os outros, não o consenso sobre a decisão verdadeira num caso concreto. Mesmo, que errem, esse ambiente seria louvável (DWORKIN, 2000, p.76).

6 - DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS/CONCLUSÃO

A questão posta é demais relevante, pois em decorrência da explosão legal, o ativismo judicial em face do sistema politico tem causado uma evidente crise na separação de poderes.

Recentemente o STF reconheceu a repercussão da matéria sobre desaposentação, bem como reconheceu a relevância e aprovou a casamento entre pessoas do mesmo sexo, e para colocar mais lenha nesta fogueira o Conselho Nacional Justiça – CNJ regulou procedimento para que os Cartórios competentes formalizassem os casamentos, ou seja, não havia legislação alguma prevendo tal situação pelo parlamento ou pelo executivo.

O presente artigo não teve a pretensão de apresentar respostas, mas apresentar reflexos e outras indagações acerca do tema. O ativismo do Judiciário ou a judicialização da Política tem servido para viabilizar o exercício de direitos Fundamentais, portanto não há como estabelecer limites ou obstáculos.

A aposentadoria é um direito previsto pela legislação previdenciária, porém não há previsão legal para a desaposentação, por conseguinte o segurado com base em outros direitos, têm direito de buscar a melhoria de sua condição. Ocorre, que enquanto o Legislativo e Executivo forem omissos, o segurado poderá procurar o Poder Judiciário para obter a prestação jurisdicional através de sentença para o direito a desaposentação, sendo um Direito Fundamental, resta evidente que não há obstáculos que possam justificar a negativa de sua realização em favor do individuo por meio do fenômeno da Judicialização da Política.

7 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUCCI, Maria Paula Dallari, **O conceito de Politica Pública em Direito**. São Paulo. Ed. Saraiva. 2006, p. 34

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. **Direitos Fundamentais Sociais: realização e atuação do Poder Judiciário.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª região – Suplemento Especial Comemorativo, Belém, v. 41, nº 81, p. 77-87, julho-dezembro/2008.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro. Editora Revan. 1996, pág. 265

GILANI, Paulo Rogério. Caros Amigos – A primeira à esquerda – ano XVII, nº 195/2013, São Paulo. p. 26.

IBRAHIM, Fábio Cambite. **Desaposentação**: o caminho para uma melhor aposentadoria. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2011. P. 35.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito.** 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2014, 304-305

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. 4ª ed. São Paulo; LTr, 2011. –P.30

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: conceitos, esquemas de analise, casos práticos**. 2ª edição. São Paulo, editora Cengage Learning, 2013.

VELOSO DIAS, Bárbara, Behemoth ou Leviatã: Quem deve ter poder para tomar decisões? Direito e Democracia: Estudos sobre o ativismo judicial. São Paulo. Ed. Método. 2011.

3ª Parte
Meio Ambiente e Urbanismo

CAPÍTULO 14

ASSENTAMENTOS PRECÁRIOS EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE: REVISÃO LITERÁRIA

Luiz Emídio Dantas Junior

1 - INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva fazer um levantamento literário dos trabalhos publicados que abordam a questão dos assentamentos precários nas áreas de preservação permanente que, devido a falta de infraestrutura e saneamento, colocam em risco os moradores, o meio ambiente e a sociedade. E como as políticas públicas, em especial as direcionadas a elaboração de programas habitacionais que pretendem atender a população de baixa renda, como a política nacional de habitação com o programa minha casa minha vida, englobado pelo programa de aceleração do crescimento, vem suprindo as necessidades habitacionais da população carente.

A população de baixa renda do Brasil, por não ter condições e acesso aos programas públicos habitacionais, acaba formando ocupações informais (favelas e moradias inadequadas) sem qualquer tipo de infraestrutura e saneamento ambiental, colocando em risco os habitantes e o meio ambiente. Geralmente essas ocupações informais loteiam áreas de preservação permanente ou consideradas ambientalmente frágeis, com qualidade precária, protegidos pela legislação e desconsiderados pelo mercado imobiliário formal.

A urbanização exige infraestrutura associadas às habitações para atender a demanda da população, em particular de baixa renda que, apesar de assegurados pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Terra o acesso à residência digna, se veem “despejadas” em moradias precárias, cujas áreas ocupadas oferecem riscos à própria incolumidade ou que são de preservação permanente, o que, por consequência, acarreta a possibilidade de gerar significativo impacto ambiental.

Diante desse quadro, o poder público deve assumir seu papel de interventor, promovendo políticas públicas direcionadas aos problemas habitacionais, e dessa maneira reduzir ou impedir o surgimento de assentamentos precários no processo de urbanização.

Heidemann, Salm, Guimarães (2010) enfatizam que a formulação de politicas públicas, inclusive as direcionadas a solucionar os problemas urbanos são formuladas a partir das reivindicações e exigências dos indivíduos e grupos sociais, que pressionam o governo para verem suas necessidades serem atendidas individualmente ou coletivamente, como o déficit habitacional brasileiro que vem obtendo resoluções para a questão de acesso a moradia digna a todos por meio da política nacional de habitação, em conformidade com a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Terra.

Afinal, as políticas públicas devem contemplar os direitos sociais, entre os quais o direito a moradia digna. Os direitos sociais são referenciais que permitem a elaboração de políticas públicas que contribuem com o desenvolvimento humano tanto no cenário regional como mundial (BUCCI, 2006).

Neste sentido, este estudo busca fazer uma análise da literatura a respeito dos impactos dos assentamentos precários ao meio ambiente, a sociedade e aos municípios brasileiros em que

as populações de baixa renda residentes em assentamentos precários, em especial os que estão inseridos nas áreas de preservação permanente.

2 - Déficit Habitacional no Brasil e as Áreas de Preservação Permanente

O Estatuto da Cidade é considerado um instrumento de política urbana, classificado como instituto jurídico e político, diretamente relacionado com a regulamentação do artigo 182 da Constituição de 1988. Assim, o poder público pode valer-se dessa normativa para realizar atividades urbanísticas necessárias a ordenação do espaço e crescimento dos municípios de todo o Brasil (CORDEIRO, 2001).

No tocante aos requisitos pessoais, há a exigência de que a área urbana sofra uma ocupação coletiva com o objetivo de moradia, e mais, que essa coletividade seja formada por uma "população de baixa renda" e desprovida de imóvel, seja urbano ou rural, como prevê a Lei n. 10.257/01 (Estatuto da Cidade).

Entretanto, o número de famílias que se encontram em condições de moradia inadequada, ou seja, construídas em material precário (papelão, restos de madeiras, entre outros materiais), sem saneamento básico, nas encostas dos morros, em áreas alagáveis, enfim, formam bairros com má infraestrutura denominados favelas. Entende-se ainda como moradia inadequada, aquelas com duas ou três peças em que mais de uma família coabitam a mesma residência, provocando um adensamento excessivo de pessoas. E há, ainda, o ônus excessivo no valor do aluguel diante do déficit habitacional (RIBEIRO et al., 2003).

A Pesquisa de Amostra por Domicílios (PNAD), realizada em 2008, constatou que havia déficit habitacional de mais de 5,5 milhões no Brasil. Esses dados serviram de subsídio para o Ministério das Cidades lançar no ano seguinte o Programa Minha Casa Minha Vida, com o objetivo de construir e reformar três milhões de moradias até 2014, atendendo as necessidades das famílias com renda mensais de até dez salários mínimos (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2001). Esse programa será desenvolvido em parceria com os Estados e Municípios, sendo gerenciado pelo Ministério das Cidades e operacionalizado pela Caixa Econômica.

O objetivo do Programa Minha Casa Minha Vida é a produção de unidades habitacionais, que depois de concluídas são vendidas, via financiamento subsidiado, às famílias que possuem renda familiar mensal até R$1.600,00 (CAIXA ECONÔMICA, 2012).

No âmbito do PMCMV para as famílias com renda mensal de até R$1600,00 estabeleceu-se inicialmente a meta de contratação de 400 mil unidades habitacionais e, atualmente, com a continuidade do Programa a meta consiste na produção de 860.000 unidades habitacionais até o ano de 2014 (CAIXA ECONÔMICA, 2012).

Cerca de 2,2 milhões de famílias vivem em área de risco, desse total 77,7% das famílias recebem entre um a três salários mínimos. Segundo a Secretaria Nacional de Defesa Civil, de novembro de 2010 a março de 2011, 203 mil pessoas ficaram desabrigadas ou desalojadas em todo o País, por estarem em áreas de risco. O Quadro 1 evidencia o déficit habitacional em todo o país, sendo que a região centro-oeste apresenta um déficit de 419.491, desse total 74.149 encontra-se no Estado de Mato Grosso.

Quadro 1: Déficit de domicílios permanentes no Brasil

(em número absolutos).			
Região/Estado	**Déficit**	**Região/Estado**	**Déficit**
Nordeste/Sudeste	**Total**: 4.009.336	Norte/Sul	**Total**: 1.143.486
Ma	434.750	RO	31.229
PI	124.047	AC	19.584
CE	276.915	AM	132.224
RN	105.605	AP	14.295
PB	104.699	RR	13.969
PE	266.360	PA	286.110
Al	86.900	TO	59.681
SE	66.492	PR	215.752
BA	490.612	SC	141.425
MG	476.287	RS	229.217
ES	85.344	**Região/Estado**	**Déficit**
RJ	428.959	Centro-oeste	Total: 419.491
SP	1.062.366	MS	77.206
Total Brasil	5.572.313	MT	74.149
		GO	163.115
		DF	105.021

Fonte: Ministério das Cidades, 2012. Adaptado pelo pesquisador.

De acordo com dados da Secretaria de Estado de Trabalho, Emprego, Cidadania e Assistência Social (SETECS) hoje o déficit habitacional de Mato Grosso é de 111 mil casas. Desde 2003 já foram construídas mais de 60 mil no Estado, por meio de parcerias com o Governo Federal e Prefeituras Municipais, através dos Programas de Arrendamento Residencial (Par), Tô Feliz, Meu Teto, Associativo, Morar Melhor, Casa Fácil, Fundo Nacional de Interesse Social (FNHIS) e Nossa Terra, Nossa Gente (NTNG) (MT NOTÍCIAS, 2010).

O Programa Minha Casa Minha Vida exige que as casas tenham no mínimo 39 m², a partir dessa exigência, acredita-se que a aplicação do sistema construtivo pré-moldado, seja uma forma de reduzir custos e obter maior agilidade e rapidez na construção das habitações, haja vista que o objetivo principal é retirar as famílias carentes das situações de risco e reduzir o déficit habitacional em todo o país.

"Grande parte dos projetos habitacionais brasileiros prioriza o fator custo em detrimento da qualidade da habitação, tanto em termos de qualidade projetual quanto de qualidade construtiva" (KRAMBECK, 2006, p.14).

O déficit habitacional cuja demanda maior aflige a população mais carente, encontra solução nos programas habitacionais geralmente desenvolvidos pelo governo federal ou estadual. Os quais não se preocupam em cobrar das construtoras o uso de sistemas construtivos que permitam novas alternativas que reduzem os efeitos de padronização e facilitem a apropriação da habitação sem interferir na qualidade construtiva, buscando-se a conjunção do fator custo e qualidade.

Ressalta-se que habitação é um conjunto edificado destinado a moradia. Para que a edificação cumpra com sua funcionalidade, uma série de exigências deve ser cumprida (LIBOS, 2007).

Segundo Oliveira e Bueno (2009) os problemas habitacionais não afligem somente a população de baixa renda, devido aos problemas socioeconômicos e políticos no cenário mundial, a falta de moradia tem crescido cada vez mais, em especial nos países em desenvolvimento.

No Brasil, desde o século XIX a sociedade brasileira vivencia os conflitos relacionados à aquisição da casa própria, inicialmente os escravos libertos e depois os imigrantes, no entanto, quase nada fora realizada em prol dessa população trazida para o país. Consequentemente começaram a surgir às primeiras áreas ambientalmente sensíveis (ASS) nos morros, beira de córregos, rios, entre outros.

Algumas unidades habitacionais passaram a ser construídas pelo governo federal nos anos 60 (século XX), a fim de proporcionar moradia a massa populacional que se concentrava as áreas urbanas. Essas unidades foram construídas por meio do Sistema de Financiamento Habitacional (SFH) e Banco Nacional de Habitação (BNH).

Porém os grandes conjuntos habitacionais que eram construídos, além de muitas vezes serem desprovidos de equipamentos, serviços e infraestrutura, não atendiam as camadas de renda mais baixa. Não se reduziu, portanto, o crescente número de assentamentos precários nas cidades brasileiras (OLIVEIRA E BUENO, 2009).

A Política Nacional de Habitação (PNH), elaborada em 2004, adotou o termo "assentamentos precários" englobando os conjuntos de assentamentos urbanos inadequados, mas que foram ocupados pela população de baixa renda, formando os cortiços, loteamentos irregulares periféricas, favelas e assemelhados, bem como os conjuntos habitacionais que se acham degradados (BRASIL, 2010). Essa politica tem o objetivo de retomar o planejamento do setor habitacional e assegurar novas condições institucionais para promover o acesso à moradia digna a todos os segmentos da população.

Entende-se, portanto, que os assentamentos precários são porções do território urbano com dimensões e tipologias variadas, que apresentam as seguintes características comuns: áreas predominantemente residências habitadas por famílias de baixa renda; precariedade das condições habitacionais (irregularidade fundiária, ausência de infra-estrutura de saneamento ambiental); localizados em áreas mal servidas pelos equipamentos sociais e sistema de transporte; terrenos alagadiços e com riscos geotécnicos; insalubres e deficiências construtivas da unidade habitacional (BRASIL, 2010).

> Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem - estar de seus habitantes. § 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. § 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. § 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro. § 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais. Art. 183.

> Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. § 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Por meio do Estatuto da Cidade (Lei n.10.257/01), os artigos 182 e 183 da CF/88 foram regulamentados e considerados marcos da reforma urbana, principalmente o artigo 2º da Lei n. 10.257/01 que assegura o direito a cidades sustentáveis como serviços públicos, trabalho, lazer e regulação fundiária e urbanização das terras ocupadas.

O Ministério das Cidades foi criado no ano de 2003 para impulsionar o desenvolvimento de programas urbanos e habitacionais nos municípios brasileiros, dessa forma foi elaborado o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) pelo governo federal, tendo como proposta atender as necessidades reais dos assentamentos precários promovendo melhorias nas condições de vida das populações e amenizados os impactos ambientais (OLIVEIRA E BUENO, 2009).

Deve-se enfatizar que, a ausência de programas habitacionais direcionados a população de baixa renda contribui com o surgimento de grupos habitacionais oriundos dos “grilos”, cuja característica principal é a ausência de saneamento, equipamentos sociais (escolas, creches, etc.), etc.

A CF/88 assegura o direito à moradia digna, mas a realidade como se nota é outra. A regularização fundiária prevista pelas políticas habitacionais do governo federal (incluída no PAC), procura minimizar as divergências encontradas nos espaços urbanos, pois essa regularização tem um caráter integral, atendendo, pois, os critérios sociais, jurídicos, urbanos e ambientais, que passa a ser um instrumento fundamental para alcançar a justiça social nas cidades (OLIVEIRA E BUENO, 2009).

Neste primeiro momento do artigo evidenciou-se o déficit habitacional existente no país, e como as políticas habitacionais foram elaboradas com o intuito de assegurar o direito à moradia digna, em especial a população de baixa renda, entretanto, devido às características das condições de moradia alguns assentamentos são classificados como precários.

Alguns desses assentamentos precários foram construídos sobre as áreas de preservação permanente.

A Área de Preservação Permanente (APP) é definida pelo novo Código Florestal (Lei nº: 12.651, de 25 de maio de 2012):

> Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por: I – [...] II - Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;

Souza Filho & Silva (2005) salienta o disposto no artigo 4º da Lei nº: 12.651/2012, *in verbis*:

> 4º Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei: I - as faixas marginais de qualquer curso d’água natural, desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de: [...] c) 100 (cem) metros, para os cursos d’água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;

A Constituição do Brasil de 1988, com efeito, atribui ao Poder Público e à coletividade o dever de defender um meio ambiente ecologicamente equilibrado, preservando-o para as atuais e futuras gerações:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para às presentes e futuras gerações. § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...] II - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; [...] (BRASIL, 1988).

Ao impor ao Poder Público o dever de defender o meio ambiente, a CF/88 dirige-se aos três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário (MACHADO, 2012). Todavia, o que se busca analisar, e essa é a proposta, repita-se, é em que medida a omissão da Administração Pública, no caso, o Poder Executivo, na função de agir em benefício de conservar e preservar o meio ambiente causa degradação ambiental ou contribui para sua ocorrência e, por consequência, como essa inércia transfere ao Poder Judiciário a resolução desses conflitos.

Como destacado, a defesa do meio ambiente é um dever do Estado e a atividade dos órgãos estatais na sua promoção é de natureza compulsória, comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Via de consequência exige-se de todos eles o cumprimento desse propósito na proteção ao meio ambiente, segundo a CF/88:

> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; [...]. Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional (BRASIL, 1998).

Já a Constituição do Estado de Mato Grosso salienta em seu artigo 263 que:

> Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Estado, aos Municípios e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A Lei Complementar nº 140, de 08 de dezembro de 2011, que institui normas gerais para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum, relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora. Esse sistema busca conferir máxima efetividade à garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo as obrigações acima a todos os entes federativos, sem ordem de hierarquia.

Nesse sentido:

> A Lei Complementar (nº 140/2011) elenca, no art. 3º, em quatro incisos, como finalidades básicas do exercício da competência comum: proteger, defender e conservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, promovendo gestão

> descentralizada, democrática e eficiente; garantir o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico com a proteção do meio ambiente, observando a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais; harmonizar as políticas e ações administrativas para evitar a sobreposição de atuação entre os entes federativos, de forma a evitar conflitos de atribuições e garantir uma atuação administrativa eficiente; garantir a uniformidade da política ambiental para todo o País, respeitadas as peculiaridades regionais e locais. (MACHADO, 2012, p. 183)

A competência ora especificada, registra-se, correlaciona-se com o disposto no artigo 225 da Constituição. Nesse sentido Silva (2008, p. 274) salienta que proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas. Essa competência correlaciona-se com o disposto no art. 225, que reconhece a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, "impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para a presente e futura geração". O sentido da competência em causa é o mesmo

Verifica-se que a Constituição Federal/88 deu ao meio ambiente a natureza jurídica de bem de uso comum do povo, pertencente à coletividade, não integrando, assim, ao patrimônio disponível do Estado.

A rigor, esses locais (Áreas de Preservação Permanentes) não admitem ação humana interventora, como a construção de casas ou exploração econômica, devendo se destinar exclusivamente à manutenção da vegetação nativa.

No entanto, a prática tem revelado inúmeras situações em que o Poder Público, notadamente a Administração, deixa de agir, se omite no cumprimento do seu dever de adotar as medidas necessárias à proteção ambiental, causando com isso diretamente danos ao meio ambiente ou permitindo que degradações ambientais se concretizem.

O parcelamento do solo em Área de Preservação é um processo que reclama a atuação permanente e incisiva da Administração Pública. Além do prejuízo ambiental, que é inerente, podem-se elencar outros, que, de maneira direta, acabam sendo influenciados diante do surgimento desses assentamentos urbanos informais, como é o caso, por exemplo, do prejuízo ao potencial turístico da região, que poderá ficar seriamente comprometido.

Em algumas regiões do país a omissão da administração pública tem contribuído com a ocupação irregular de Áreas de Preservação Permanente, sobre as quais incide a legislação de proteção ambiental, omissão esta, conforme pude constatar, que vem provocando o surgimento de várias demandas judiciais, ora para responsabilizar o ocupante poluidor ora para responsabilizar o Poder Público, na figura do próprio município, por não ter evitado tal fato, mediante a devida fiscalização e de modo a impedir a sua ocupação ilegal.

Como o caso posto a exame, essa inércia acarreta conflitos importantes, colocando em situação de rivalidade o direito ao meio ambiente e o direito à moradia, que não pode ser desconsiderado em face da proteção do meio ambiente, pois se trata, na mesma proporção deste, de um direito difuso, também alicerçado no interesse público.

Desse modo, torna-se imprescindível, no mínimo, a responsabilidade pela fiscalização da área de preservação permanente relativa à margem do rio, no trecho localizado em área urbana.

Nesse caso, a jurisprudência é corrente no sentido de que se impõe ao Município o dever de reparar o prejuízo ambiental ocorrido, por força da sua omissão, independentemente de a área ser de sua propriedade ou não:

A título de argumento, colhe-se o seguinte aresto jurisprudencial:

> Constitucional e meio ambiente. Dano ambiental e à segurança da navegação em área de preservação. Embarcação pertencente a particular. Poder de polícia da união federal. Responsabilidade de proteção e defesa do ecossistema afetado imputável ao ente público ante a inércia do particular em solucionar o problema. Art. 225 da constituição federal. 1. O Poder Público não se exime de sua responsabilidade na proteção e defesa do meio ambiente alegando a omissão do particular responsável pelo dano. Decorrência de seu poder de polícia e do dever imputado pela Constituição Federal. 2. Tem o ente público direito de regresso contra ofensor omisso para reaver o que despendeu na recomposição do dano causado. 3. Agravo improvido (TRF 1ª Região, AG 199801000976736, 3ª Turma Suplementar, rel. Juiz Convocado Julier Sebastião da Silva, DJU de 9.7.2001, p. 60).

Ainda, sobre o tema:

> Ação civil pública. Dano causado ao meio ambiente. Legitimidade passiva do ente estatal. Responsabilidade objetiva. Responsável direto e indireto. Solidariedade. Litisconsórcio facultativo. art. 267, IV do CPC. Prequestionamento. Ausência. Súmulas 282 E 356 DO STF. 1. Ao compulsar os autos verifica-se que o Tribunal a quo não emitiu juízo de valor à luz do art. 267 IV do Código de Ritos, e o recorrente sequer aviou embargos de declaração com o fim de pré questioná-lo. Tal circunstância atrai a aplicação das Súmulas nº 282 e 356 do STF. 2. O art. 23, inc. VI da Constituição da República fixa a competência comum para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que se refere à proteção do meio ambiente e combate à poluição em qualquer de suas formas. No mesmo texto, o art. 225, caput, prevê o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para às presentes e futuras gerações. 3. O Estado recorrente tem o dever de preservar e fiscalizar a preservação do meio ambiente. Na hipótese, o Estado, no seu dever de fiscalização, deveria ter requerido o Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo relatório, bem como a realização de audiências públicas acerca do tema, ou até mesmo a paralisação da obra que causou o dano ambiental. 4. O repasse das verbas pelo Estado do Paraná ao Município de Foz de Iguaçu (ação), a ausência das cautelas fiscalizatórias no que se refere às licenças concedidas e as que deveriam ter sido confeccionadas pelo ente estatal (omissão), concorreram para a produção do dano ambiental. Tais circunstâncias, pois, são aptas a caracterizar o nexo de causalidade do evento, e assim, legitimar a responsabilização objetiva do recorrente. 5. Assim, independentemente da existência de culpa, o poluidor, ainda que indireto (Estado-recorrente) (art. 3º da Lei nº 6.938/81), é obrigado a indenizar e reparar o dano causado ao meio ambiente (responsabilidade objetiva). 6. Fixada a legitimidade passiva do ente recorrente, eis que preenchidos os requisitos para a configuração da responsabilidade civil (ação ou omissão, nexo de causalidade e dano), ressalta-se, também, que tal responsabilidade (objetiva) é solidária, o que legitima a inclusão das três esferas de poder no polo passivo na demanda, conforme realizado pelo Ministério Público (litisconsórcio facultativo). 7. Recurso especial conhecido em parte e improvido (STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 604.725 - PR - 2003/0195400-5).

A presente discussão engloba os direitos humanos e meio ambiente e tem por finalidade a análise do instituto jurídico da proteção do mesmo, no que tange à ocupação irregular de Áreas de Preservação Permanente, por omissão do Poder Público em conservar e fiscalizar a sua preservação.

E, diante dessa inércia, o Poder Judiciário tem sido instado a resolver os conflitos surgidos entre a preservação do meio ambiente e o direito à moradia, que, como já dito acima, não pode

ser desconsiderado em face da proteção do meio ambiente, pois se trata, na mesma proporção deste, de um direito difuso, também alicerçado no interesse público.

O Centro de Estudos da Metrópole (CEM) enfatiza que cerca de 12.415.831 indivíduos em 932 municípios pesquisados vivem nos denominados assentamentos precários. Conforme o levantamento realizado, a precariedade dos assentamentos, variavam de habitação rústica, famílias em coabitação e com ônus excessivo de aluguel, habitações sem um dos cinco elementos básicos da infraestrutura (água, esgotos, coleta de lixo, energia, drenagem), com número de moradores superior a 3 pessoas por dormitório, ou moradias sem banheiro. Os municípios pesquisados pertenciam às regiões metropolitanas, como mais 150 mil habitantes em 2000 (MARQUES et al., 2007).

De acordo com Oliveira e Bueno (2009) diversos dos assentamentos precários no Brasil se encontram em áreas de preservação permanente, geralmente são planícies de inundação ou várzeas que sofrem enchentes naturais periódicas. Ressalta-se que o Código Florestal protege a as faixas lindeiras aos cursos d´água.

Quando as ocupações estão em cursos d'água geralmente não há muito o que fazer para minimizar os impactos, pois a vegetação é totalmente alterada comprometendo os ecossistemas associados a ela e compromete até mesmo a sobrevivência do próprio homem.

Os habitantes dessas localidades ficam expostos a esgoto; inundações; lançamento de esgoto na rede de drenagem; disposição de resíduos sólidos nas encostas e córregos; impossibilidade de limpeza e manutenção periódica de córrego e outros dispositivos de drenagem, sem remoção de moradores; entre outros problemas (MARQUES et al., 2007; OLIVEIRA e BUENO, 2009).

Os assentamentos precários, principalmente aqueles que estão próximos aos cursos d'água são nocivos aos moradores e a sociedade como um todo.

Neste contexto é relevante conhecer os diversos recursos e problemas existentes nos assentamentos precários para que se possa conciliar as habitações e o meio, em conformidade com a legislação ambiental e dessa maneira manter intactas as APPs.

Muitos dos assentamentos precários se originam da ocupação de terras devolutas ou de terrenos pertence a um individuo ou empresa ou grupo (privado ou público) que esteja inativa. Os indivíduos começam a se apropriar de pequenas frações, e gradativamente casas de madeiras ou tapumes vão surgindo, e logo se forma um novo bairro nos centros urbanos, sem qualquer planejamento ou infraestrutura básica. Consequentemente, depois de um determinado período de ocupação, as famílias que ali se fixaram, procuram os caminhos legais para consolidarem a posse da terra, o que é possível por meio da ação de usucapião especial coletiva.

Mas, alguns critérios são estabelecidos para que o juiz reflita e decida se concede ou não a posse pleiteada pelas famílias que fixaram e formarão um bairro sem o planejamento da prefeitura. Portanto, considera-se relevante salientar, brevemente, alguns aspectos relacionados a usucapião especial coletiva, tendo o estatuto da cidade como parâmetro referencial.

3 - O Estatuto da Cidade e a Usucapião Especial Coletiva

A Lei n.10.257/01 – Estatuto da Cidade, criou uma nova modalidade de usucapião – a usucapião especial coletiva de imóvel urbano, como se observa em seu artigo 10:

> Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis

> de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural [...] § 2º, O usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis (BRASIL, 2001).

Para Gonçalves (2009), essa inovação objetiva a regularização de áreas de favelas ou aglomerados residenciais sem condições de legalização do domínio. Ela atinge áreas com mais de 250m^2, sendo que a ocupação se dá por população de baixa renda sem que possam adquirir o imóvel por usucapião, haja vista que estará adquirida gleba em condomínio.

O Estatuto da Cidade em seu artigo 2º, inciso XIV evidencia claramente esse aspecto:

> Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: [...] XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, considerando a situação socioeconômica da população e as normas ambientais; [...] (BRASIL, 2001).

Nota-se que no caso da usucapião especial coletiva de imóvel urbano, a coletividade regulariza a ocupação e a área deve ser maior que 250m^2, diferente da usucapião especial urbana.

A esse respeito cita-se Albuquerque (2003):

> A usucapião de que cuida o Estatuto da Cidade apenas tem por objeto as áreas urbanas. Já a usucapião coletiva do Código tem ganas de abranger terrenos tanto urbanos quanto rurais. A primeira pressupõe que a área seja maior que duzentos e cinquenta metros quadrados, enquanto a segunda usa o conceito vago de "extensa área". Quis o legislador delegar à doutrina e à jurisprudência, sobretudo, a tarefa de definir o significado de uma extensa área, o que logicamente deve resultar na definição de parâmetros diversos para os centros populosos e os sítios interioranos.

Conforme Ribeiro (*apud* GONÇALVES, 2009, p.248), a usucapião coletiva é apenas uma espécie de usucapião urbana constitucional, que ostenta algumas facetas peculiares para "solucionar situações fáticas que encontravam obstáculos de natureza formal para consumação da prescrição aquisitiva".

Assim como nas outras formas de usucapião, alguns critérios/requisitos precisam ser preenchidos para que se possa possibilitar o pleito da ação. No caso da usucapião especial de imóvel urbano, a Lei n. 10.257/01 estabelece requisitos como: a posse da área deve ser realizada por um grupo de pessoas (população carente); a população deve ser de baixa renda (até três salários mínimos); o local servirá de moradia para a população posseira; o conhecimento dos lindes ocupados por cada indivíduo ou por sua família deve ser impossível ou bastante dificultoso; e, finalmente, os ocupantes não podem ser proprietários de qualquer outro imóvel urbano ou rural.

Em conformidade com Gonçalves (2009), a expressão "população de baixa renda" abrange a camada da população sem condições de adquirir, por negócio oneroso, simples imóvel de moradia, classificadas pelos economistas como pessoas que ganham menos de três salários mínimos de renda mensal média. Tal conceito pode variar conforme a região. Cabe ao juiz examinar caso a caso se os requerentes se encaixam no conceito indeterminado "baixa renda" usada pelo legislador, pois se trata de um conceito aberto, para permitir ao juiz um pensamento tópico, de solução do caso concreto.

A população deve ser de baixa renda. Muito embora não seja explicitado o conteúdo da expressão "população de baixa renda" pelo legislador, entende-se abrangida àquela camada da população que não possui condições de adquirir, por negócio oneroso, simples imóvel de moradia (LOUREIRO apud GONÇALVES, 2009, p.249).

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1228 § 4º diz que:

> § 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante (BRASIL, 2002).

A expressão "considerável número de pessoas", adotada pelo Código Civil/02 é tão imprecisa quanto à expressão "extensa área". Essas divergências dificultam apontar onde termina a discricionariedade e começa a arbitrariedade do magistrado que decidirá um impasse em um caso concreto de usucapião especial de imóvel urbano.

> Não há um limite do tamanho da área, devendo, contudo, superar duzentos e cinquenta metros quadrados. A área deve ser de propriedade particular, uma vez que é proibido usucapir terras públicas (artigo 183, § 3º da CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 e o artigo 102 do CÓDIGO CIVIL/02 e Súmula 340 do Supremo Tribunal Federal). Não se trata de terra bruta, mas sim ocupada por pessoas que vivem em barracos ou habitações precárias construídas com material frágil, até mesmo com coberturas improvisadas. Tendo em vista os parâmetros constitucionais, não se admite que cada um dos ocupantes receba parte ideal, conquanto possa ser diferenciada (artigo 10, § 3º do Estatuto da Cidade), superior a duzentos e cinquenta metros quadrados, extensão estipulada para moradia urbana, consoante se infere do preceito contido no caput do mencionado artigo 183 da Constituição Federal (RIBEIRO apud GONÇALVES, 2009, p.249).

Além disso, o Código Civil /02 não se preocupa com a classe social ou a capacidade econômica das pessoas que tomam posse (se são ou não pobres ou afortunadas, se são ou não carentes de um teto ou proprietários de outros imóveis). Basta que as numerosas pessoas tenham levantado obras e prestado serviços de interesse social e econômico de importância, que consista em tese de bom senso para o magistrado, ou seja, o direito de usucapir será reconhecido se esses dois pressupostos adicionais forem satisfeitos: se o aludido interesse for atual, ou seja, se estiverem em plena operacionalidade as obras e os serviços realizados, e se o respectivo complexo socioeconômico não puder ser deslocado sem grave sacrifício desse mesmo interesse (ALBUQUERQUE, 2003).

Tanto o Estatuto da Cidade como o Código Civil visam o sentido social da propriedade, diferindo-se apenas pelo fato de que na usucapião especial de imóvel urbano, os habitantes (a comunidade) tomam a iniciativa e pedem o domínio da área ocupada, com finalidade de moradia.

A Lei nº. 10.406/02 (Código Civil) determina que seja feita a desapropriação indenizando o proprietário que perde o domínio para a coletividade, cabendo ao juiz definir o quantum dessa indenização, o que não é previsto para a usucapião especial coletiva de imóvel urbano do Estatuto da Cidade, como se pode observar nos artigos supracitados:

> Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem querem que injustamente a possua ou detenha. § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e [...] § 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou

> interesse social [...] § 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa **indenização** devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidoresl (BRASIL, 2002).
>
> Art. 10 [...] § 2º a usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis. § 3º Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas (BRASIL, 2001).

Ainda se diferenciam pelo fato de que o Código Civil/02 se aplica tanto a imóveis urbanos como rurais, enquanto o Estatuto da Cidade refere-se apenas aos imóveis urbanos sem mencionar a boa-fé. Portanto, segundo o CC/02, se o proprietário não quiser perder a propriedade, deverá tomar a iniciativa ou fazer jus à indenização.

Venosa (2002, p. 205) ressalta esse contexto, como se pode observar: "apresenta-se sob a mesma filosofia e em paralelo ao art. 1.288, § 4º, do Novo Código Civil (...). Em ambas as situações encontraram a busca pelo sentido social da propriedade, sua utilização coletiva".

Quanto ao prazo, ambos os diplomas (o Estatuto da Cidade e o Código Civil de 2002) estabelecem o prazo de cinco anos da posse/moradia para que se possa requer a usucapião; sendo que na Lei nº. 10.406/02 deve-se atentar ao disposto no artigo 1228, § 4º, ou seja, os usucapientes devem ter realizados obras na área a ser usucapiada.

Cabe ao juiz, ao sentenciar a usucapião especial coletiva de imóvel urbano, decidir quem utilizará imóvel de modo mais útil à sociedade, e as obras e serviços mais importantes.

Como foi mencionado anteriormente, o juiz determinará a fração ideal para cada possuidor, que em princípio deve ser igual, e ainda o que é a baixa renda exigida pela lei para ter o direito ao domínio.

> Art. 10 [...] § 4º O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio (BRASIL, 2001).

O artigo da lei determina que o condomínio estabelecido pela usucapião especial de imóvel urbano é especial e indivisível, não havendo possibilidade de extinção.

Ramos (2004) diz que a primeira inovação processual advinda à ação de usucapião com o Estatuto da Cidade, foi que "na pendência da ação de usucapião coletiva, ficarão sobrestadas quaisquer outras ações, petitórias ou possessórias, que venham a ser propostas relativamente ao imóvel usucapiendo".

Quanto às partes que podem solicitar a ação de usucapião especial de imóvel urbano, a Lei n.10.257/01 em seu artigo 12 diz que:

> Art. 12. São partes legítimas para a propositura da ação de usucapião especial urbana: I – o possuidor, isoladamente ou em litisconsórcio originário ou superveniente; II – os possuidores, em estado de composse; III – como substituto processual, a associação de moradores da comunidade, regularmente constituída, com personalidade jurídica, desde que explicitamente autorizada pelos representados. § 1º Na ação de usucapião especial urbana é obrigatória a intervenção do Ministério Público. § 2º O autor terá os benefícios da justiça e da assistência judiciária gratuita, inclusive perante o cartório de registro de imóveis (BRASIL, 2001).

O Estatuto da Cidade prevê como parte legítima para propositura da ação de usucapião especial urbana, "como substituto processual, a associação de moradores da comunidade, regularmente constituída, com personalidade jurídica, desde que explicitamente autorizada pelos representados". Trata-se de inovação, permitindo legitimação para ocupação do polo ativo da ação de usucapião especial de imóvel urbano (GONÇALVES, 2009)

Na ação de usucapião especial coletiva de imóvel urbano, o rito processual é o sumário como verbaliza o artigo 14 do Estatuto da Cidade: "Art. 14. Na ação judicial de usucapião especial de imóvel urbano, o rito processual a ser observado é o sumário" (BRASIL, 2001).

O juiz, na sentença, atribuirá igual fração do terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um esteja ocupando, salvo hipótese de acordo escrita entre os condôminos; estabelecendo assim frações ideais, conforme artigo 10º, § 3º da Lei n.10.257/01 (GONÇALVES, 2009).

Entende-se que o Estatuto da Cidade, por meio de políticas urbanas, cria normas que possibilitam o uso/aproveitamento racional do solo urbano, dando a propriedade sua função social e objetivando melhoria da qualidade de vida em todas as suas dimensões. No entanto, algumas condições devem ser atendidas para que se pleitear a ação de usucapião especial de imóvel urbano.

4 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste breve estudo ficou claro que o Brasil ainda se depara com um enorme déficit habitacional. O governo federal por meio da politica nacional de habitação tem desenvolvido programas que visam assegurar, em especial a população de baixa renda, moradia digna. Pois, geralmente essa população reside em áreas denominadas (como) assentamentos precários, sem qualquer infraestrutura e geralmente construídos sobre áreas de preservação permanente.

Dentre os diversos programas desenvolvidos pela PNH estão o "Minha Casa Minha Vida", incluído no PAC, o qual tem investido na construção de conjuntos habitacionais, com a infraestrutura e saneamento ambiental necessários para se ofertar qualidade de vida aos moradores. E tais conjuntos habitacionais são construídos em áreas regulares, com planejamento e em conformidade com o plano diretor do município e com o Estatuto da Terra.

Ressalta-se que os programas habitacionais desenvolvidos pelas politicas habitacionais do país esbarram ainda num empecilho – a burocracia dos sistemas públicos. Os interessados para tomarem parte dos programas habitacionais, sejam construtores ou usuários, precisam preencher uma série de requisitos, como formulários diversos, inclusive relacionados à renda familiar. Os construtores, quando fazem uma alteração mínima precisam preencher todos os formulários novamente, informando as novas adequações/mudanças no projeto, para então terem o financiamento liberado. Enfim, os (empecilhos burocráticos redução à velocidade das obras,) bem como impedem a aquisição da moradia pela população de baixa renda.

O Programa Minha Casa Minha Vida, trata-se de um Programa direcionado as populações de baixa renda, tendo como princípio primordial consolidar a CF/88 e o Estatuto da Terra concernente ao acesso à moradia digna.

Consequentemente, a dificuldade de acesso à moradia, por parte da população carente, acaba induzindo os mesmos a formarem ocupações, construindo casas inadequadas, em áreas de preservação permanente, colocando em risco a vida e o meio ambiente. Essas ocupações acabam se transformando nos assentamentos precários, sem qualquer infraestrutura e saneamento ambiental, resultando em verdadeiros conflitos sociopolíticos.

Espera-se que este estudo, contribua com a compreensão dos assentamentos precários e da necessidade de se fortalecer cada vez mais a politica nacional de habitação, tendo como foco principal a população de baixa renda. Suprindo a necessidade de moradia dessa população, os problemas associados às moradias inadequadas, em áreas de risco ou de preservação permanente serão sanados em parte.

As questões que envolvem os assentamentos precários, em particular os localizados em APPs devem ser continuamente estudados, visando propostas, alternativas que transformem a realidade dos municípios que enfrentam tais problemas, e dessa maneira se construa e conquiste cidades mais justas e equilibradas para todos os cidadãos brasileiros.

REFERÊNCIAS

ACKERMANN, M. **A Cidade e o código florestal**. São Paulo: Plêiade, 2008.

ALBUQUERQUE, Marina Câmara. A usucapião coletiva no novo Código Civil. **Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003.** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4157>. Acesso em 23 jul. 2013.

BRASIL – Presidência da República – **Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001** – Estatuto da Cidade. Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10257.htm> Acesso 25 jul. 2013.

BRASIL – Presidência da República – **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002** – Código Civil. Disponível <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm> Acesso 25 jul. 2013.

BRASIL, Ministério das Cidades. **Guia para o mapeamento e caracterização de assentamentos precários.** Brasília: Ministério das Cidades Primeira impressão: Maio de 2010.

BRASIL, República Federativa do. **Lei n. 4.771, de 15 de setembro de 1965**. (Código Florestal). Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4771.htm>. Acesso em 25 jul. 2013.

BRASIL. **Programa Aceleração do Crescimento - PAC. Manual de Instruções Projetos Prioritários de Investimento - PPI Intervenções em Favelas**. Secretária nacional de Habitação e Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. Período 2007-2010.

BUCCI, M. P. D. (org.); GONÇALVES, A.; SALLES, C. A. de; DUARTE, C. S.; COUTO, C. DERANI, C.; AITH, F.; et al. **Políticas públicas:** reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUENO, L. M. M. O tratamento especial de fundos de vale em projetos de urbanização de assentamentos precários como estratégia de recuperação das águas urbanas. In **ANAIS I Seminário Nacional sobre regeneração ambiental das Cidades Águas Urbanas**. Rio de Janeiro, 5 a 8 dezembro de 2005.

BUENO, L. M. M. Parâmetros para a avaliação de vida urbana e qualidade habitacional em favelas urbanizadas. In ABIKO, A. K.; ORNSTEIN, S. W. (org.). **Inserção Urbana e Avaliação Pós-Ocupação (APO) da Habitação de Interesse Social.** São Paulo, Coleção HABITARE, 2002.

BUENO, L. M. M. **Projeto e Favela:** metodologia para projetos de urbanização. Tese de Doutorado, FAUUSP, São Paulo, 2000.

BUENO, L. M. M.; FREITAS, E. Plano integrado como método para intervenção em favela. In **Seminário Nacional sobre o tratamento de áreas de preservação permanente em meio ambiente e restrições ambientais ao parcelamento**, Anais, São Paulo, APPURBANA, 2007.

BUENO, L. M. M.; MONTEIRO, P. C.M.R. Planos Diretores, Aspectos Urbanísticos e Ambientais na Regularização Fundiária. In ROLNIK, R. et al. **Regularização fundiária de assentamentos informais urbanos.** Belo Horizonte, PUC-Minas Virtual, 2006.

CAIXA ECONÔMICA. **Programa minha casa minha vida** - Recursos FAR. Disponível em: <http://www1.caixa.gov.br/gov/gov_social/municipal/programas_habitacao/pmcmv/saiba_mais.asp> Acesso em 25 jul. 2013.

CÂMARA DE DEPUTADOS. **Déficit habitacional no Brasil é de 5,5 milhões de moradias.** Agencia Câmara de Noticias, 27/04/2011 22:50. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br> Acesso em 25 jul. 2013.

CARDOSO, F. J. **Ação Pública em terrenos urbanos de fundo de vale. Estudo de uma bacia hidrográfica do município de Alfenas**. Dissertação (Mestrado em Urbanismo). Programa de Pós Graduação em Urbanismo, PUC-Campinas, 2003.

CORDEIRO, C. J. **Usucapião constitucional urbano: aspectos de direito material.** São Paulo: Max Limonad, 2001.

DEMANBORO, A. C.; OLIVEIRA, G. O. Técnicas Ambientais Sustentáveis em Moradias de Interesse Social. **V Encontro Nacional de Engenharia e Desenvolvimento Social,** São Paulo, USP, 2008.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro.** Vol. V: direito das coisas. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro.** Vol. V: direito das coisas. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, josé Francisco; GUIMARÃES, Tomás de Aquino (org.). **Políticas públicas e desenvolvimento:** bases epistemológicas e modelos de análise. 2 ed. Brasília: Universidade de Brasilia, 2010.

KRAMBECK, T. I. **Revisão de sistema construtivo em madeira de floresta plantada para habitação popular.** Florianópolis: Universidade de Santa Catarina, 2006. (Dissertação de Mestrado, orientadora Carolina Palermo Szücs).

LIBOS, P. R. R. **Estudo das condições térmicas e luminicas em três habitações uni familiares no conjunto habitacional grande morada da serra** - Cuiabá - MT. Cuiabá, 2007. 122 p. Dissertação de Mestrado em Física e Meio Ambiente, 2007, orientado pela Profª. Marta Cristina de Jesus A. Nogueira.

LOUREIRO, F. E. apud GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro.** Vol. V: direito das coisas. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES, Eduardo (coord.); GOMES, S.; GONÇALVES, R.; TOLEDO, D.; MOYA, E.; et al. **Assentamentos precários no Brasil urbano.** Secretaria Nacional de Habitação / Ministério das Cidades / Cebrap no âmbito do Projeto PNUD BRA/00/019 – 2007. Disponível em: <www.centrodametropole.org.br/mc/assets/pdfs/assentamentos_web.pdf> Acesso em 25 jul. 2013.

MT Notícias. **Sorriso:** Municípios discutem Plano Estadual de Habitação. 26/11/2010 13:49 Agricultura. Disponível em: <http://mtnoticias.net/site/noticia/2204> Acesso em13 abr. 2012.

OLIVEIRA, G. O. **Assentamentos Precários em Áreas Ambientalmente Sensíveis. Políticas Públicas e Recuperação Urbana e Ambiental em Campinas. Dissertação**. Campinas, SP: PUC, 2009.

OLIVEIRA, G. O. de e BUENO, L. M. de M. Assentamentos precários em áreas ambientalmente sensíveis. **Arquitextos,** 114.00 ano 10, nov. 2009. Disponível em: <http://www.vitruvius.com.br/revistas/read/arquitextos/10.114/9> Acesso em 20 jul. 2013.

PELLEGRINO, P. R. M. Pode-se planejar a paisagem? In Paisagem e Ambiente: **Ensaios**, nº13, São Paulo, FAUUSP/Fapesp, 2000.

RAMOS, D. M. Principais inovações introduzidas pelo Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) na ação de usucapião especial urbano. **Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 331, 3 jun. 2004.** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5289>. Acesso 25 jul. 2013.

RIBEIRO, B. S. *apud* GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro.** Vol. V: direito das coisas. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIBEIRO, C. A. C.; SOUZA, H. E. M. de; BARBOSA, S. V. **Superpopulação e Sub-Habitação.** Programa das Nações Unidas para Assentamentos Humanos – Un-Habitat, 2003.

TUCCI, C. E. M. (org.). **Saneamento para Todos**. Ministério das Cidades / Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental Gestão de águas pluviais urbanas, Brasília, 2006.

VENOSA, S. de S. **Direito civil:** direitos reais.3 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

CAPÍTULO 15

O DIREITO A CIDADE COMO UM DIREITO HUMANO: O CONJUNTO ARQUITETÔNICO, PAISAGÍSTICO E URBANÍSTICO DE CÁCERES-MT

Elzira dos Santos Matos

Resumo: O presente artigo é fruto da dissertação de mestrado em Direito que teve por objeto a análise da legislação do tombamento do Conjunto Arquitetônico, Paisagístico e Urbanístico de Cáceres-MT e as ações empreendidas para sua preservação. Percebe-se que a esfera do tombamento municipal, estadual e federal não alterou a conservação do Conjunto Arquitetônico, Paisagístico e Urbanístico de Cáceres-MT. Há muito a realizar. Acredita-se no tombamento como instrumento fundamental para a preservação da memória e cultura brasileira, para tanto a teoria de Direitos Humanos é fundamental na compreensão da formação do Conjunto e para a preservação.

Palavras – chave: Patrimônio Histórico; Tombamento; Conservação; Preservação; Cáceres.

Introdução

O presente trabalho visa compreender a cidade, seus aspectos de moradia e convivência social, como um direito humano, em que as transformações sócias –econômicas - espaciais são frutos da relação homem e ambiente que mutuamente interferem nas mudanças e perspectivas referentes às cidades, reconhecendo como um bem cultural e tendo o patrimônio histórico como construção de sua sociedade. Nesse contexto estudaremos o Conjunto Arquitetônico, Paisagístico e Urbanístico de Cáceres-MT.

O patrimônio constitui acervo e memória da história urbana, em que o legado construído e sua dimensão espacial possibilitam a identificação dos membros da sociedade com o ambiente artificial. Mas a cidade também é objeto de estudo do direito, através das legislações que regulamentam as atividades e a gestão urbana, bem como os procedimentos legais para as intervenções urbanísticas pensadas para as cidades com tombamentos.

O processo de tombamento e preservação das áreas tombadas está intimamente associado a dinâmica das transformações na cidade, fruto de múltiplas relações e regulações, em que o direito a cidade fundamenta-se nas normas jurídicas que regulamentam a estrutura urbana e convívio dos munícipes. Pensar e compreender a cidade são tarefas multidisciplinares que possui diversos “olhares”, tais como o Direito, a História, a Geografia, a Sociologia etc. que conjuntamente formam o Direito Urbanístico, nesta seara que visamos analisar o Direito a cidade tombada como um direito humano, fruto do desenvolvimento teórico dos Direitos Humanos e da aplicabilidade do Direito Urbano.

Com o Estatuto da Cidade e os Planos Diretores dispõem sobre a necessidade de preservação do bem coletivo, onde a política urbana deve investir na acessibilidade ao direito a cidade, em detrimento em alguns casos das liberdades individuais. Ao longo do tempo percebemos que esse entendimento pouco tem avançado em que as cidades crescem de forma desordenada afetando a justiça social no contexto urbano e especialmente nas cidades tombadas a sensação

de desamparo e desconhecimento de como utilizar essas áreas é marcante. É nesse contexto que analisaremos o Direito a Cidade na perspectiva dos Direitos Humanos.

O Desenvolvimento Urbano tem por objetivo ordenar o desenvolvimento e possibilitar o bem-estar de sua população, em uma perspectiva constitucional. Na atualidade o desenvolvimento das cidades focou suas análises apenas na questão econômica, surgindo populações e áreas excluídas nesse processo. Percebemos que os locais tombados, frutos de um momento histórico, são considerados economicamente um obstáculo na utilização do espaço urbano.

Os Planos Diretores e o Estatuto da Cidade devem garantir a participação dos cidadãos nas decisões que afetem o direito a cidade. Preveem essas legislações alguns instrumentos coercitivos para o acesso ao bem-estar coletivo como: IPTU progressivo no tempo, reordenamento urbano, parcelamento e edificação compulsórios etc.

2 - As cidades e o Direito.

Cidades com grande concentração populacional é uma realidade das últimas décadas do século XX, mas a maioria das cidades históricas surgiu oriunda de características econômicas do final do século XIX e do XX, onde conjuntos arquitetônicos e paisagísticos foram construídos. As desigualdades econômicas e sociais são menos percebidas em cidades pequenas, o que não significa que deixaram de existir, onde o direito a cidade está relacionado ao acesso a moradia, a preservação do conjunto tombado como processo de manutenção da memória coletiva e do bem-estar social.

No direito internacional as discussões sobre cidades ampliaram-se após a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada no Rio de Janeiro em 1992, que deu origem a Agenda 21, consolidada em 1996 na Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos – Habitat II, criando a Agenda Habitat, cuja temática do desenvolvimento humano é obrigatória nos principais encontros da atualidade.

O início das discussões sobre as cidades foram frutos das questões levantadas pelo Brasil, no qual a rápida urbanização e suas consequências negativas provocaram a participação da população e preocupação dos gestores, inserindo o desenvolvimento urbano na pauta de discussão política nas últimas décadas do século XX. Com isso a política urbana tornou-se um capítulo da Constituição Federal de 1988, regulamentada com o Estatuto da Cidade em 2001, que estabelece a obrigatoriedade dos Planos Diretores para Municípios com mais de Vinte mil habitantes.

O Estatuto da Cidade, lei nº 10.257/2001, que estabelece as diretrizes da política urbana no Brasil, em que prevê o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, ao serviço público de qualidade e transporte, ao lazer, ao trabalho, em um caráter intergeracional – para a presente e futuras gerações, devendo todos ter acesso a esses direitos de forma igualitária.

A evolução e apropriação jurídica do conceito de cidade provocou a nível nacional e internacional a regulamentação jurídica e conceitual sobre o tema, considerando o direito a cidade com um direito humano, fundamental a todos, é essencial à busca de modelo jurídico de cidade para o bem-estar coletivo.

3- A cidade como Meio ambiente Artificial e Cultural.

O direito ao patrimônio cultural está relacionado à terceira geração de Direitos Fundamentais, vinculados aos princípios de fraternidade e solidariedade (SARLET, 1998). Constituem direitos transindivíduais, cuja titularidade estabelece que seja difusa e coletiva relacionada também ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O Meio ambiente Cultural é protegido pela Constituição Federal de 1988, estabelecendo a competência para sua preservação ao Poder Público e a sociedade. Devem efetuar a proteção do patrimônio através de procedimentos de inventários, desapropriação, vigilância, registros e tombamento, este último é o mais conhecido destes.

O desenvolvimento urbano em relação ao meio ambiente cultural permeia os aspectos de crescimento econômico local, onde a aceitação dos locais e imóveis tombados nem sempre são constantes, competindo ao poder público preservar sua existência e a manutenção da memória coletiva.

Passamos por uma crise conjuntural e complexa, fruto da globalização econômica, de um modelo de desenvolvimento transnacional que tem por consequências sociais negativas o aumento das desigualdades, que se perfazem nos espaços urbanos sob as formas de desigualdades econômicas, sócio espacial, política e ambiental, o Direito continua a ser importante instrumento para o combate às desigualdades, pois deve servir como "vetor" para a implementação de políticas que venham a garantir o acesso à moradia digna, à circulação digna, ao trabalho, aos serviços de infraestrutura essenciais à sadia qualidade de vida, o acesso aos equipamentos públicos e aos espaços de lazer, à proteção ao meio ambiente, ao patrimônio histórico-cultural, à biodiversidade, a sócio diversidade (DIAS, 2009).

O processo de produção econômica no espaço urbano atende as necessidades de acumulação capitalista, onde a política de preservação do Meio Ambiente Cultural, em especial o tombamento é utilizado conforme os interesses do capital, atribuindo novas relações de valor, despertando o interesse ou a necessidade de promover o desenvolvimento dos locais tombados. As relações entre valor dos espaços urbanos, acessibilidade e uso alteram-se: porque surgem novos usos, onde o Meio Ambiente Cultural material também passa por essas mudanças de usos e especulações.

O Estatuto das Cidades, Lei 10.257/2001, destaca o desenvolvimento urbano como: garantia do direito a cidades sustentáveis; direito a terra urbana; à moradia, ao saneamento ambiental; à infraestrutura urbana; ao transporte e aos serviços urbanos; ao trabalho e ao lazer; gestão democrática das cidades; cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização; planejamento do desenvolvimento da cidade; ordenação e controle do uso do solo; justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização; adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano; proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural, construído, cultural, artístico, paisagístico, histórico e arqueológico, e outros, previstos no artigo 2º, incisos e alíneas.

Zelar pelo espaço citadino é importante porque ele comporta os aspectos artísticos, culturais e paisagísticos de um determinado povo e isso quer dizer que o meio ambiente urbano é a roupagem com que as cidades se apresentam a seus habitantes e visitantes. Será tão mais atraente quanto mais constitua uma transformação cultural da paisagem natural do seu sítio, e tanto mais agressiva quanto mais tenham violentado a paisagem natural, sem acrescentar-lhe valor humano algum (SILVA, 2006).

4 – Os Direitos Humanos: algumas análises conceituais.

O Estatuto da Cidade utiliza os interesses e necessidades coletivos em detrimento dos individuais, na busca de uma justiça social urbana. Relacionando está primazia com os conceitos utilizados na teoria de Immanuel Kant, tais como justiça social, direito e o direito à cidade, identificando suas possibilidades de efetivação nas questões urbanas.

O Direito a Cidade, em sua garantia, não está relacionado apenas às medidas sancionadoras, é necessário, mudanças de percepções sociais, em uma movimentação urbana e social em que a Carta Mundial pelo Direito a Cidade compreende que a cidade é um espaço coletivo culturalmente rico e diversificado que pertence a todos os habitantes, conforme art. 1º e 3º.

No livro A Metafísica dos Costumes, de Kant, a ideia de justiça está relacionada ao conceito de liberdade, afirmando que compete ao Direito auxiliar na coexistência das liberdades individuais e na proteção do interesse da coletividade, em que bem-estar coletivo sobrepõe os direitos individuais.

No capítulo sobre "As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível", parte do livro Dimensões da dignidade destaca o texto as diversas dimensões da dignidade da pessoa humana, visando compreender a abrangência de seu conceito para a ordem jurídica (SARLET, 1998).

A dimensão ontológica, mas não necessariamente biológica da dignidade, cumpre ressaltar inicialmente que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, qualidade integrante da condição humana. Silva compreende a dignidade como forma de comportamento, admitindo atos dignos e indignos, constituindo atributo intrínseco da pessoa humana, conforme estabelece também o artigo 1º da ONU/1948: Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade (SILVA, 2006).

Considera Miranda o ponto em comum entre todos os homens o fato de serem dotados de razão e consciência. Assim o Tribunal Constitucional da Espanha e a doutrina alemã consideram a dignidade como um valor espiritual do ser humano. Verificamos que o entendimento sobre a dignidade da pessoa humana, a partir da Declaração Universal da ONU está relacionado ao pensamento Kantiano, centrado na autonomia e no direito à autodeterminação da pessoa.

A dignidade e a intersubjetividade: a dimensão comunicativa e relacional da dignidade da pessoa humana como o reconhecimento pelo (s) outro (s), mesmo sustentando que a dignidade da pessoa humana está centrada a condição humana de cada indivíduo não podemos desconsiderar a dimensão comunitária da dignidade de cada pessoa e de todas as pessoas.

Consideram Luño, Moderne e Loureiro que a dignidade da pessoa humana, em caráter intersubjetivo e comunitário, está relacionada a um conjunto correlato de direitos e deveres, em que corresponde a complexidade de direitos e deveres fundamentais da pessoa humana na sociedade e Estado contemporâneo. Arendt considera que ordem jurídica deve zelar para que todos recebam igual consideração e respeito por parte do Estado e da comunidade, e na dimensão política da dignidade, em que a pluralidade pode ser considerada a condição da ação humana e da política. Habermas considera que a dignidade da pessoa, numa concepção moral e jurídica, encontra-se vinculada a simetria das relações humanas, em que no espaço público da comunidade da linguagem – o ser natural se torna indivíduo e pessoa dotada de racionalidade (SARLET, 2013).

Tais concepções da dignidade da pessoa humana saíram da visão meramente especifista / biológica para a dignidade de todos os seres humanos. É a dimensão intersubjetiva da dignidade da pessoa que surge como tese complementar a tese biológica / ontológica, em que a noção de dignidade como produto do reconhecimento da essencial unicidade de cada pessoa humana e do fato de esta ser credora de um dever de igual respeito e proteção no âmbito da comunidade humana.

A dignidade como construção: a indispensabilidade de uma perspectiva (e, portanto, contextualização) histórico-cultural da dignidade; reconhecemos que o conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana, na sua condição de conceito jurídico-normativo, reclama uma constante concretização e delimitação da práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais.

Apresenta a dignidade da pessoa não apenas como algo inerente a natureza humana, mas também possui a dignidade um sentido cultural, fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade como um todo. Devemos distinguir a dignidade humana, reconhecida a todos os seres humanos, independente de sua condição, e a dignidade da pessoa humana, no contexto do seu desenvolvimento social e moral. Não é tarefa dos direitos fundamentais assegurar a dignidade e sim as condições para a realização da prestação.

A dignidade como limite e como tarefa: a dupla dimensão negativa e prestacional da dignidade; sustenta-se que a dignidade possui uma dimensão dúplice, que se manifesta enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana, bem como da necessidade de sua proteção por parte da comunidade e do Estado, especialmente enquanto fragilizada ou quando ausente a capacidade de autodeterminação.

Embasada no pensamento de Dworkin percebemos a dificuldade de explicar um direito à tratamento com dignidade daqueles que, dadas às circunstâncias, ainda assim devem receber um tratamento digno. Assim a dignidade da pessoa humana é limite e tarefa dos poderes estatais, bem como da comunidade em geral, no qual cumpre tutelar, assegurando por meio de medidas positivas o devido respeito e promoção.

Da forma minimalista do homem-objeto para uma conceituação analítica, necessariamente aberta e complexa, possível da dignidade da pessoa humana; em que a busca de uma definição esbarra na dificuldade de especificar dimensões gerais e abstratas da dignidade, restando muitas vezes a conceituação a casos concretos, característica dos direitos fundamentais. Dürig considera que a dignidade seria afrontada no momento em que a pessoa fosse rebaixada a um objeto, coisa, desconsiderada como um sujeito de direitos.

Percebemos que quando não houver respeito pela vida e integridade física e moral do ser humano, onde não houver limitação do poder, em que a liberdade e a autonomia, a igualdade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá a dignidade da pessoa humana.

Na perspectiva do Direito, segundo Moraes, são princípios concretizadores da dignidade humana a: igualdade, liberdade, integridade física e moral e da solidariedade, em que se encontram vinculados aos direitos fundamentais. Na ordem jurídico-constitucional a figura do homem-objeto constitui a antítese da dignidade da pessoa humana, sem a intenção de reduzir ou minimizar as dimensões da dignidade da pessoa humana.

Dworkin retoma ao pensamento de Kant para considerar que o homem não pode ser tratado como objeto, onde a intenção de instrumentalizar o outro, como homem-objeto, é contrário a dignidade da pessoa humana. Utiliza o autor o conceito da dignidade da pessoa humana como a

qualidade intrínseca e distinta reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando um conjunto de direitos e deveres fundamentais que viabilizem a vida digna e o não tratamento desumano e degradante. A necessária secularização e universalização da dignidade num contexto multicultural – por uma concepção "não" fundamentalista da dignidade.

Em uma contextualização histórico-cultural da dignidade da pessoa humana questionamos até que ponto a dignidade da pessoa humana está acima do contexto cultural ou seria possível uma conceituação de dignidade única para todos? Souza Santos considera que conceito de dignidade da pessoa humana é especificamente ocidental, e de Direitos Humanos, no qual através da hermenêutica diatópica – onde haveria diálogos interculturais constantes, ampliando a consciência da incompletude do tema.

5 - A Cidade e os Direitos Humanos: O tombamento.

O tombamento é a declaração pelo Poder Público do valor histórico, arquitetônico, paisagístico, turístico, cultural ou científico de coisas ou locais que, por essa razão, devam ser preservados, de acordo com a inscrição em livro próprio (MEIRELLES, 2007). É uma medida administrativa cujo objetivo é a preservação dos bens tombados.

Tanto pode ser realizado em âmbito federal, pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN, como pode ser proveniente de ato estadual ou municipal. Na verdade, um bem pode ser tombado simultaneamente em âmbito local, regional ou nacional. O inventário consiste em uma espécie de cadastro dos bens culturalmente valorados. No que tange ao patrimônio material, consiste em buscá-los, tanto nas coletividades quanto nos locais privados, e descrevê-los, de forma a ter sua existência verificada. Alguns doutrinadores que acreditam tratarem-se as leis n. 6.513/77 (que determina, no artigo 6º, o inventário de áreas de interesse turístico) e n. 6.938/81 (que estabelece a Política Nacional do meio ambiente, determinando o inventário de algumas áreas específicas no artigo 9º) sobre a matéria, o país carece de lei específica que fundamente o inventario de bens culturais materiais. Assim, cabe aos Municípios e aos Estados-membros preencherem essa lacuna através da edição de leis locais e regionais.

Quanto à competência material, de fiscalização, prevenção e recuperação do patrimônio, a competência é comum entre todos os entes da União, segundo artigo 23, incisos III, IV e V. Como o artigo 23 não delimitou o que cada ente estatal deve fazer, parte minoritária da doutrina acredita na chamada avaliação estimativa, sendo a importância do bem - respectivamente nacional, regional ou municipal - o que decidirá qual ente federativo deve tutelá-lo. Uma questão a ser analisada é sobre a infraestrutura dos municípios menores, que são os que geralmente possuem maior acervo cultural, para fazer a devida preservação, uma vez que carecem de profissionais habilitados para tanto.

6 - O Direito a Cidade como um Direito Humano: Conjunto Arquitetônico, paisagístico e urbanístico de Cáceres-MT, algumas considerações.

Fundada pelo tenente de Dragões Antônio Pinto Rego e Carvalho, por determinação do quarto governador e capitão-general da capitania de Mato Grosso, com o nome de Vila Maria do Paraguai, que em 6 de outubro de 1778, hoje denominada de Cáceres. Surgiu como entreposto comercial entre as Vilas de Cuiabá e Vila Bela da Santíssima Trindade. Em 1874 foi elevada à

categoria de cidade, com o nome de São Luiz de Cáceres, em homenagem ao padroeiro e ao fundador da cidade. Em 1938, o município passou a se chamar apenas Cáceres (MENDES, 1992).

O povoado teve como motivos para fundação: a necessidade de defesa e incremento da fronteira sudoeste de Mato Grosso e à comunicação e o comércio entre a capital da Capitania – Vila Bela e Cuiabá, cujo percurso ia dos rios Cuiabá ao Paraguai. No decorrer de seus mais de duzentos anos o município de Cáceres passou por diversos momentos em suas atividades políticas e econômicas, favorecendo o desenvolvimento urbano e arquitetônico local (UNEMAT, 2011).

O tombamento do conjunto urbanístico e paisagístico da cidade de Cáceres - MT, apresentado pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Iphan foi aprovado pelo Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural em dezembro de 2010 e pelo decreto nº 85 de 22 de junho de 2012. Compete ao Departamento de Patrimônio Material e Fiscalização – Depam/ Iphan a proteção federal para o município mato-grossense, destacando os valores históricos, urbanísticos e paisagísticos de Cáceres, onde percebemos a relação entre os processos naturais e sociais, destacando o Rio Paraguai, na espacialidade do ambiente urbano e sua interação com o meio ambiente natural e cultural.

Considerações Finais:

O bem que compõe o meio ambiente cultural, traduz a história de um povo, a sua formação, cultura e, portanto, os próprios elementos identificadores de sua cidadania, que constitui princípio fundamental norteador da República Federativa do Brasil (FIORILLO, 2009). Questões em relação ao discurso jurídico sobre Meio ambiente Cultural e os Direitos Humanos são fundamentais para compreender o desenvolvimento urbano de Cáceres.

Ao analisarmos o tombamento do Conjunto Arquitetônico, Paisagístico e Urbanístico de Cáceres-MT com a teoria apresentada percebemos que muito vem transformando as questões que envolvem a cidade, outrora mera decisão dos Gestores e na atualidade uma pequena participação da população, fruto de discussões apresentadas a nível internacional.

A cidade como Direitos Humanos está relacionada aos princípios de fraternidade, solidariedade e dignidade da pessoa humana, fomentando a ideia de bem-estar coletivo.

A cidade, o Meio Ambiente Artificial, como bem cultural é fruto de transformações sócio – econômicas, em que o instrumento do tombamento favorece a preservação e proteção dos bens da coletividade. Assim compreendemos a importância da Cidade com áreas de tombamento como parte fundamental dos Direitos Humanos de sua sociedade e de todos.

Referências Bibliográficas:

DIAS, Daniella Maria dos Santos. **Planejamento e desenvolvimento urbano no sistema jurídico brasileiro: óbices e desafios**. Curitiba: Juruá, 2012.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 12ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33ª edição atualizada. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

MENDES, Natalino Ferreira. Efemérides Cacerenses. V.1, Brasília, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**. 2 ed, revista e ampliada. Porto alegre: Livraria do Advogado, p. 15-43, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2006.

SIQUEIRA, Elizabeth Madureira. **História de Mato Grosso: Ancestralidade**. Cuiabá – Mato Grosso. Entrelinhas, 2002.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

UNEMAT. **História e Memória Cáceres**. Cáceres. UNEMAT, 2011.

CAPÍTULO 16

O DIREITO À MORADIA E AS ÁREAS DE PROTEÇÃO PERMANENTES EM CÁCERES/MT

Evely Bocardi de Miranda Saldanha

A população brasileira conta com cerca de 190.732.694 pessoas e 84,35% desses brasileiros vivem em áreas urbanas, segundo o Censo do IBGE-2010.[68]

Segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD-2012), o Brasil enfrenta sérios problemas na área de habitação. Havia um déficit de moradia de 8,53% em 2012, o que representava 5,24 milhões de residências, e 76,6% do déficit é composto por domicílios com famílias, com renda de até três salários mínimos, o que corresponde a 3.859.970 de famílias[69]. Cerca de 70% da população brasileira tem rendimentos de até três salários mínimos[70], portanto, a parcela de indivíduos com menor renda da sociedade é a mais afetada.

O município de Cáceres, por sua vez, tem uma população de 87.942 habitantes, segundo Censo do IBGE-2010, o qual estimou que em 2014 estaria com uma população de 90.106 habitantes, e, com incidência de pobreza de 39,02%[71]. Em 2011 "a estimativa é de que o déficit habitacional em Cáceres chega a 8 mil casas"[72].

A deficiência habitacional transpõe questões quantitativas, vez que aqueles que têm acesso à moradia, não gozam de um ambiente habitacional saudável com o mínimo de qualidade como: sistemas de esgoto, ausência de adensamento humano nas moradias, em áreas de risco, entre outros.

Enfatiza-se que historicamente a população brasileira em sua maioria compõe-se de famílias com baixa renda o que dificulta e, por vezes, impede o acesso à moradia digna, "cabendo ao poder estatal promover a garantia do direito à moradia para os cidadãos brasileiros, utilizando-se de programas e planos de ação que criem mecanismos de inclusão social ao exercício do direito à moradia"[73].

O direito à moradia é um dos núcleos que permite a consecução da dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual foi inserido no rol dos direitos humanos, desde a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o que inaugurou uma nova dimensão de direitos sociais em prol de uma vida digna.

---

68 IBGE Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censo 2010: população do Brasil é de 190.732.694 pessoas. Disponível em:<http://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo?view=noticia&id=1&idnoticia=1766&t=censo-2010-populacao-brasil-190-732-694-pessoas> Acesso em 15 nov. 2014.

69 IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Estudo aponta redução no déficit habitacional no país. 25/11/2013 08:10. Disponível em:<http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=20656> Acesso em 15 nov. 2014.

70 IBGE Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Brasil em síntese. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/brasil_em_sintese/default.htm> Acesso em 15 nov. 2014.

71 IBGE Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Mato grosso Cáceres. Cidades@, 2010. Disponível em: <http://www.cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?lang=&codmun=510250&search=mato- Grosso|Cáceres|infográficos:-informacões-completas> Acesso em 18/11/2014.

72 Cáceres Governo Municipal. Túlio Fontes assina adesão ao PAC 2 Habitação e Cáceres poderá ter mais 2 mil casas populares. Publicada em 29/09/2011 10:24:00. Disponível em: <http://www.caceres.mt.gov.br/Noticia/1215/tulio-fontes-assina-adesao-ao-pac-2-habitacao-e-caceres-podera-ter-mais-2-mil-casas-populares-#.VGuxBzTF808> Acesso em 15 nov. 2014.

73 RANGEL, Helano Marcio Vieira; DA SILVA, Jacilene Vieira. O direito fundamental à moradia como mínimo existencial, e a sua efetivação à luz do estatuto da cidade. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 6, n 12 p. 57-78, julho-dezembro, 2009.

Após a inserção do direito à moradia no rol dos direitos humanos, o sistema internacional passou a protegê-lo numa série de tratados e convenções internacionais, obtendo pleno reconhecimento de sua importância como direito básico e essencial a uma vida humana.

O Estado Brasileiro reconheceu a importância do direito de acesso à moradia quando previu o direito à moradia em seu texto constitucional, como direito social fundamental. E, ainda, o Estatuto da Cidade – Lei Federal nº 10.257/2001[74] – prevê o direito à moradia, como sendo um dos objetivos da política urbana.

Do mesmo modo, no âmbito do município de Cáceres/MT, as diretrizes e os objetivos previstos na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade foram contemplados no Plano Diretor do Município – Lei Complementar Municipal nº 90/2010 –, que em seu art. 81, inciso VI, garante "o acesso à moradia digna, com a ampliação da oferta de habitação para as faixas de renda média e baixa"[75].

Contudo, o que se constata, diante da realidade brasileira, é um descompasso, vez que é assegurado o direito à moradia, porém, a população está longe de gozá-lo e de ter acesso à moradia dignas.

Para Ferreira et al., a demanda por moradias jamais foi atendida de maneira satisfatória, fazendo com que a população de baixa renda busque terrenos urbanos de baixos preços, longe do centro urbano, nas piores localizações, sem infraestrutura básica (luz, água, esgoto, coleta de lixo) e, ainda, em locais inadequados para uso urbano, geralmente em áreas de risco, áreas "livres", ou seja, destinadas à proteção ambiental (drenagens naturais, da fauna e flora, etc.), agravando os problemas socioambientais das cidades[76].

Vale ressaltar que a maioria das cidades brasileiras, assim como Cáceres-MT, é marcada pela ocupação espontânea ou irregular, sem planejamento urbano, o que inviabiliza a manutenção da infraestrutura urbana. A cidade é elemento essencial na promoção da qualidade de vida e na efetivação do desenvolvimento sustentável, integrando o desenvolvimento econômico e social à proteção ambiental.

A expansão urbana de Cáceres aconteceu à margem esquerda do Rio Paraguai sem qualquer preocupação ambiental, e, em razão da "localização estratégica da cidade, próxima ao rio Paraguai propiciou uma relação histórica entre a população e o rio que perdura até os dias atuais, principalmente do ponto de vista econômico e social"[77].

A ocupação e formação da cidade de Cáceres, as margens do rio Paraguai, evidenciam problemas ambientais, que acompanharam a sua evolução socioeconômica, e com o passar dos anos, o processo acelerado de urbanização e crescimento populacional, fez com que a cidade avançasse mais ainda em direção à margem do rio, sem qualquer planejamento e fiscalização do Poder Público.

O crescimento desordenado da população urbana do município de Cáceres em direção à margem do rio tem gerado muitos problemas ambientais como contaminação da água, desmatamento e assoreamento do leito do rio, entre outros, vez que as margens do rio Paraguai

74 BRASIL, República Federativa do. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 15 nov. 2014.

75 CÁCERES. Lei Complementar n. 90/2010, de 29 de dezembro de 2010.Institui a atualização do Plano Diretor de Desenvolvimento do Município de Cáceres, nos termos do artigo 182 da Constituição Federal de 1988, do capítulo III da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 - Estatuto da Cidade - e do Título IV, Capítulo V da Lei Orgânica do Município de Cáceres.

76 FERREIRA, Daniela Figueiredo; SAMPAIO, Francisco Edison; SILVA, Reinaldo Vieira da Costa Silva; MATTOS, Sílvio Costa Mattos. Impactos socioambientais provocados pelas ocupações irregulares em áreas de interesse ambiental Goiânia/GO. UCG, 2004. Disponível em: <http://www2.ucg.br/nupenge/pdf/004.pdf> acesso 25 out. 2014.

77 DA SILVA, Rosimeire Vilarinho; DE SOUZA, Celia Alves. Ocupação e degradação na margem do rio Paraguai, Mato Grosso. Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional, v.8, n 1, p 125-152, Jan-abr. 2012, Taubaté/SP.

no perímetro urbano encontram-se totalmente ocupadas por ruas, loteamentos residenciais, áreas de recreação, comércio, indústrias, ancoradouros e a área portuária, não se respeitando a legislação, uma vez que se trata de áreas de proteção ambiental.

De acordo com Andrade e Romero, "na maioria das cidades brasileiras, as margens dos rios são ocupadas por populações de baixa renda representada por assentamentos informais em função de sua exclusão de áreas urbanizadas"[78], diferentemente do ocorre com na ocupação as margens do rio Paraguai em Cáceres, que são ocupadas por pessoas de elevado poder aquisitivo, e, tornou-se, portanto, um grande atrativo imobiliário[79].

Contudo, no entorno dessas margens encontramos uma população de baixa renda, num espaço sem saneamento e sem infraestrutura adequada, em algumas áreas os moradores locais já se encontram excluídos das áreas marginais, que dão acesso ao rio, mas também em áreas de preservação ambiental.

Souza salienta que "as áreas de preservação permanente (APPs) são constantemente ocupadas de modo irregular pela população, seja para estabelecimento de moradia, seja para desenvolvimento de atividades econômicas empresariais"[80].

Nota-se que Cáceres é marcada pela ocupação espontânea ou irregular, sem planejamento urbano e sem fiscalização do Poder Público, normalmente em áreas de conservação ambiental, ou seja, as áreas de preservação permanente (APP). Em relação à ocupação das APPs importante destacar as palavras de Pussinini:

De uma maneira geral, o crescimento urbano depreda e inibe a expansão das áreas de preservação permanente e, mesmo quando protegidas por lei, muitas vezes, encontram-se brechas legislativas que só beneficiam aquele que se apropriou da área, ou seja, o sistema tende a privilegiar sempre o depredador, pois a verdade é que o interesse dos grupos econômicos continua prevalecendo e influenciando a ação do Estado e da implantação de políticas públicas mais justas no que toca aos assuntos ambientais[81].

Salienta-se as palavras de Souza ao lembrar que:

> As Áreas de Preservação Permanente têm se tornado alvo frequente das ocupações irregulares, seja por sua vulnerabilidade, ou por seu ínfimo 'valor econômico [...] são frequentemente ocupadas por parte da população na busca por "abrigo" e também por empresários que anseiam por maiores espaços para seus empreendimentos[82].

Ainda hoje, nota-se que na busca por moradia, alguns princípios constitucionais são descumpridos, o que acaba por comprometer a ordem e a organização da sociedade, bem como o meio ambiente, principalmente com as ocupações espontâneas.

78 ANDRADE, L. M. S.; ROMERO, M. A. B. A importância das áreas ambientalmente protegidas nas cidades. In: Encontro Nacional da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Planejamento Urbano e Regional ANPUR, 9., 2005. Salvador. Anais eletrônicos... Salvador: ANPUR, 2005. Disponível em:<http://vsites.unb.br/fau/pesquisa/sustentabilidade/pesquisadores/Alberto/curr%EDculo%20liza/1.pdf>
Acesso em 14 fev2015.

79 DA SILVA, Rosimeire Vilarinho; DE SOUZA, Celia Alves. Ocupação e degradação na margem do rio Paraguai, Mato Grosso. Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional, v.8, n 1, p 125-152, Jan-abr. 2012, Taubaté/SP.

80 SOUZA, Frank Pavan de. Ocupações irregulares em Áreas de Preservação Permanente: um estudo de caso no município de Campos dos Goytacazes, RJ. Boletim do Observatório Ambiental Alberto Ribeiro Lamego, Campos dos Goytacazes/RJ, v. 4 n. 1, p. 37-56, jan. /jun. 2010.

81 PUSSININI, Nilmar. A gestão urbana e ocupação em áreas de preservação permanente na cidade de Guarapuava (PR): o caso do arroio do Carro Quebrado. Ambiência Guarapuava (PR) v.7 n.1p.133 - 153 jan. /Abr. 2011.

82 SOUZA, Frank Pavan de. Ocupações irregulares em Áreas de Preservação Permanente: um estudo de caso no município de Campos dos Goytacazes, RJ. Boletim do Observatório Ambiental Alberto Ribeiro Lamego, Campos dos Goytacazes/RJ, v. 4 n. 1, p. 37-56, janeiro- junho 2010.

As APPs são um dos instrumentos legais de controle ambiental, protegidas por lei, que têm "função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas. Seus principais objetivos são proteger o solo e o regime hídrico do imóvel".[83]

O início da preocupação ambiental deu-se com a promulgação da Constituição Federal de 1934, que em seu art. 10 previu como dever da União "proteger belezas naturais e monumentos de valor histórico e artístico [...]"[84], e, nesse mesmo período foi instituído o Código Florestal (Decreto n. 23.793/1934)[85] que estabeleceu as florestas protetoras como áreas a serem protegidas, as quais tinham como objetivos: a conservação dos regimes hídricos, evitar e controlar erosões, fixação de dunas, assegurar condições de salubridade pública, proteção de sítios por sua beleza, abrigo de espécimes raros da fauna e a proteção das fronteiras, e por essa razão são as que mais se aproximam do que atualmente chamamos de área de preservação permanente, porém, o Código Florestal de 1934 não fez qualquer menção aos aspectos urbanísticos.

Também, em 1934, foi instituído o Código das Águas – Decreto n. 24.643/1934, que trazia em seu bojo a preocupação com a ocupação indiscriminada das margens dos rios, sendo o marco inicial da normatização dos limites e das faixas passíveis de utilização das margens dos rios no Brasil, contudo, não levou em consideração os aspectos urbanísticos, estava atrelada tão somente à questão fluvial[86].

Em 1965, "com a preocupação voltada para a preservação, (re) orientação da exploração e valorização da função da floresta na estrutura socioeconômica"[87] foi promulgada a Lei n. 4.771/65 (Código Florestal)[88] que instituiu as áreas de preservação permanente - APPs, com o objetivo de proteger o meio ambiente, em sua forma natural, impedindo a degradação ambiental e garantido a proteção da vegetação nativa, de alterações do uso.

O Código Florestal de 1965, também, definiu como APPs as matas ciliares localizadas às margens de cursos d'aguas, para a prevenção de erosões e assoreamentos, entre outros. Todavia, não fazia menção a sua aplicabilidade nas áreas urbanas.

Posteriormente, a Lei Federal n. 6.766/79[89], conhecida como Lei Lehman, que regulou o parcelamento do solo no Brasil, impôs parâmetros e restrições para a ocupação das margens dos rios, havendo maior preocupação com o meio ambiente em geral.

Em 1989 o Código Florestal (Lei Federal n. 4.771/65) sofreu alterações pela Lei n. 7.803, que fixou novos limites mínimos de preservação das margens dos rios e recursos hídricos, abrangendo, inclusive, as áreas no perímetro urbano, o que "levou à ilegalidade, da noite para o dia, um enorme contingente de pessoas, em sua maioria pobres, que residiam em beiras de córrego e topos de morros das metrópoles brasileiras, muitas vezes há gerações"[90].

---

83 DIAS, Edna Cardoso. Supressão e intervenção em área de preservação permanente APP. Fórum de Direito Urbano e Ambiental, Belo Horizonte, ano 5, n. 30, p 3728-3734, nov/dez 2006.

84 BRASIL, República Federativa do. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm> Acesso em 22 jul 2015.

85 BRASIL, República Federativa do. Decreto n. 23.793, de 23 de janeiro de 1934. Aprova o Código Florestal. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D23793.htm> Acesso em 22 jul 2015.

86 SOUZA, Luiz Alberto. A questão ambiental nos planos diretores: a (in) aplicabilidade do código florestal nas áreas urbanas. Fórum de Direito Urbano e Ambiental, Belo Horizonte, ano 6, n. 34, p 51-58, jul.- ago.2007.

87 MOURA, Josilda Rodrigues da Silva; COSTA, Vivian Castilho da. Parque estadual da Pedra Branca: o desafio da gestão de uma unidade de conservação em área urbana. In: GUERRA, Antonio José Teixeira; COELHO, Maria Célia Nunes (orgs.). Unidades de conservação: abordagens e características geográficas. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009, p. 233.

88 BRASIL, República Federativa do. Lei n. 4.771/65, de 15 de setembro de 1965. Institui o novo Código Florestal. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4771.htm> Acesso em 28 jul 2015.

89 BRASIL, República Federativa do. Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências.Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6766.htm> Acesso em 28 jul 2015.

90 ARAÚJO, Pedro. Regularização fundiária urbana em APP: a nova perspectiva trazida pela Lei Federal 11.977/2009. In: Seminário Nacional Sobre Áreas De Preservação Permanente Em Meio Urbano. 2. 2012. Natal/RN: Anais Eletrônicos...disponível em:<http://unuhospedagem.com.br/revista/rbeur/index.php/APP/article/view/4062/3964> Acesso em 29 jul 2015.

Todavia, tais áreas, necessitam de proteção ambiental permanente e a legislação autoriza o uso em casos de utilidade pública e de interesse social, e, ainda, casos de menor impacto ambiental, como pressuposto para exploração destas áreas.

No texto original do Código Florestal de 1965 não previa à autorização para intervenção e supressão da vegetação em APP, em caso de utilidade pública ou interesse social, deste modo, coube a Medida Provisória n. 21.66-67 de 24 de agosto de 2001[91] promover alterações substanciais no sistema de proteção das APPs, suprindo a lacuna e esclarecendo que a intervenção ou supressão da vegetação em APP, dependia de comprovação (da utilidade pública ou interesse social) e autorização a partir de um procedimento administrativo próprio no órgão ambiental.

Importante destacar que em 2006 foi editada a Resolução n. 369 do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA, que dispõe sobre os casos excepcionais, de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, que possibilitam a intervenção ou supressão de vegetação em APP, inclusive para a regularização fundiária sustentável de interesse social em áreas urbanas.

A Resolução n. 369/2006-CONAMA foi editada com fundamento na Medida Provisória n. 21.66-67/2001 que previu a possibilidade do CONAMA, através de resolução, definir outras "obras, planos, atividades ou projetos"[92] como utilidade pública ou de interesse social, ou seja, outras hipóteses de supressão ou intervenção em APPs que o conselho identificasse.

Em que pese a Resolução n. 369/2006-CONAMA ser considerada um avanço, não se mostrou satisfatória para o embate do problema do uso e ocupações em APP.

Deste modo, em 2009 tivemos a edição da Lei n.11.977[93], que é considerada como uma conquista e um "marco jurídico de caráter nacional a dispor sobre a regularização fundiária em áreas urbanas de maneira abrangente"[94], inclusive modificando o tratamento dos assentamentos localizados em áreas de preservação permanente.

Vale ressaltar que a Lei n. 11.977/09 definiu a regularização fundiária em assentamentos urbanos, em seu art. 46, como:

> Conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, **de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**.[95] Destaque nosso.

Observa-se a partir do conceito trazido pela norma a importância dos aspectos urbanísticos e ambientais no processo de regularização fundiária em assentamentos urbanos, de forma introduzir parâmetros de regulação de ocupação e uso do solo, e, também de conciliar a preservação e recuperação ambiental com o direito à moradia dos ocupantes das APPs.

---

91 BRASIL, República Federativa do. Medida provisória nº 2.166-67 de 24 de agosto de 2001. Altera os arts. 1o, 4o, 14, 16 e 44, e acresce dispositivos à Lei no 4.771, de 15 de setembro de 1965, que institui o Código Florestal, bem como altera o art. 10 da Lei no 9.393, de 19 de dezembro de 1996, que dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR, e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2166-67.htm#art1> Acesso em 23 jul 2015.

92 BRASIL, República Federativa do. Medida provisória nº 2.166-67 de 24 de agosto de 2001. Altera os arts. 1o, 4o, 14, 16 e 44, e acresce dispositivos à Lei no 4.771, de 15 de setembro de 1965, que institui o Código Florestal, bem como altera o art. 10 da Lei no 9.393, de 19 de dezembro de 1996, que dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR, e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2166-67.htm#art1> Acesso em 23 jul 2015.

93 BRASIL, República Federativa do. Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nos 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória no2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências.Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm> Acesso em 29jul 2015.

94 BRASIL. Ministério das Cidades. Regularização Fundiária Urbana: como aplicar a Lei Federal n° 11.977/2009. Ministério das Cidades, Secretaria Nacional de Habitação e Secretaria Nacional de Programas Urbanos. Brasília, 2010, p. 6.

95 Id. Ibid.

A Lei n. 11.977/09 facultou aos municípios a regularização fundiária de interesse social dos assentamentos em APPs, inseridos em áreas urbanas consolidadas, ocupadas até dezembro de 2007, desde que comprove que a intervenção cause melhoria na qualidade ambiental dessas áreas.

Atualmente, foi editada a Lei n. 12.651/2012 – o novo Código Florestal – que revogou o antigo Código Florestal (Lei Federal n. 4.771/65), bem como suas alterações, "cujo processo de consolidação legislativa evidenciou um forte conflito entre "ambientalistas" e "desenvolvimentistas""[96], e, ainda, várias polêmicas e tentativas de suprimir a sua aplicabilidade no ambiente urbano.

O novo Código Florestal (Lei n. 12.651/2012) trouxe alterações ao regime de proteção das APPs, tratando inclusive da autorização para a intervenção e supressão dessas áreas protegidas nas hipóteses de baixo impacto ambiental, utilidade pública ou interesse social, no âmbito urbano. Vejamos o que leciona Azevedo:

> O novo CFlo, por sua vez, alterou substancialmente o tratamento até então dispensado para os casos de utilidade pública e de interesse social, tanto no que diz respeito a sua caracterização individualizada como no que se refere aos procedimentos e condicionantes sobre esta específica e excepcional forma de utilização de APPs. [...], as alterações produzidas fragilizam significativamente a sistemática de controle até então adotada, permitindo uma maior utilização destas áreas [...]. As mudanças empreendidas são de fácil percepção. Inicialmente, aumenta-se consideravelmente o rolde casos que podem ser enquadrados como de utilidade pública e de interesse social.[97]

Além da ampliação das hipóteses de utilidade pública e de interesse social houve uma flexibilização nos procedimentos para sua caracterização na ocupação dessas áreas protegidas, "basta que a obra ou atividade se enquadre em uma das hipóteses de utilidade pública ou interesse social elencadas no novo CFlo, não sendo imprescindível a demonstração de inexistência de alternativa técnica e locacional".[98] Deste modo, a alteração trazida pelo novo Código Florestal é muito danosa, uma vez que a comprovação de alternativa técnica e locacional servia para equilibrar os interesses ambientais, econômicos e sociais em relação à APP.

Em relação às mudanças na legislação importante destacar as palavras de Azevedo e Oliveira:

> Em síntese, verifica-se que as mudanças provocadas pelo novo Código Florestal, no que tange aos casos de utilização de APPs em situações de utilidade pública e de interesse social, tiveram nítido caráter de abrandamento da preservação ambiental e satisfação maior de interesses econômicos e sociais. Consequentemente, essas alterações vulneram, de modo significativo, a proteção das APPs situadas em zonas urbanas.[99]

Nota-se que o grande impasse é conciliar o crescimento urbano com a necessária preservação do meio ambiente. A preocupação deve ser baseada na busca de cidades sustentáveis, voltadas para o desenvolvimento econômico, social e ambiental, "possibilitando a construção de cidades

96 AZEVEDO, Ruy E. S. de; OLIVEIRA, Vládia P. V. de. Reflexos do novo código florestal nas áreas de preservação permanente apps urbanas. Desenvolvimento e Meio ambiente, v. 29, p 17-91, abr. 2014.

97 AZEVEDO, Ruy E. S. de; OLIVEIRA, Vládia P. V. de. Reflexos do novo código florestal nas áreas de preservação permanente apps urbanas. Desenvolvimento e Meio ambiente, v. 29, p 17-91, abr. 2014.

98 AZEVEDO, Ruy E. S. de; OLIVEIRA, Vládia P. V. de, op. cit. p. 80.

99 AZEVEDO, Ruy E. S. de; OLIVEIRA, Vládia P. V. de, op. cit. p. 90

mais justas e territorialmente inclusivas"[100], com maior qualidade de vida e, principalmente, protegendo a dignidade da pessoa humana nos espaços urbanos[101], um dos fundamentos do Estado brasileiro.

O texto constitucional consagra e acolhe o direito à vida, que é a matriz de todos os demais direitos fundamentais, orientando todas as formas de atuação e proteção, inclusive do direito à moradia digna e do meio ambiente[102]. A prioridade é a vida humana fazendo com que o Poder Público desenvolva políticas de desenvolvimento urbano que facilite o acesso à moradia digna e adequada, num meio ambiente urbano equilibrado e preservado, para as presentes e futuras gerações, garantindo o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, o bem-estar e a sadia qualidade de vida de seus habitantes.

Por razões históricas, a efetiva tutela constitucional do meio ambiente no Brasil iniciou-se a partir da Constituição Federal de 1988, que trouxe em seu texto a preocupação com a tutela do meio ambiente. Assim, pode se dizer que a proteção ambiental abrange a preservação da natureza em todos os seus aspectos relativos à vida humana, que tem por finalidade tutelar o meio ambiente em decorrência do direito à sadia qualidade de vida, bem como sua preservação para as presentes e futuras gerações.

Já o direito à moradia foi constitucionalizado como direito fundamental social a partir da Emenda Constitucional n. 26/2000, obrigando o Poder Público a planejar, idealizar, implementar políticas públicas que tornem o acesso à moradia um direito mínimo de cada brasileiro, para garantir a qualidade de vida em sociedade. O direito humano à moradia estava assegurado em diversos tratados internacionais mesmo antes de ser inserido no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, e integra o direito de toda pessoal a uma condição de vida adequada que possa lhe assegurar o bem-estar e a saúde.

O direito à vida é o centro de todos os direitos fundamentais do homem e a prioridade é a sua dignidade, consubstanciada no mínimo existencial "que são bens e utilidades básicas imprescindíveis para uma vida humana digna"[103], assim, o direito à moradia está no rol das necessidades básicas dos indivíduos, exigindo que o Poder Público formule e execute políticas públicas de desenvolvimento urbano que facilitem o acesso à moradia digna e adequada, num meio ambiente urbano equilibrado e preservado, garantindo o direito à cidade, para a realização de melhor qualidade de vida e sustentabilidade no meio urbano, o que garante também a realização de outros direitos e garantias fundamentais para todos os seus habitantes.

Apesar dos direitos assegurados pela CF/88 e a legislação infraconstitucional, no município de Cáceres-MT evidencia um processo de urbanização fundamentada nos moldes capitalistas, ou seja, em que um pequeno grupo detentor do poder socioeconômico tem garantido moradias dignas, enquanto uma grande parcela de parcela da população se vê obrigada a ocupar áreas periféricas, afastadas do centro urbano, onde constroem suas casas. Consequentemente, formam aglomerados urbanos, sem infraestrutura básica (esgoto, água potável, energia elétrica, etc.) com reflexos no meio ambiente, degradando e contaminando, inclusive áreas de preservação.

As ocupações espontâneas são uma maneira de a população reivindicar moradias, formando aglomerados populacionais em áreas de risco ou em APPs, num espaço sem saneamento

100 DIAS, Edna Cardoso. Supressão e intervenção em área de preservação permanente APP. Fórum de Direito Urbano e Ambiental, Belo Horizonte, ano 5, n. 30, p 3728-3734, nov. - Dez.2006.

101 DIAS, Daniella S. O estatuto da cidade e os desafios postos à ação do ministério público na atualidade. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 40, n. 159, p. 113-123, julho/setembro, 2003.

102 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 6. ed. São Paulo: RT, 1990, p. 709-710.

103 NOVELINO, Marcelo. Manual de direito constitucional. 8 eds. ver. e atual. Rido de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, p..618, 2013.

e infraestrutura adequada, e acabam por causar danos ao meio ambiente ou aos habitantes quando em área de risco (encostas, várzeas, margens dos rios, etc.).

A preocupação está na busca de cidades sustentáveis, voltadas para o desenvolvimento econômico, social e ambiental, permitindo a construção de cidades inclusivas, com maior qualidade de vida e proteção da dignidade da pessoa humana nos espaços urbanos[104], um dos fundamentos do Estado brasileiro.

Diante de toda a realidade, o Ministério Público apresenta-se como instituição indispensável, cabendo-lhe a defesa das diretrizes e valores previstos constitucionalmente, e, tem o dever de buscar a diminuição das desigualdades e injustiças sociais[105].

A Constituição Federal, em seu artigo 127, incumbiu ao Ministério Público à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, é instituição permanente e de controle da Administração, e tem o dever de zelar, entre outras coisas, pela implementação de políticas públicas "concretizadoras" destinadas a reduzir as desigualdades sociais existentes e garantir uma existência humana digna[106].

O órgão ministerial atua nas mais diversas áreas, inclusive na defesa dos direitos sociais, ligados à cidadania, à democracia, tais como: à saúde, à educação, à moradia, à alimentação, ao trabalho, à segurança e etc., sendo um ator indispensável no processo de transformação e luta pela efetivação desses direitos e valores previstos na legislação brasileira.

Deste modo, o Ministério Público "é agente atuante em prol do Estado Democrático de Direito, em prol da consecução da igualdade, da constante vivência da cidadania, e na atualidade novos desafios são impostos ao Ministério Público por meio do Estatuto da Cidade"[107], que traz ferramentas inovadoras que possibilitam as transformações nos espaços urbanos, com diretrizes do desenvolvimento sustentável e maior qualidade de vida para os indivíduos.

O Estatuto da Cidade - Lei Federal nº 10.257/2001 – apresenta o Ministério Público como parte imprescindível no processo de planejamento dos espaços urbanos, possibilitando uma gestão urbanística democrática, transparente e legítima na busca de espaços urbanos inclusivos, principalmente daqueles que não tem acesso à moradia[108].

Em razão do crescimento urbano e do déficit de moradias existente a população busca moradia em áreas de proteção ambiental, como acontece no município de Cáceres/MT, instalando-se a colisão de direitos constitucionalmente previstos, como o direito à moradia e o direito ao meio ambiente, num panorama de desigualdade sócio espacial. A legislação criou mecanismos e instrumentos processuais para dar efetividade e concretização à tutela aos Direitos Fundamentais, tais como o direito fundamental à moradia e o direito fundamental ao meio ambiente, e, legitimou o Ministério Público para a proteção desses direitos e para a defesa da ordem urbana, para dar cumprimento do direito à cidade.

Diante da legislação e de importantes instrumentos jurídicos e políticos para uma melhor qualidade de vida humana nos espaços urbanos, o Ministério Público mostra-se como ator essencial para a mudança e transformação dos espaços urbanos, e, vez que o desenvolvimento urbano e a gestão urbana devem ter como base o bem-estar social e a qualidade de vida dos seus habitantes.

104 DIAS, Daniella S. O estatuto da cidade e os desafios postos à ação do ministério público na atualidade. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 40, n. 159, p. 113-123, julho/setembro, 2003.
105 DIAS, Daniella S., op. cit. 121.
106 NOVELINO, Marcelo. Manual de direito constitucional. 8 eds. ver. e atual. Rido de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, p.618, 2013.
107 DIAS, Daniella S. O estatuto da cidade e os desafios postos à ação do ministério público na atualidade. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 40, n. 159, p. 113-123, julho/setembro, 2003. p. 119.
108 DIAS, Daniella S., op. cit. p. 121.

Deste modo, precisamos de um Ministério Público ativo e sensível as necessidades da população e que busque a redução das desigualdades, das crises econômicas, social e política que permeiam e influenciam o sistema jurídico brasileiro. E ainda, que busque efetivar os direitos previstos na legislação para que os cidadãos tenham uma vida digna e sadia, nos espações urbanos, e assim respeitando o direito à moradia num meio ambiente saudável.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, L. M. S.; ROMERO, M. A. B. **A importância das áreas ambientalmente protegidas nas cidades**. In: Encontro Nacional da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Planejamento Urbano e Regional – ANPUR, 9., 2005. Salvador. Anais eletrônicos... Salvador: ANPUR, 2005. Disponível em: <http://vsites.unb.br/fau/pesquisa/sustentabilidade/pesquisadores/Alberto/curr%EDculo%20liza/1.pdf>
Acesso em 14 fev 2015.

ARAÚJO, Pedro. **Regularização fundiária urbana em APP: a nova perspectiva trazida pela Lei Federal 11.977/2009.** In: Seminário Nacional Sobre Áreas De Preservação Permanente Em Meio Urbano. 2. 2012. Natal/RN**:** Anais Eletrônicos... disponível em:< http://unuhospedagem.com.br/revista/rbeur/index.php/APP/article/view/4062/3964> Acesso em 29 jul 2015.

AZEVEDO, Ruy E. S. de; OLIVEIRA, Vládia P. V. de. **Reflexos do novo código florestal nas áreas de preservação permanente – apps – urbanas**. Desenvolvimento e Meio Ambiente, v. 29, p 17-91, abr. 2014.

BRASIL, República Federativa do. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm> Acesso em 22 jul 2015.

_____. **Decreto n. 23.793, de 23 de janeiro de 1934**. Aprova o Código Florestal. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D23793.htm> Acesso em 22 jul 2015.

_____. **Lei n. 4.771/65, de 15 de setembro de 1965**. Institui o novo Código Florestal. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4771.htm> Acesso em 28 jul 2015.

_____. **Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979**. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6766.htm> Acesso em 28 jul 2015.

_____.**Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 15 nov. 2014.

_____. **Medida provisória nº 2.166-67 de 24 de agosto de 2001**. Altera os arts. 1º, 4º, 14, 16 e 44, e acresce dispositivos à Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, que institui o Código

Florestal, bem como altera o art. 10 da Lei nº 9.393, de 19 de dezembro de 1996, que dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR, e dá outras providências. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2166-67.htm#art1> Acesso em 23 jul 2015.

_____. **Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009.** Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória nº2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências.Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm> Acesso em 29 jul 2015.

BRASIL. Ministério das Cidades. **Regularização Fundiária Urbana: como aplicar a Lei Federal n° 11.977/2009.** Ministério das Cidades, Secretaria Nacional de Habitação e Secretaria Nacional de Programas Urbanos. Brasília, 2010, p.

CÁCERES. **Lei Complementar n. 90/2010, de 29 de dezembro de 2010.**Institui a atualização do Plano Diretor de Desenvolvimento do Município de Cáceres, nos termos do artigo 182 da Constituição Federal de 1988, do capítulo III da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 - Estatuto da Cidade - e do Título IV, Capítulo V da Lei Orgânica do Município de Cáceres.

Cáceres Governo Municipal. **Túlio Fontes assina adesão ao PAC 2 Habitação e Cáceres poderá ter mais 2 mil casas populares**. Publicada em 29/09/2011 10:24:00. Disponível em: <http://www.caceres.mt.gov.br/Noticia/1215/tulio-fontes-assina-adesao-ao-pac-2-habitacao-e-caceres-podera-ter-mais-2-mil-casas-populares-#.VGuxBzTF808> Acesso em 15 nov. 2014.

DA SILVA, Rosimeire Vilarinho; DE SOUZA, Celia Alves**. Ocupação e degradação na margem do rio Paraguai, Mato Grosso**. Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional, v.8, n 1, p 125-152, Jan-abr. 2012, Taubaté/SP.

DIAS, Daniella Maria dos Santos. **Democracia Urbana**: é possível coadunar desenvolvimento sustentável e práticas democráticas nos espaços urbanos no Brasil? Curitiba/PR: Juruá, 2010.

_____. Planejamento e desenvolvimento urbano no sistema jurídico brasileiro: óbices e desafios.Curitiba/PR: Juruá, 2012.

_____. **O estatuto da cidade e os desafios postos à ação do ministério público na atualidade**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 40, n. 159, p. 113-123, julho/setembro, 2003.

_____. O direito à moradia digna e a eficácia dos direitos fundamentais sociais. Revista Eletrônica do CEAF. Porto Alegre - RS. Ministério Público do Estado do RS. V. 1, n.1, out. 2011/ jan. 2012.

DIAS, Edna Cardoso. **Supressão e intervenção em área de preservação permanente – APP**. Fórum de Direito Urbano e Ambienta**l**, Belo Horizonte, ano 5, n. 30, p 3728-3734, nov./dez.2006.

FERREIRA, Daniela Figueiredo; SAMPAIO, Francisco Edison; SILVA, Reinaldo Vieira da Costa Silva; MATTOS, Sílvio Costa Mattos. **Impactos socioambientais provocados pelas ocupações irregulares em áreas de interesse ambiental – Goiânia/GO.** UCG, 2004. Disponível em: <http://www2.ucg.br/nupenge/pdf/004.pdf> Acesso 25 out. 2014.

GUERRA, Antônio Jose Teixeira; COELHO, Maria Célia Nunes (orgs.). **Unidades de conservação**: abordagens e características geográficas. Rio de Janeiro/RJ: Bertrand Brasil, 2009.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo 2010:** população do Brasil é de 190.732.694 pessoas. Disponível em:<http://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo?view=noticia&id=1&idnoticia=1766&t=censo-2010-populacao-brasil-190-732-694-pessoas> Acesso em 15 nov. 2014.

_____. **Brasil em síntese**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/brasil_em_sintese/default.htm> Acesso em 15 nov. 2014.

_____. **Mato grosso – Cáceres.** Cidades@, 2010. Disponível em: <http://www.cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?lang=&codmun=510250&search=mato- grosso|caceres|infograficos:-informacoes-completas> Acesso em 18/11/2014.

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Estudo aponta redução no déficit habitacional no país**. 25/11/2013 08:10. Disponível em:<http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=20656> Acesso em 15 nov. 2014.

MENDES, N. F. **Efemérides cacerenses**. Vol. II, Brasília: Ed. Centro Gráfico do Senado Federal, 1992.

MOURA, Josilda Rodrigues da Silva; COSTA, Vivian Castilho da. **Parque estadual da Pedra Branca: o desafio da gestão de uma unidade de conservação em área urbana**. In: GUERRA, Antonio José Teixeira; COELHO, Maria Célia Nunes (orgs.). Unidades de conservação: abordagens e características geográficas. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009, p. 233.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional.** 8 ed. ver. e atual. Rido de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

OLIVEIRA, Giovanna Ortiz de; BUENO, Laura Machado de Mello. **Assentamentos precários em áreas ambientalmente sensíveis**. Arquitextos**,** 114.00 ano 10, nov 2009.

PUSSININI, Nilmar. **A gestão urbana e ocupação em áreas de preservação permanente na cidade de Guarapuava (PR): o caso do arroio do Carro Quebrado**. Ambiência Guarapuava(PR)v.7 n.1 p.133 – 153. Jan./Abr. 2011.

RANGEL, Helano Marcio Vieira; DA SILVA, Jacilene Vieira. **O direito fundamental à moradia como mínimo existencial, e a sua efetivação à luz do estatuto da cidade**. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 6, n 12 p. 57-78, julho-dezembro, 2009.

SANTOS, Milton. **A urbanização brasileira**. 5 ed. São Paulo/SP: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 6. ed. São Paulo: RT, 1990, p. 709-710.

SOUSA, Francisco Helder Ferreira de. O **direito à cidade**: meio ambiente urbano e qualidade de vida para os povos ribeirinhos do baixo Amazonas no Estado do Pará. Belém/PA: Paka-Tatu. 2010.

SOUZA, Frank Pavan de**. Ocupações irregulares em Áreas de Preservação Permanente: um estudo de caso no município de Campos dos Goytacazes**, RJ. Boletim do Observatório Ambiental Alberto Ribeiro Lamego, Campos dos Goytacazes/RJ, v. 4 n. 1, p. 37-56, jan./jun. 2010.

SOUZA, Luiz Alberto**. A questão ambiental nos planos diretores: a (in)aplicabilidade do código florestal nas áreas urbanas**. Fórum de Direito Urbano e Ambiental**,** Belo Horizonte, ano 6, n. 34, p 51-58, jul./ago.2007.

SOUZA, C. A. ; SOARES, J. C. O.; SILVA, L. N. P. Pantanal Matogrossense: **Ocupação da Planície e Navegação no rio Paraguai entre a cidade de Cáceres e a Estação Ecológica da Ilha de Taiamã/ MT**. In: SANTOS, J.E. dos; GALBIATI, C. (Orgs.). Gestão e educação ambiental: água, biodiversidade e cultura. Vol. 1 – São Carlos: Rima Editora, 2008.

CAPÍTULO 17

DIREITO AGRÁRIO: Os assentamentos rurais no Município de Cáceres/MT

Expedito Figueiredo de Souza

1 - INTRODUÇÃO

O Município de Cáceres/MT possui uma grande diversidade populacional, resultante de políticas públicas de ocupação do Centro Oeste brasileiro. Muitos dos que aqui chegaram, venderam suas propriedades e aqui adquiriram outras, contudo, aqueles que nada possuíam, passaram a integrar grupos de movimentos sociais para conseguirem um espaço nos assentamentos rurais e assim, assegurar o sustento para si e suas famílias.

O objetivo deste trabalho é analisar as políticas públicas das ocupações dessas áreas em forma de assentamentos rurais, em especial, na forma de cooperativismo. Partimos da hipótese de que, as políticas públicas de desenvolvimento rural, são aceleradas através dos movimentos sociais, que amparados pelo Poder Público e em conformidade com diretrizes fixadas em lei, promovem a reforma agrária e o desenvolvimento das funções sociais da propriedade rural.

A nossa motivação sobre o tema prende-se a observação da situação de pobreza, falta de higiene, risco de saúde, insegurança e hipossuficiência econômica e financeira em que se encontram a maioria dos assentados rurais. Situação esta que se agravam muito mais quando se trata de grupos de sem terras, acampados as margens das rodovias, no aguardo de oportunidade para serem assentados.

As pessoas que vivem em assentamentos ou grupo de espera para serem assentados precisam de melhores atenções do Poder Público, de políticas públicas que busquem solucionar essas carências. Situação esta que evidencia a relevância das discussões sobre o assunto e sujeito do tema, em especial, para apontar caminhos e sugestões válidas que melhorem a qualidade de vida das pessoas que trabalham e tira da terra a sua sobrevivência, nesses assentamentos rurais.

2 - Os assentamentos rurais e a reforma agrária

E, o que é reforma agrária? Significa uma reorganização da estrutura fundiária com o objetivo de promover a distribuição mais justa das terras. E que, políticas públicas, é como um conjunto de ações desencadeadas pelo Estado, que no caso brasileiro, tanto na escala federal, quanto nas escalas estaduais e municipais, tem em vista o atendimento a determinados setores da sociedade civil, no caso, a atividade agrária. Partindo do referencial teórico de política de governo para a sustentabilidade como uma orientação das ações públicas motivada pelo reconhecimento da limitação ecológica fundamental dos recursos, sem os quais nenhuma atividade poderia ser realizada (CALVACANTI, p. 30. 1997).

A estrutura deste texto faz um histórico sobre o Município de Cáceres/MT; especifica os projetos de assentamentos efetivados no Município; descreve os sistemas de produção dos assentamentos, a partir de Estudo realizados nos assentamentos do Estado de Sergipe.

O processo de ocupação do atual território do Município de Cáceres inicia-se com as

expedições dos bandeirantes que objetivaram descobrir riquezas no interior do país e no comércio de ameríndios como escravos. A expansão até a configuração atual é resultado desse processo de interiorização dos exploradores. Assim, a exploração vegetal, mineral, produção agrícola e comercial foram formas utilizadas para abastecer o mercado europeu e o Mato Grosso também contribuiu para esse comércio mercantilista a partir do século XVIII com as descobertas de ouro nas minas de Cuiabá.

Cáceres foi fundada em 06 de outubro de 1778 pelo Tenente de Dragões Antônio Pinto do Rego e Carvalho, por ordem do Capitão-General Luiz de Albuquerque de Mello Pereira e Cáceres, 4º governador de Mato Grosso. A Região da denominada Grande Cáceres é composta por 22 municípios que formam a região sudoeste: Comodoro, Campos de Júlio, Nova Lacerda, Vila Bela S. Trindade, Pontes e Lacerda, Porto Esperidião, Jaurú, Figueirópolis D´Oeste, São José dos Quatro Marcos, Glória D´Oeste, Mirassol D´Oeste, Lambaria D´Oeste, Rio Branco, Araputanga, Salto do Céu, Reserva do Cabaçal, Indiavaí, Cáceres, Conquista D´Oeste, Vale São Domingos e Sapezal.

No final dos anos 50, 60, 70 e 80, o município de Cáceres recebeu intensa migração e tornou-se "pólo colonizador". Devido a esses fluxos migratórios atraídos por terras com preços inferiores aos do Sul e Sudeste, por áreas de colonização estaduais e pela possibilidade de ocupação (processo de colonização estatal e privada), as atividades produtivas tiveram grande aceleração e "as terras além do Rio Paraguai, à margem direita da rodovia no sentido Cuiabá-Porto Velho, começaram a ser povoadas". Cáceres (1960-1979) passou a ter uma ligação rodoviária permanente ligando Cáceres e Cuiabá em 1950, assim como a construção de pontes sobre os rios Cabaçal e Paraguai facilitando a migração iniciada na década de 1950 que se intensifica nas duas próximas décadas (1960-1970).

Como nos ensina MATTOS NETOS (2010. p. 143), o Direito Agrário busca os pressupostos de elaboração e interpretação de suas normas jurídicas em outras áreas de conhecimento científico, que na área econômica aponta a maneira que se organiza o trabalho e a produção, nível de renda e emprego dos trabalhadores rurais, conforme citação abaixo.

> Economicamente, questão agrária está ligada às transformações nas relações de produção, ou seja, como produzir, de que forma produzir. Tal equação econômica aponta para indicadores como a maneira que se organiza o trabalho e a produção, o nível de renda e emprego dos trabalhadores rurais, a produtividade das pessoas ocupadas no campo, etc. Estes aspectos estão intimamente ligados a outros voltados para a produtividade numericamente crescente dentro da lógica de produção capitalista industrial. MATTOS NETOS (2010. p. 143).

A política agrícola e fundiária e a reforma agrária estão previstas nos artigos 184 a 191 da Constituição Federal, regulamentado pela Lei n. º 8.629/1993. Mas, o que são políticas públicas? Vargas Velásquez define como um conjunto de sucessivas iniciativas, decisões e ações do regime político frente a situações socialmente problemáticas e que buscam a resolução das mesmas, ou pelo menos trazê-las a níveis manejáveis.

Políticas públicas são entendidas ainda, como o conjunto de ações desencadeadas pelo Estado, que no caso brasileiro, nas escalas federal, estadual e municipal, com vistas ao atendimento a determinados setores da sociedade civil. E, podem ser desenvolvidas também, em parcerias com organizações não governamentais e com a iniciativa privada.

Tradicionalmente as políticas públicas são compostas por quatro elementos centrais: dependem do envolvimento do governo; da percepção de um problema; da definição de um objetivo e; da configuração de um processo de ação.

FERREIRA (2008) diz que as fases das Políticas Públicas compreendem: formação da agenda; formulação; implementação; monitoramento e; avaliação. O nobre jurista nos ensina que as políticas públicas podem ser compreendidas como um sistema, ou seja, um conjunto de elementos que se interligam, com vistas ao cumprimento de um fim: o bem-comum da população a quem se destinam, ou mesmo como um processo, pois tem ritos e passos, encadeados, objetivando uma finalidade.

Os processos de políticas públicas, normalmente estão associados aos passos importantes como a sua concepção, a negociação de interlocutores úteis ao desenvolvimento, a pesquisa de soluções aplicáveis, uma agenda de consultas públicas (que é uma fase importante do processo de legitimação do programa no espaço público democrático), a eleição de opções razoáveis e aptas para atingir a finalidade, o orçamento e busca de meios ou parceiros para o suporte dos programas, oportunidade em que se fixam os objetivos e as metas de avaliação.

Os atores políticos, aqueles que realizam as políticas públicas, são as partes envolvidas nos conflitos. Porém nem sempre as Políticas Públicas emergem de conflitos. Elas são, no fundo, um processo, com múltiplos atores sociais, que atuam de modo concertado.

Esses atores ao atuarem em conjunto após o estabelecimento de um projeto a ser desenvolvido onde estão claras as necessidade e obrigações das partes envolvidas chegam a um estágio de harmonia que viabiliza a política pública. Assim, temos os Atores Públicos que são os Políticos Eleitos, Burocratas, Tecnocratas e deputados. Enquanto que os Atores Privados são os Empresários, os trabalhadores, etc.

O que é reforma agrária? Existem vários movimentos organizados por camponeses no Brasil, o que mais se destaca é o MST (Movimento Sem Terra), cuja proposta é a melhor divisão das terras brasileiras, exigindo que o governo federal propicie medidas complementares ao simples assentamento, como a eletrificação e irrigação do campo, concessão de créditos rurais e execução de programas que visem estimular a atividade agrária e a subsistência do agricultor e de sua família.

A Constituição de 1988 garante a desapropriação do latifúndio improdutivo para finalidade pública e interesse social, como a desapropriação de terra com finalidade de reforma agrária ou para a criação de reservas ecológicas, não sendo permitida, no entanto, a desapropriação de propriedades que tenham sido invadidas.

Assim, a reforma agrária é a reorganização da estrutura fundiária com o objetivo de promover a distribuição mais justa das terras. Contudo, um aspecto freqüentemente criticado nesse sistema é a falta de ajuda financeira para os camponeses assentados, o que muitas vezes acaba por gerar um novo êxodo rural. Êxodo rural é o termo pelo qual se designa o abandono do campo por seus habitantes, que, em busca de melhores condições de vida, se transferem de regiões consideradas de menos condições de sustentabilidade a outras, podendo ocorrer de áreas rurais para centros urbanos.

Na estrutura fundiária no Brasil, país onde as desigualdades no campo estão entre as maiores do mundo (1% de proprietários detém cerca de 50% das terras), existe o INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária), que é o órgão governamental responsável pela gestão desses problemas.

A reforma agrária promove a redistribuição fundiária, ou espaço físico, e reforma agrícola, que é a atividade econômica e social, é considerada essencial para o desenvolvimento econômico e social de um país, por oportunizar as populações rurais carentes, os camponeses pobres que não têm condições de prover sua subsistência, ao mesmo tempo, transfere as terras improdutivas

dos grandes proprietários, que não as aproveitam apropriadamente, as fornecendo aos pequenos agricultores, o que eleva a sua produtividade.

O que é um assentamento rural? Segundo o caderno de Geografia e wikipedia.org, assentamento rural é um local aonde pessoas sem moradia, se unem para criar uma comunidade aonde há casas, água, comida e uma fonte de renda. Todo o trabalho é feito em grupo e depende da agricultura familiar e do agronegócio. As pessoas encarregadas pelas mercadorias produzidas no assentamento, também são responsáveis por vender as mesmas na cidade mais próxima, assim gerando lucro para sobreviverem.

O que é uma propriedade comum. Segundo BENATTI (2003, p. 93) entende-se por propriedade comum as áreas de uso para a agricultura, pecuária, extrativismo animal e vegetal das populações tradicionais, regularizadas pelo poder público. É o que este autor, denomina de posse agroecológica, com três características: a) existe o uso individual; b) ao utilizar um determinado recurso, o usuário adquire direito sobre esse bem, mas nada impede que alguns usuários possam ter direitos independentes do uso; c) o usufruto coletivo dá direito de uso somente para os membros daquele grupo, excluindo outros que não são membros dessa comunidade. Como diz este doutrinador, “É um arranjo jurídico primário”.

Com a devida vênia, evidenciamos a nossa reserva da visão pluralista do direito, dentro do conceito, como ele próprio afirma, que busca superar o limite imposto pelo direito oficial, pois a compreensão dominante é de que há uma identificação entre direito e Estado; só é considerado como jurídico o que o Estado elabora pelo que concordamos, inclusive, que o restante é um “pseudo” direito ou um direito “inferior”.

Conseqüentemente, a propriedade comum, em conformidade com a Lei n. º 9.985/2000, que trata do Sistema Nacional de Unidades de Conservação, inclui nesse rol: as terras das populações tradicionais; os territórios indígenas e; as propriedades dos quilombolas Juliana Samtilli (2005, p. 185)

Todavia, a referência atual da reforma agrária é a Lei 11.952/2009, que resultou da MP 458/2009, que trata de normas para regularização fundiária rural e urbana em territórios da União na Amazônia Legal. Esta espécie normativa primária considera imóveis de até 15 módulos fiscais, com limite de 1,5 mil hectares, sucessíveis de expropriação, sem necessidade de licitação.

Vale lembrar que a titulação do imóvel ocorre após a vistoria para os casos previstos em lei ou após o georreferenciamento quando a vistoria não é necessária. Este Programa, segundo Juliana Santilli emitiu 276 títulos, no Pará, Mato Grosso e Rondônia, totalizando uma área de 790 quilômetros quadrados.

Dados do IBGE, no ano de 1970, indicam que Cáceres tinha uma população essencialmente rural, com um total de 85.699 habitantes. Destes, 80,4% (68.908 habitantes) residiam na Zona Rural, e 19,6% (16.791 habitantes) na Zona Urbana. Enquanto que no ano de 2007, com uma população total de 84.175, em face dos desmembramentos de municípios fronteiriços, 15,08% (12.701 habitantes) residiam na Zona Rural e, 84,92% (71.474 habitantes) na Zona Urbana.

No ano de 2007 o INCRA com apoio dos Movimentos Sociais já havia consolidado 17 projetos de assentamentos rurais: 1. PA São Luiz com 4.033 hectares para 29 famílias; 2. PA Sadia/Vale Verde com 12.191 hectares para 449 famílias; 3. PA Laranjeira I com 10.944 hectares, para 123 famílias; 4. PA Paiol com 16.067 hectares para 449 famílias; 5. PA Laranjeira II com 1.210 hectares para 34 famílias. No Alto Pantanal, inclusive com problema de água e razão de fenda geológica, temos: 6. PA Jatobá com 906 hectares para 29 famílias; 7. PA Nova Esperança com 1.695 hectares para 51 famílias; 8. PA Rancho da Saudade com 2.407 hectares para 47 famílias; 9. PA Ipê Roxo

com 1.247 hectares para 30 famílias; 10. PA Barranqueira com 2.326 hectares para 79 famílias; 11. PA Sapicuá com 1.249 hectares para 40 famílias; 12. PA Limoeiro com 8.649 hectares para 172 famílias; 13. PA Corixo com 3.413 hectares para 72 famílias; 14. PA Bonsucesso com 433 hectares para 14 famílias; 15. PA Katira com 1.886 hectares para 47 famílias; 16. PA Flor da Mata com 1.187 hectares para 20 famílias; 17. PA Facão/Bom Jardim com 4.782 hectares para 170 famílias.

Em estudos realizados por Eliane Dalmora, professora do Instituto Federal de Sergipe, os sistemas de produção foram caracterizados tendo como critérios: a procedência da renda (agricultura, benefícios sociais, outros serviços); o número de pessoas que se dedicam a agricultura no estabelecimento; a relação de produção, consumo e mercado. Com base nestes critérios foram categorizados os tipos de sistemas de produção: aposentadoria e autoconsumo; aposentadoria e alternatividade; autoconsumo e benefícios sociais, e; autônomos.

O estudo foi realizado em assentamentos do Estado de Sergipe. Sendo que, de um total de 231 famílias de assentadas entrevistadas (21%) ainda dependem de renda provenientes de serviços prestados fora do assentamento em atividades agrícolas, industriais ou outros. Nos assentamentos estudados, os dados também denotam forte presença da renda proveniente da aposentadoria (23%) e dos benefícios sociais (34%), indicando que 79% dos assentados rurais estudados ainda estão distantes de se consolidarem enquanto agricultores familiares. E, que somente 22% dos entrevistados têm renda principal proveniente do seu próprio estabelecimento.

3 - CONCLUSÃO

O processo de políticas públicas está associado às interlocuções úteis ao desenvolvimento e as soluções a estes aplicáveis, em especial a processo de reivindicação da propriedade pelo Movimento dos Sem Terra, que legitimam de forma democrática, com certeza auxiliaram o Município de Cáceres/MT a efetivar, pelo menos, dezessete projetos de assentamentos rurais. Todos, na forma prevista em lei. Contudo, a partir do conhecimento da crise nesse modelo atual de assentamento rural, em especial, em razão do baixo índice de assentados que conseguem sobreviver com a renda da propriedade em que foi assentado, faz-se necessário repensar tal modelo. Porque não o modelo da propriedade comum utilizada para legalizar as propriedades das populações tradicionais, a exemplo dos quilombolas. Ou, até como sugestão, porque não adotar o modelo de propriedade coletiva aplicado nos “Kibutz” israelense, cujo sistema de produção, venda e subsistência das famílias ali assentadas, foi e continua a ser exitoso, com boa qualidade de vida e justiça social para todos que ali vivem.

Por fim, a nossa sugestão é que os assentados formem cooperativas rurais, microempresas com personalidade jurídicas próprias, de forma que possam ter acesso aos financiamentos bancários de forma mais segura e produtiva. Com administrações centralizadas e administradas por todos em forma de conselho, e distribuição de quotas proporcionais as produções de cada um dos cooperativados.

4 - Referencias

CAVALCANTI, E.S. Direito Agrário. PUC-Goias. 1997. Disponível em meio eletrônico no endereço http://pt.scribd.com/doc/63616704/Apostila-01-Direito-Agrario-Puc-Go-Ponto-01-Ao-07-Prof-Eduardo-Slywitch-Cavalcanti.

MATTOS NETO, Antonio José de. **A posse agrária e suas implicações jurídicas no Brasil**. Belém, Cejup,1988

_____. **Os Interesses Difusos Agrários na Amazônia**. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. Revista dos Tribunais, São Paulo,13 (48)81:85, Abril/jun., 1989

_____. **Função social da propriedade: uma revisão crítica**. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. Revista dos Tribunais, São Paulo,20 (76), abril/jun, 1996.

SOBRE OS AUTORES

Armando do Lago Albuquerque Filho

Possui Mestrado em Direito pela UFPA, graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (1970) e especialização em Filosofia Del Derecho Espanha Sevilla pela Fundación Iberoamericana de Derechos Humanos e Universidad Pablo de Olavide (2000). É Professor Aposentado da Universidade do Estado de Mato Grosso. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria do Direito. Atuando principalmente nos seguintes temas:Direito Indígena.

Danilo Pires Atala

Mestre em Direito pela UFPA, bacharel em direito pela Unemat em 1998. Professor no curso de direito na Unemat e advogado desde 1999. Especialização em Direito Público pela Unemat em 2000. Doutorando pela USMA iniciado em 2008, com o título: "Crítica da Metodologia da Norma Individual". Tem experiência na área de Direito Privado, Público e Empresarial.

ELZIRA DOS SANTOS MATOS

Mestre pela UFPA, possui graduação em Licenciatura Plena Em História pela Universidade do Estado de Mato Grosso (1997) e graduação em Bacharelado em Ciências Jurídicas pela Universidade do Estado de Mato Grosso (2006). Atualmente é professor efetivo da Escola Estadual Professor Demétrio Costa Pereira e professor substituto da Universidade do Estado de Mato Grosso, atuando no Programa Parceladas e no curso de Administração Pública da DEAD - Unemat. Tem experiência na área de História desde 1998 e na área de Direito desde 2007

EVELY BOCARDI DE MIRANDA SALDANHA

Doutoranda do Programa de Ciências Ambientais da Universidade do Estado do Mato Grosso, Mestre em Direito pela UFPA, bacharel em Direito pela Universidade de Cuiabá. Atua como Advogada. Atualmente é Coordenadora do Curso de Direito da Universidade do Estado do Mato Grosso e Professora no Curso de Direito da Faculdade do Pantanal - FAPAN. Especialista em Direito Empresarial pela UFMT e em Direito Individual e Processo do Trabalho pela Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho 23ª Região.

EXPEDITO FIGUEIREDO DE SOUZA

Mestre em Direto pela UFPA, graduado em Direito pelo Centro de Estudos Superiores de Maceió - CESMAC, com diploma registrado pela Universidade Federal de Alagoas (1984). Especialista em Direito Público pela UNEMAT. Mestre em Direito Econômico pela UAA/PY. Atualmente é professor do quadro efetivo da Universidade do Estado de Mato Grosso. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Direito Financeiro e Teoria Geral do Estado com Ciência Política - TGE/CPO.

Hamilton Lobo Mendes Filho

Mestre em Direito pela UFPA, graduação em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso (2005). Atualmente é advogado - Hamilton Lobo Advocacia. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público. Participou de diversos seminários, cursos e palestras de interesse na área jurídica e administrativa. Possui um sólido e amplo conhecimento na área de informática. É professor na Faculdade de Direito da Universidade do Estado de Mato Grosso - UNEMAT. Ex - Procurador Geral do Município de Cáceres. Coordenador do Escritório Modelo de Assistência Jurídica da Universidade Estadual de Mato Grosso

Jaime Santana Orro Silva

Mestre em Direito, possui graduação em Direito pela Universidade de Taubaté (1994). Atualmente é Professor efetivo da UNEMAT - Universidade do Estado de Mato Grosso. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público e Privado, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito do Trabalho, Direito Previdenciário, Direito Tributário e Financeiro

Jesus Vieira de Oliveira

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará - UFPA; Pós-graduado em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas (2008); graduado em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso - Unemat (2004). Advogado inscrito junto à Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional de Mato Grosso, com atuação nas áreas de Direito Administrativo, Civil, Consumidor, Previdenciário e Trabalhista. Professor efetivo da Universidade do Estado de Mato Grosso - Unemat, na área de Teoria do Direito.

José Renato de Oliveira Silva

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará - UFPA. Possui graduação em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso (1998) com especialização em Direito Público. Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Pará e doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino. É professor efetivo da Universidade do Estado de Mato Grosso, onde ministra atualmente a disciplina de Direito Eleitoral e ocupa o cargo de Assessor de Gestão de Monitoramento de Contas. É advogado militante no Estado de Mato Grosso e membro da Comissão de Direito Eleitoral da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de Mato Grosso. Advogado Associado do escritório Salvador Pompeu e Bianchini, Advogados Associados, em Cuiabá, e proprietário do escritório: Advocacia José Renato de Oliveira, em Cáceres/MT. Ex-Procurador Geral do Município de Cáceres, ex-assessor jurídico da Presidência da EMPAER/MT e ex-representante da UNEMAT no Conselho Estadual do Meio Ambiente do Estado de Mato Grosso. Tem experiência profissional com ênfase em Direito Civil, Direito Administrativo e Direito Eleitoral, atuando principalmente nos seguintes temas: direito de família e sucessões, direito eleitoral, direito administrativo, direito empresarial.

Kézia Barbosa da Silva

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará - UFPA. Possui graduação em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso (2009); Curso Avançado e Curso Básico de Inglês, realizados no CCI (Centro de Comunicação Inglesa - 2002); Especialização em Docência do Ensino Superior pela FIVE (Faculdades Integradas de Várzea Grande). Advogada. Cursando Mestrado em Direito em Programa da Universidade Federal do Pará (UFPA).

Luiz Emídio Dantas Júnior

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará - UFPA. Possui graduação em Bacharel em Direito pela Universidade de Cuiabá (2001). Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Pará. Atualmente é Professor da Universidade do Estado do Mato Grosso.

Marcelo Geraldo Coutinho Horn

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará – UFPA. Possui graduação em Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (1993). Atualmente é professor titular especialista da Universidade do Estado de Mato Grosso das disciplinas de Direito Penal III, Noções de Direito e Estágio Supervisionado Penal II. Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Museu Social (Argentina / UMSA).

Marcelo Gasparini

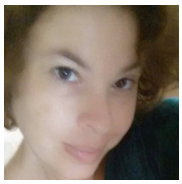
Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará - UFPA Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (1995). Atualmente é professor da Universidade do Estado de Mato Grosso e professor da Fundação Universidade do Estado de Mato Grosso. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Empresarial.

Mariele Schmidt Canabarro Quinteiro

Doutoranda em Serviço Social pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará - UFPA Advogada. Graduação em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso - UNEMAT (2006). Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad De Museo Social Argentino - Buenos Aires/Argentina. Professora efetiva da Universidade do Estado de Mato Grosso. Instrutora dos Cursos de Formação de Soldados da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso - PMMT, em Cáceres (2009 e 2011). Atualmente, lotada na Faculdade de Ciências Sociais e Aplicadas - FACISA, Universidade do Estado de Mato Grosso - UNEMAT, campus de Sinop onde ministra as disciplinas de Direito no Curso de Ciências Contábeis, Economia e Administração

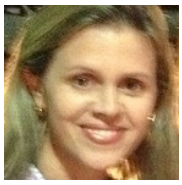
Paulo Henrique Salmazo de Souza

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará - UFPA. Especialista em GESTÃO PÚBLICA pela Faculdade do Noroeste de Minas Gerais - FINOM (2011). Graduado em DIREITO pelo Centro Interdisciplinar de Estudos Jurídicos - Faculdades UNICEN (2007). Membro do grupo de Pesquisa: Cultura, Política e Sociedade. Atualmente é Professor da Universidade do Estado de Mato Grosso e Advogado. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Administrativo e Direito Civil



Renata Lourenço

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará - UFPA. Bacharel em Administração de Empresas pela Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha (1997), e em Direito (2010) pela Universidade do Estado do mato Grosso. Especialização em Gestão Pública pela Faculdade do Pantanal (2012). É servidora da Universidade do Estado do Mato Grosso e Coordenadora do projeto de Pesquisa Feminicídio e Violência de Gênero, institucionalizado pela UNEMAT em 2018. Atua principalmente nos seguintes temas: Direitos Humanos. Políticas Públicas de Segurança, Gênero e Feminicídio.



Rose Kelly dos Santos Martinez Fernandez

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará - UFPA. Graduada em Direito pela UNEMAT - Universidade do Estado de Mato Grosso (2002). Atualmente atua como docente efetiva da Universidade do Estado de Mato Grosso.

SABERES JURÍDICOS: DIREITOS HUMANOS, TEORIA DA JUSTIÇA E MEIO AMBIENTE.

AUTORES

Armando do Lago A. Filho
Danilo Pires Atala
Elzira dos Santos Matos
Evely Bocardi de M. Saldanha
Expedito Figueiredo
Hamilton Lobo Mendes Filho
Jaime Santana Orro da Silva
Jesus Vieira de Oliveira
José Renato de Oliveira Silva
Kézia Barbosa da Silva
Luiz Emidio Dantas Júnior
Marcelo G. Coutinho Horn
Marcelo Gasparini
Mariele S. Canabarro Quinteiro
Paulo Henrique Salmazo de Souza
Renata Lourenço
Rose Kelly dos S. M. Fernandez

UNEMAT EDITORA

UNEMAT
Universidade do Estado de Mato Grosso
Carlos Alberto Reyes Maldonado