

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
MESTRADO EM DIREITO

Erivaldo Henrique de Melo Medeiros

ESTADO E JURISDIÇÃO
NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA
MUTAÇÕES DO PROCESSO E ALTERAÇÕES NA JURISDIÇÃO PÚBLICA

RECIFE
2011

Erivaldo Henrique de Melo Medeiros

**ESTADO E JURISDIÇÃO
NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA
MUTAÇÕES DO PROCESSO E ALTERAÇÕES NA JURISDIÇÃO PÚBLICA**

RECIFE
2011

Erivaldo Henrique de Melo Medeiros

**ESTADO E JURISDIÇÃO
NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA
MUTAÇÕES DO PROCESSO E ALTERAÇÕES NA JURISDIÇÃO PÚBLICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Direito Processual – Jurisdição da Universidade
Católica de Pernambuco - UNICAP

Orientador: Prof. Dr. Fábio Túlio Barroso

RECIFE
2011

M488e

Medeiros, Erivaldo Henrique de Melo

Estado e jurisdição na sociedade contemporânea : mutações do processo e alterações na jurisdição pública / Erivaldo Henrique de Melo Medeiros ; orientador Fábio Túlio Barroso, 2011.

150 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas. Curso de Mestrado em Direito, 2011.

1. Jurisdição. 2. Processo civil. 3. Estado. 4. Legitimidade (Direito). 5. Direito. I. Barroso, Fábio Túlio Barroso. II. Título.

CDU 347.98

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
MESTRADO EM DIREITO

Erivaldo Henrique de Melo Medeiros

**ESTADO E JURISDIÇÃO
NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA
MUTAÇÕES DO PROCESSO E ALTERAÇÕES NA JURISDIÇÃO
PÚBLICA**

Defesa Pública em:

Recife, 18 de Abril de 2010.

Dissertação de Mestrado, defendida e aprovada pela Banca Examinadora, como requisito final para obtenção do título de mestre em Direito, composta pelos seguintes professores:

~~Fábio Túlio Barroso, Doutor em Direito~~ ✓
Orientador

~~José Soares Filho, Doutor em Direito~~
Examinador Interno - UNICAP

~~João Paulo Allain Teixeira, Doutor em Direito~~
Examinador Interno - UNICAP

~~Manoel Matusalém Sousa, Doutor em Direito~~
Examinador Externo - UPPB

RECIFE
2011

Dedico esse trabalho aos meus pais e irmãos. Também em especial e com muito amor a Ana Glória e Ernando Neto.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Fábio Túlio Barroso, orientador desse trabalho, que em muito contribuiu, desde as aulas de Tutela Jurisdicional dos Particulares, abordando questionamentos quanto ao modelo de Estado e às sequelas processadas pelo Neoliberalismo, pondo em destaque inclusive a iminente privatização da função do Poder Judiciário, e despertando interesses de todos os que tiveram o privilégio de serem seus alunos. Também aos Professores Dr. João Paulo Allain Teixeira e Dr. José Soares Filho e Dr. Manoel Matusalém Sousa, pelas valorosas intervenções na contribuição da elaboração final do texto.

Aos docentes do Programa de Mestrado da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. O relevante conjunto de informações apresentadas possibilitou engrandecer meus conhecimentos jurídicos. Sinto-me honrando por tê-los como professores.

À pessoa especial e humana que tive a felicidade de conhecer e que sempre esteve presente em meus momentos de dificuldade acadêmica: meu amigo e professor Jorge Candido de Lima.

A Luiz Rodrigues de Sousa, diretor geral da Faculdade de Timbaúba, pela oportunidade de proporcionar meu ingresso na carreira do magistério superior, incentivando a continuidade dos meus estudos.

Ao amigo e sócio André Antunes Gouveia pelo incentivo e apoio, sempre com palavras de conforto na batalha dos que buscam vencer. Como também a Arthur Benvindo, meu ex-aluno que, superando as dificuldades, prova que é possível ser um vencedor pelo estudo.

A todos os amigos em comum e alunos do Mestrado que estiveram comigo em busca de atingir objetivos, cumprindo metas e as exigências do dia-a-dia.

Por fim, externo meus agradecimentos, esvaído em saudades, a todos os servidores da Universidade Católica de Pernambuco e aos que direta ou indiretamente contribuíram para a realização desse trabalho e, em especial, aos que compõem o quadro de funcionários da Biblioteca que, em muito, contribuíram através dos empréstimos de livros.

RESUMO

O trabalho, aqui destacado, visa a discorrer acerca do Estado e da Jurisdição na sociedade contemporânea. Para tanto, empreendemos uma abordagem sistemática dos contornos do Estado e sua evolução, bem como do Direito, e a constante adaptação, em face da complexidade que caracteriza o tecido social, sempre em mutação. Nessa perspectiva, é imperioso refletir no tocante ao Estado Social e ao Estado Neoliberal, diante das consequências para o reconhecimento de direitos em suas configurações de Providência e diante da nova roupagem atribuída, para o ressurgimento do Estado Mínimo, ao argumento que deve ser eficiente. Na verdade, a sociedade, desde a formulação do Estado, jamais conheceu um nível de intervenção zero, uma vez que ele sempre se processou como realidade permanente, em todas as suas fases e adaptações para atender a objetivos de Legitimação do Poder. A Jurisdição, principal mecanismo de que o Estado-Juiz dispõe para intervir nas relações sociais objetivando resolver conflitos, galgando à concretização do escopo do processo, destinado à pacificação social, mas, sobretudo, distribuindo segurança jurídica, revela-se totalmente ampliada em virtude da propulsão realizada pela presença normativa da Constituição e da nova realidade trazida pelo Direito Prestacional, uma vez que o acesso à justiça e a necessidade iminente de uma tutela efetiva e de resultados impõe ao Juiz e a sua função jurisdicional a necessidade de outros olhares sobre práticas e atitudes, levando a assumir, definitivamente, o papel de produtividade, uma vez que a Jurisdição Pública Brasileira, em face do reconhecimento de direitos, nesta sociedade consumista e com diversas pretensões resistidas, leva o Poder Judiciário a assumir o posto de última trincheira da sociedade na luta pela efetivação de direitos, mas, sobretudo pela densificação da pacificação social distribuindo segurança jurídica. Naturalmente, as ferramentas postas à disposição, principalmente o processo, necessitaram sofrer mutações, ajustes; como o processo civil, em face da jurisdição constitucional contemporânea; o processo coletivo, como alternativa no reconhecimento de direitos; o processo penal e suas modificações em face dos aspectos jurídicos e políticos na contemporaneidade; e o processo do trabalho, em suas expectativas, no reconhecimento de direitos; tudo motivado por uma realidade presente do sentir constitucional pela sociedade, na concretização dos direitos fundamentais. No entanto, em virtude da onda Neoliberal, propagando a moda das privatizações, desregulamentação, flexibilização, arbitragem e transações, vem sendo semeada a formação de uma Jurisdição Privada alterando a Jurisdição Pública, propagando a ideologia de que eficiência é sinônimo de ser privado, tudo arquitetado pela vontade da Burguesia, impulsionada pela Globalização, em galgar novos horizontes, que novamente demonstrem seu triunfo. Quanto ao Estado, diante da Pós-modernidade, em uma sociedade em tempos de efervescente globalização, cada vez mais cede espaço para atender interesses econômicos internacionais, a ponto de mitigar sua própria soberania como atributo emergente da “ordem” que necessita da legitimação de poder.

Palavras-chave: Estado. Jurisdição. Sociedade. Globalização. Pós-Modernidade. Legitimação.

ABSTRACT

This work, here in evidence, aims at State and its Jurisdiction in the contemporaneous society in this perspective we have undertaken a systematical approach in State's contours and its evolution as well as regarding to Law and its constant adaptation in view of the complexity that characterizes the social network, always under mutation. In this perspective, it is commanding reflecting regarding to Social State and Neoliberal State, in front of consequences concerning the rights recognition in their providence configurations and in front of new look appropriated to the minimal State resurgence and regarding to the argument that needs being efficient truthfully, society, departing from state formulation, has never known a zero level intervention, since it has been set itself as a permanent reality, in all its phases and adaptations in order to reach its goals concerning its power legitimation jurisdiction, principal apparatus at disposal for State-Judge in order to mediate the social rapport aiming at solving conflicts, arriving at the summit of the process target, meat for social peacefulness, but first of all, assuring juridical security, it has shown up itself as fully expanded on account of its propulsion performed by the constitution normative action and by the new reality, brought out by prestation law, since the access to justice and imminent need regarding to an effective guardianship and to effective results, too, compel the judge and his jurisdictional function other perspectives on practices and attitudes, leading him assuming undeniably the productivity, sings the Brazilian public jurisdiction, in view of the rights recognition in this consumeristic society and with several held out pretensions, impels judiciary power to take on the society trench, in the struggle for right effective accomplishment, but first of all, the social pacification generalized consistence, distributing judicial security naturally the available tools set to its disposal, have needed suffering changes, adjustments, as it has occurred in civil process, in view of the contemporaneous constitutional jurisdiction the collective process, as a kind of alternative, regarding to the rights recognition, the criminal system and its changes, facing contemporaneous legal and political features in the contemporary age as well as the work division, in its expectations, concerning the rights recognition, all these facts brought about moved by the current constitutional empathy felt by society in the path for fundamental rights materialization never the less, on account of the promulgating the privatizations tendency, deregulation, flexibility, arbitration and transactions, private jurisdiction formation has been seeded, expanding, spreading the ideology which efficiency according to is synonym for being privation, being all and all masterminded by the bourgeoisie will, driven by globalization, of ascending up, new horizons that once again will show up its triumph as for the state, in front of post-modernity with a society, in globalization times, has more and more cleared out room in favour of international economical interests to the degree of extenuating its own sovereignty as an attribute emerging from the "order" that needs to legitimate its power.

Keywords: Brazilian Jurisdiction. Society. State. Power. Law. Constitution. Legitimation. Globalization. Post- modernity.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

<i>a prima facie</i>	à primeira vista
a.C	Antes de Cristo
<i>ab initio</i>	Desde o início, do começo
Cf	Conforme
CPC	Código de Processo Civil
CR/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
ed.	Edição
<i>erga omnes</i>	Contra todos
et alii	e outros
<i>Ex vi</i>	consoante o dispositivo
<i>Ibidem</i>	Na mesma obra
<i>Ibidem idem</i>	Mesma obra e mesma página
<i>Idem</i>	O mesmo
op. cit.	Obra citada
p.	Página
<i>pari passu</i>	ao mesmo tempo
RE	Recurso extraordinário
REsp	Recurso especial
RMS	Recurso ordinário em mandado de segurança
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
ver.	Versão

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. NOÇÕES GERAIS SOBRE O ESTADO E SUA EVOLUÇÃO.....	13
1.1. O direito e sua constante adaptação em face da complexidade social	31
1.2. As mutações do tecido social	38
1.3. Do estado social ao estado neoliberal: Consequências para o reconhecimento de direitos.....	49
1.4. O Estado como realidade permanente	63
2. JURISDIÇÃO – REFLEXÕES GERAIS	69
2.1. A Presença normativa da Constituição e o direito prestacional	77
2.2. Acesso à justiça e a necessidade iminente de uma tutela efetiva e de resultados	84
2.3. O Juiz e a função jurisdicional	89
2.4. Jurisdição pública brasileira e seus contornos diante da busca pelo reconhecimento de direitos	94
3. AS MUTAÇÕES NO PROCESSO – REFLEXÕES GERAIS	98
3.1 Processo Civil e suas adaptações em face da Jurisdição Constitucional na contemporaneidade	100
3.2 Processo coletivo no Brasil – Uma alternativa no reconhecimento de direitos	103
3.3 Processo Penal – e suas modificações em face dos aspectos jurídicos e políticos contemporâneos	110
3.4 Processo do Trabalho – e suas expectativas no reconhecimento de direitos	119
4. JURISDIÇÃO PRIVADA – REFLEXÕES GERAIS	125
4.1 Formas alternativas de solução das controvérsias	129
4.2 Arbitragem e mediação – Aspectos jurídicos e políticos no reconhecimento de direitos	132
CONCLUSÃO	135
REFERÊNCIAS	139

INTRODUÇÃO

O Estado e a Jurisdição, na sociedade contemporânea, com suas mutações do Processo e as alterações na Jurisdição Pública, são postos em análise, objetivando empreender uma abordagem sistemática, nos contornos jurídicos e políticos, sobre a temática dessa relevante função do Estado, destinada a solucionar conflitos, mediante um caráter imperativo, substitutivo e tendente a exarar soluções, com requintes de definição, garantindo direitos e perseguindo uma sonhada Pacificação Social, mas, sobretudo uma certeza de Segurança Jurídica.

Nesse ínterim, a sociedade brasileira dispõe, como Direito Fundamental, esculpido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, *ex vi* Art. 5º, inciso LXXVIII, a duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, passando, desta feita, a exigir da Jurisdição outros olhares, quebra de paradigmas, avanços, tudo com objetivo bastante claro, no sentido de atender às necessidades, clamores, dúvidas, incertezas, típicos de uma sociedade mutante e complexa, motivada ao consumo e com diversas expectativas quanto a Direitos Sociais, tendo ampliado ainda mais as exigências, em função da globalização e da Pós-modernidade.

Portanto, um Estado Democrático Social de Direitos, como o Brasil - classificado como emergente, no entanto subserviente a um Capitalismo tardio, com diversos problemas atrelados a desigualdades sociais e a uma densa concentração de riquezas nas mãos das elites, sempre privilegiadas pelo Sistema Político - tem, nitidamente, dificuldades em densificar os preceitos fundamentais, passando o Poder Judiciário, nessa perspectiva, a ser a última trincheira de que a sociedade dispõe na luta pelo reconhecimento de Direitos.

Diante do Estado e sua evolução, verifica-se todo um arcabouço de eventos históricos que demonstram como se desenvolveram o Poder, as Normas, a Liberdade e o próprio Direito, em diversas configurações processadas entre o Estado Absoluto, Liberal caracterizado como mínimo, com suas mutações processadas no “*Welfare State*”, e o triunfo da Burguesia, o Estado Social de Direitos, também, conhecido como Providência e suas ampliações democráticas, mas que o modelo Neoliberal, pegando carona na moda da Globalização, semeia uma verdadeira ideologia de eficiência, atrelada à privatização, flexibilização, desregulamentação e suas consequências, e assim todas essas mutações encontram,

invariavelmente, como centro de atenção, o homem e a formação de um tecido social mutante, com relevantes influências processadas pela Modernidade, Globalização e Pós-modernidade. No entanto, a complexidade social aprendeu a perceber que tem na figura do Estado, uma realidade permanente. Nessa perspectiva, o Primeiro Capítulo abordará uma visão geral acerca desses vetores sociais, as diversas influências processadas no campo político e jurídico, com ajustes e adaptações necessárias para atender às configurações do Estado e da Sociedade ao longo dos tempos, em particular pelo surgimento do Constitucionalismo e, daí por diante, tendo a Constituição assumido o posto de Norma dotada de supralegalidade, ocasionando expectativas quanto à concretização de Direitos, principalmente Direitos Sociais; conquistas que representam a valorização da dignidade da pessoa humana.

No Segundo Capítulo, depois que foram bastante definidos as configurações do Estado Democrático Social de Direitos e os reflexos do modelo Neoliberal, serão postos em destaque a Jurisdição e seus contornos para concretização dos Direitos, especialmente quanto à presença normativa da Constituição e do Direito Prestacional. O Acesso à Justiça será enfocado, diante de sua importância como elo entre a pretensão da sociedade e a chegada ao Estado/Juiz - para que não se diga simplesmente o Direito, mas resolva-se o conflito, utilizando-se de meios interpretativos, para assumir uma função produtiva, revendo conceitos e métodos, uma vez que o ordenamento passou a ampliar os Poderes e Prerrogativas da Magistratura, em função do novo papel que o Poder Judiciário assumiu, na sociedade brasileira, diante de uma tendência à Juridificação e Judicialização do conflito social, proporcionando uma abordagem adequada, quanto à Jurisdição Pública diante da era dos Direitos e seu necessário Reconhecimento para propagar um sentir Constitucional, frente à importância de densificação dos Direitos Fundamentais, principalmente.

As mutações ocorridas no Direito Processual são levadas a destaque no Terceiro Capítulo, analisando-se o Processo Civil e suas adaptações em face da Jurisdição Constitucional na Contemporaneidade; o Processo Coletivo no Brasil, como alternativa no Reconhecimento de Direitos, totalmente impulsionado pelas questões ambientais, consumeiristas, dentre outras de cunho transindividual, em relações cada vez mais impessoalizadas; o Processo Penal e suas modificações em face dos aspectos Jurídicos e Políticos contemporâneos, inclusive com utilização de transações como forma de resolver as questões relacionadas ao caráter punitivo e preventivo do Direito Penal, com rapidez e eficiência, contribuindo, assim, para a diminuição dos elevados índices de violência que

atormentam a sociedade Brasileira; e o Processo do Trabalho e suas expectativas no Reconhecimento de Direitos, principalmente para atender às exigências do Mercado globalizado em que o próprio trabalhador conclama a sociedade para debater quanto a seus Direitos, conquistas sociais, e geração de novos postos de trabalho. Sabe-se, por conseguinte, que essas mudanças e adaptações ocorridas no Direito Processual possuem, todas, objetivo bastante claro, o de tornar a Jurisdição eficiente, rápida, e capacitada para atender às expectativas geradas pelo debate em relação às novas ondas reinantes na Economia de um mundo em tempos de um novo despertar nas relações mundiais. Gerando, para tanto, um questionamento quanto à própria privatização da função do Poder Judiciário, objetivando responder com eficiência pretensões de uma Sociedade que tem “pressa” no Reconhecimento de seus Direitos.

Imperioso é não refletir quanto à abertura de espaços de Poder pelo Estado: a própria soberania, internamente, vem cedendo, aos poucos, aos interesses internacionais, reinantes no modelo Neoliberal, impulsionado pela nova onda de Globalização. Naturalmente, a Jurisdição também é motivada para o debate quanto à geração de um modelo privado, tendo como atributo a própria privatização da função do Poder Judiciário.

O Quarto Capítulo abordará os contornos da Jurisdição Privada, como alternativa de solução das controvérsias, analisando, para tanto, os institutos da Arbitragem e da Mediação em seus aspectos Jurídicos e Políticos no Reconhecimento de Direitos. Tendo como foco a eficiência e eficácia da Privatização da função do Poder Judiciário, como possível forma de proporcionar à sociedade atributos para uma rápida solução de conflitos e, assim, encontrar uma sonhada e sempre perseguida Pacificação Social. Pacificação essa almejada tanto pela Sociedade como pelo Estado, uma vez que esse busca mais uma forma de legitimação, exatamente pelo escopo social do processo, instrumento de manifestação da Jurisdição.

Ao se imaginar, nos contornos da Jurisdição Brasileira, quanto a questões Políticas e Jurídicas, é possível constatar que o homem e o Estado sempre estiveram bastante próximos, sofrendo influências mútuas, galgando espaços com objetivos bastante definidos para alcançar um bem comum, vetor que sofre mutações, diante da complexidade que norteia as relações sociais, levando o Estado para, de alguma forma - quer seja minimamente ou de cunho interventivo - perseguir a densificação da Pacificação Social, resolvendo os conflitos, atributos que deram origem a sua própria formação, da qual o homem, em nome da aparente

tranquilidade e segurança proporcionada, aceitou perder parcela de sua liberdade em favor do Estado.

A sociedade Pós-moderna, em tempos de constante Globalização, especialmente, nos Países de modernidade tardia, como no caso do Brasil, encontra-se vivenciando momentos de profundas incertezas, uma verdadeira crise de identidade, à procura de um modelo que seja capaz de atender às expectativas geradas em torno do conhecimento e aprimoramento dos Direitos Fundamentais, tornando-os densos; o que passou a integrar o corpo positivado, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com capacidade de contribuir para o fortalecimento dos Direitos Humanos, com melhorias nas condições de vida, proporcionando inclusão social e diminuição das desigualdades.

Nessa perspectiva, mesmo que isto não seja totalmente reconhecido publicamente, o Brasil vem adotando a cartilha e os contornos do modelo Neoliberal, objetivando demonstrar ao mundo a presença de um Estado mais eficiente, diretamente antenado com a nova ordem mundial e crescente. Um país com disposição de ceder parcela de sua própria soberania para atender aos interesses de um Capitalismo mundial, voltado para uma Economia relacionada com a não existência de barreiras que entrem a livre circulação do Mercado financeiro na propagação de investimentos.

Nesses contornos é que se apresenta a proposta de analisar as consequências jurídicas e políticas processadas pelo Estado e na Jurisdição para o Reconhecimento dos Direitos.

Finalizando, virá o esclarecimento de que o método aqui empregado é o dedutivo, objetivando estabelecer os confrontos entre os autores, dentro da teoria de articular o Político e o Jurídico, utilizando processos empíricos para o conhecimento da realidade examinada, e, assim, demonstrar a aplicabilidade deste método neste trabalho, diante das características do Brasil.

1 NOÇÕES GERAIS SOBRE O ESTADO E SUA EVOLUÇÃO

Pensar o Estado é, na realidade, ter a perspectiva inicial de uma determinada ordem, e ao mesmo tempo, a sensação da existência de um determinado Poder, existente de alguma forma na sociedade. Nessa perspectiva, no momento em que o homem fez opção por viver em sociedade e, como consequência, escolheu um determinado lugar para fixar seu habitat¹, acredita-se (para os adeptos da ideia da sociedade natural) estar nesses fatores naturais a formação do próprio Estado². Evidentemente, na vida em sociedade, o princípio de ordem tem sua consistência na realização da solidariedade social, uma afirmação harmônica dos interesses individuais, no entanto, subordinados aos interesses coletivos³. Por outro lado, para os adeptos da teoria do Contratualismo⁴ a origem do Estado se encontra, especialmente, no acordo de vontades, hipoteticamente celebrado entre os homens.

Nessa perspectiva, Aristóteles (384 a.C-332 a.C)⁵ já definia que todo Estado é uma sociedade, a esperança de um bem, uma vez que todas as ações dos homens objetivam aquilo que consideram um bem. A política aristotélica revela-se totalmente unida à moral, tendo como fim último a formação dos cidadãos; sendo a ética a doutrina moral individual, e a

¹ Por habitat Houaiss dispõe: “3. Conjunto de condições de organização e povoamento pelo homem do meio em que vive. (h. urbano) (h. rural)”. HOUAISS, Antônio. *Grande dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. p. 1502.

² Por Estado Natural, Dalmo de Abreu Dallari destaca: “Em linhas gerais os argumentos que sustentam a conclusão de que a sociedade é um fato natural, determinado pela necessidade que o homem tem da cooperação de seus semelhantes para consecução dos fins de sua existência Essa necessidade não é apenas de ordem material, uma vez que, mesmo provido de todos os seus bens materiais suficientes à sua sobrevivência, o ser humano continua a necessitar do convívio com os semelhantes. [...] Em conclusão: a sociedade é o produto da conjugação de um simples impulso associativo natural e da cooperação da vontade humana.” DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do estado*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 11-12.

³ LIMA, Eusébio de Queiroz. *Teoria do estado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. p. 25.

⁴ Jean- Jacques Rousseau (1712-1778), expoente da teoria contratualista nos contornos do Estado natureza, por intermédio do contrato social sugere a formação do Estado como expressão da vontade geral, expondo: “A ordem social é um direito sagrado que serve de base a todos os outros. No entanto, esse direito não vem da natureza, ele está fundado sobre convenções. A mais antiga de todas as sociedades e a única natural é a família. Mesmo assim os filhos só estão ligados ao pai enquanto precisam dele para sobreviver. Tão logo cessa tal necessidade, esse vínculo natural se dissolve. Os filhos, isentos da obediência que devem ao pai, o pai, isento dos cuidados que deve aos filhos, voltam a ser igualmente independentes. Se continuam unidos, não é mais naturalmente, é voluntariamente, e a própria família só se mantém por convenção.” ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Apresentação de João Carlos Brum Torres; tradução Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2009. p. 24.

⁵ Reinaldo Dias, quanto a Aristóteles, destaca: “que ele encontra a origem do Estado nos esforços do homem para satisfazer seus desejos e necessidades individuais. A sociedade entre o homem e a mulher, para a perpetuação da espécie, do amo e do escravo para a produção de alimentos, do nascimento à família ou comunidade doméstica. Enquanto os homens se contentavam em levar uma existência de pobre, satisfazendo suas necessidades mais elementares, não se tornou necessário uma sociedade política. Mas quando desejaram uma vida melhor, foi necessário reunir aquelas comunidades domésticas em uma entidade superior, com extensão adequada, a cidade-estado, a polis”. DIAS, Reinaldo. *Ciência política*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 23.

política a doutrina moral social⁶. Com o evoluir dos tempos, é verificável em todas as sociedades um objetivo ou meta, nos contornos de alguma vantagem⁷, que na maior parte das vezes é processada para atender interesses individualizados. Em geral, a palavra “Estado” nos leva ao entendimento de certa organização jurídica coercitiva⁸, relacionada a uma referida comunidade.

A opção por viver no interior de uma sociedade, conseqüentemente, levou a humanidade a dispor de certa forma política⁹, e de suas adaptações, tendentes a atenderem às diversas configurações do Estado, frente às mutações ocorridas na sociedade ao longo de sua existência; e desta feita, a ausência de uma sociedade política é a hipótese de se deparar com um Estado de Natureza, pré-político e social, do homem, caracterizando-se por requintes de insegurança e incertezas, dominação do mais forte sobre o mais fraco, e uma crescente guerra de todos contra todos.

Niccolo Machiavelli (1469-1527), em sua obra “O Príncipe”,¹⁰ enfrenta o problema relacionado a constituir um Estado nos limites da experiência; organizando-o naturalisticamente e subordinando-o mecanicamente a um conjunto de paixões de egoísmo maior, existente entre o Príncipe e o Estado, buscando a construção de uma ciência política

⁶ PADOVANI, Umberto; CASTAGNOLA, Luís. *História da filosofia: com o estudo “O problema da história da filosofia”* do Prof. Arthur Versiani Velloso. 17. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1995. p. 133.

⁷ ARISTÓTELES. *A política*. 3. ed. Tradução de Roberto Leal Ferreira São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 1.

⁸ Nessa perspectiva Hans Kelsen esclarece: “A política - O Estado é uma sociedade politicamente organizada porque é uma comunidade constituída por uma ordem coercitiva, e essa ordem coercitiva é o direito. O Estado é descrito como o poder que se encontra por trás do Direito, que impõe o Direito. Na medida em que tal poder existe, ele nada mais é que o fato de que o Direito em si é efetivo, de que a ideia de normas jurídicas, prevendo sanções motiva a conduta dos indivíduos, exerce uma compulsão psíquica sobre os indivíduos”. KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução Luiz Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 273-274.

⁹ Cf. Padovani e Castagnola: “O Homem não pode realizar plenamente a sua natureza humana no isolamento individual, pois ele é um animal político, social. Todo indivíduo, portanto, precisa dos serviços materiais e espirituais dos outros, o que se realiza na Sociedade. A primeira forma de sociedade é a família, mas é mais completa a sociedade do estado. Entretanto, se a sociedade humana é indispensável para a realização da natureza humana, ela não é fim, mas meio para o bem do indivíduo humano; este, com efeito, tem uma realidade metafísica, espiritual, transcendente, que falta à sociedade.” PADOVANI, Umberto; CASTAGNOLA, Luís. op. cit. p. 576.

¹⁰ Cf. Machiavelli: “são teus inimigos aqueles que se sentem ofendidos por ocupares o principado, e não podes manter como amigos aqueles que te puseram lá, pois estes podem estar insatisfeitos como pensavam; e por não poderes empregar contra eles remédios fortes, obrigado que estás para com eles, porque sempre, mesmo que sejas fortíssimo nos exércitos, necessitas do favor dos habitantes.” MACHIAVELLI, Niccolo. *O príncipe: com as notas de Napoleão Bonaparte*, Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella 2. ed. ver. São Paulo: RT, 1997. p. 24-25.

alicerçada nos contornos de um utilitarismo rigoroso; modelo próprio à época do período da Renascença, em um modo de vida alicerçado na concepção clássica humanista e pagã.¹¹

Quanto ao Iluminismo, movimento cultural predominante entre o século em que ocorre a Revolução Inglesa (1688) e a Revolução Francesa (1789), ele tem seus contornos exatamente no intento de iluminar, com a razão, o obscurantismo da tradição. Ocorre dessa feita uma tentativa de restaurar ao homem o estado de natureza pura. As fontes principais do iluminismo estão na filosofia do racionalismo e do empirismo. Assim, Rousseau - filho do iluminismo, mas superando-o rumo ao romantismo- entendia que a civilização e a sociedade, corrompem o homem, devendo aflorar a necessidade de voltar à natureza primitiva, que é boa. Portanto, nessa perspectiva, o papel do Estado na sociedade é tutelar direitos, cultivando a liberdade do indivíduo. No entanto surge, historicamente, o Estado como escravidão; e depois o despertar-se e o chocar-se dos egoísmos particulares, levando o Estado Tirânico à substituição pelo Estado como liberdade, como expressão da vontade geral e universal.¹²

Portanto, diante da necessidade de superarem as adversidades, geradas pelos contornos do Estado de Natureza, os homens traçaram entre si um pacto com capacidade de proporcionar migração para uma fase tendente ao estágio político social, um pacto em favor de terceiro, um “contrato” que perseguisse a necessária pacificação social - um instrumento de legitimação do Estado Civil frente ao Estado de Natureza.¹³

O fato é que o homem, utilizando a capacidade intelectual, desenvolvida ao longo de sua existência, buscou na figura do Estado mecanismo eficiente para disciplinar interesses¹⁴ e desenvolver objetivos para toda a comunidade, principalmente almejando evidenciar os contornos da pacificação social e sua concretude. Para tanto, é sempre visível o Poder do

¹¹ PADOVANI, Umberto; CASTAGNOLA, Luís. *op. cit.* p. 282-284.

¹² *Ibidem.* p. 337-342.

¹³ Observa-se nos argumentos de Streck e Moraes: “Pode-se dizer então que: A- o estado de natureza, como hipótese lógica negativa, reflete como seria o homem e seu convívio fora do contexto social; B- o contrato, instrumento de emancipação em face do estado de natureza e de legitimação do poder político e; C – o estado civil, portanto surge como uma criação racional, sustentado no consenso dos indivíduos.” STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 30.

¹⁴ Paulo Bonavides, em comentário crítico às elites expõe que as benesses do poder são perseguidas desde a sociedade escravocrata: “O poder político das elites na sociedade escravocrata da época já se repartia em duas forças: uma de apoio e outra de contestação ao Governo, na medida em que ambas disputavam as graças do imperador para exercitarem uma parcela de influência participativa sobre a obra do governo.” BONAVIDES, Paulo. *Os poderes desarmados: à margem da ciência política, do direito constitucional e da história – figuras do passado e do presente*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 15.

Estado, ‘um grande e robusto homem artificial’¹⁵, construído pelo homem natural para sua proteção e defesa.¹⁶

Desta feita, com o evoluir dos tempos, é possível observar no Estado toda a pertinência da supremacia do interesse público sobre o interesse privado¹⁷, uma vez que este se trata de um princípio geral do Direito, inerente a qualquer sociedade; e, assim, como expressão de supremacia, a administração pública, por representar o interesse público, tem a faculdade, nos termos da Lei, de constituir terceiros em obrigações, mediante atos unilaterais, carregados do caráter imperativo, trazendo consigo uma decorrente exigibilidade, traduzindo-se em previsão legal de sanções ou providências indiretas que induzem, conseqüentemente, os administrados a acatá-los.¹⁸

Importante é ressaltar que a Lei¹⁹ há muito assumiu a condição de ser uma das primeiras tentativas do Estado de proporcionar segurança jurídica ao homem; quando ele resolveu abrir mão de certa parcela de sua liberdade, fazendo opção por viver em sociedade, - conseqüências desta opção refletidas em 1764, que segundo Cesare Beccaria²⁰, levaram à

¹⁵ Nessa perspectiva Hobbes (1588-1679) denominou o Estado, como um homem artificial, cuja proteção e defesa foi idealizada, definindo quanto à essência: “Uma grande multidão institui a uma pessoa, mediante pactos recíprocos uns com os outros, para em nome de cada um como autora, poder usar a força e os recursos de todos de maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum.” HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 131.

¹⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. op. cit. p. 14.

¹⁷ Roth destaca: “O Estado moderno emergiu progressivamente desde o século XIV como forma específica de dominação política. Ele se distingue do feudalismo por três elementos principais. Em primeiro lugar, instituindo-se a separação entre uma esfera pública, dominada pela racionalidade burocrática do Estado, e uma esfera privada sob o domínio dos interesses pessoais. Em segundo lugar, o Estado moderno dissocia o poderio político (poder de dominação legítima legal-racional) do poderio econômico (posse dos meios de produção e de subsistência) que se encontram reunidos no sistema feudal. E para terminar, o Estado Moderno realiza uma estrita separação entre as funções administrativas e políticas, tornado-se autônomo da sociedade civil.” ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do Estado Moderno? In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 16.

¹⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 96.

¹⁹ Ferraz Junior destaca: “A Lei é a forma de que se reveste a norma ou um conjunto de normas dentro do ordenamento. Nesse sentido, a lei é fonte do direito, isto é, o revestimento estrutural da norma que lhe dá a condição de norma jurídica. [...] Costumamos usar a expressão Lei material para designar o direito substantivo, isto é, o conjunto de normas que prescrevem diretamente obrigações e direitos subjetivos. Já a expressão Lei formal designa o conjunto de normas que estabelecem os meios judiciais de se fazerem valer aqueles direitos e obrigações.” FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 199-201.

²⁰ Cf. Beccaria: “As leis foram as condições que agruparam os homens, no início independentes e isolados, à superfície da terra. Fatigados de só viver em meio a temores e de encontrar inimigos em toda parte, cansados de uma liberdade cuja incerteza de conservá-la inútil, sacrificaram uma parte dela para usufruir do restante com mais segurança. A soma dessas partes de liberdade, assim sacrificadas ao bem geral, constitui a soberania na nação; e aquele que foi encarregado pelas leis como depositário dessas liberdades e dos trabalhos da

constituição da soberania das nações²¹. O Estado vem a ser o *locus* privilegiado de emanção da normatividade, e desta feita, a experiência do Estado Constitucional - nascido da tradição liberal e revolucionária, bastante presente no Século XVII - marcou profundamente, desde então, a continuidade entre o Estado e o Direito.²²

Em posicionamento crítico à sua época, e que influenciou as gerações vindouras, Rousseau²³ destaca que o homem nasceu livre e em toda parte é posto a ferros, característica aprimorada ao longo dos anos, na qual o Estado nem sempre pretende galgar densificação do bem comum²⁴, mas que, certamente, revela-se eficiente no cumprimento de objetivos dos grupos econômicos dominantes. É o caso especial do Brasil, onde há muito se adotou o modelo de cooptação dos movimentos sociais²⁵ como forma de legitimar as elites no Poder. É evidente que a sociedade é fadada a certa alienação social²⁶, com capacidade de manipular, principalmente, as massas, diante das expectativas de “conquistas”, geradas sob formas

administração, foi proclamado o soberano do povo.” BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 18-19.

²¹ Cf. Canotilho: “A soberania em termos gerais e no sentido moderno traduz-se num poder supremo no plano interno e num poder independente no plano internacional. Se articularmos a dimensão constitucional interna com a dimensão internacional do Estado poderemos recortar os elementos distintos deste: (1) poder político de comando; (2) que tem como destinatários os cidadãos nacionais (povo=sujeitos do soberano e destinatários da soberania); (3) reunidos num determinado território. A soberania no plano interno (soberania interna) traduzir-se-ia no monopólio de edição do direito positivo pelo Estado e no monopólio de coação física legítima para impor a efetividade das suas regulações e dos seus comandos.” CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 89-90.

²² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. op. cit. p. 21.

²³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. op. cit. p. 23.

²⁴ Jacques Maritain, quanto ao bem comum enfatiza: “O bem comum não é apenas a coleção de haveres e serviços públicos que a organização da vida comum pressupõe, a saber: uma condição fiscal sadia, uma poderosa força militar, o corpo das leis justas, dos bons costumes e das instituições sábias que fornecem à sociedade de política a sua estrutura, a herança de suas grandes evocações históricas, seus símbolos e suas glórias, suas tradições vivas e seus tesouros culturais. O bem comum inclui também a integração sociológica de toda consciência cívica, virtudes políticas e seno da lei e da liberdade, [...] Na medida em que todas essas coisas são comunicáveis, revertendo a cada membro, ajudando-o a aperfeiçoar sua vida e sua liberdade como pessoa, constituem elas a boa vida humana da multidão.” MARITAIN, Jacques. *O homem e o estado*. Rio de Janeiro: Agir, 1956. p. 21-22.

²⁵ Nesse sentido Barroso afirma: “É de se concluir, então que o modelo adotado no Brasil, para a estruturação da representação corporativa, a pretexto de compor demandas conflitantes e promover a cooperação, ensejou o controle do Poder Público, sobre as entidades de representação dos grupos sociais. Porque o reconhecimento pelo Estado das corporações e a sua inserção na estrutura estatal, passou a autorizar, em troca, o controle na escolha dos representantes e na articulação das demandas. Enfim, mecanismos de cooptação e tutela.” BARROSO, Fábio Túlio. *Neocorporativismo e concertação social: análise político-jurídica das atuais representações coletivas de trabalho no Brasil*. Recife: ed. Universitária da UFPE, 2010. p. 24.

²⁶ Marilena Chauí destaca: “A alienação é o fenômeno pelo qual os homens criam ou produzem alguma coisa, dão independência a essa criatura como se ela existisse por si mesma e em si mesma, deixam-se governar por ela como se ela tivesse poder em si e por si mesma, não se reconhecem na obra que criaram, fazendo-a um ser - outro, separado dos homens, superior a eles e com poder sobre eles. [...] Podemos falar em três grandes formas de alienação existentes nas sociedades modernas ou capitalistas: 1. Alienação social; 2. A alienação econômica; 3. A alienação intelectual. [...] As três grandes formas da alienação (social, econômica e intelectual) são a causa do surgimento, da implantação e do fortalecimento da ideologia.” CHAUI, Marilena de Souza. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 1994. p. 172-173.

diversas de acordo com as configurações processadas pelo Estado ao longo evolutivo-mutante da própria sociedade, especialmente na contemporaneidade, momento no qual o “isolamento”, arquitetado pela Soberania, relativo às nações, cede espaço a uma presente ruptura, objetivando atender a interesses econômicos de um mundo em tempos de efervescente Globalização.²⁷

Certo colírio alucinógeno leva a sociedade a uma contemplação em torno de que existe igualdade, uma vez que a “humanidade” é integrada. Eventuais diferenças naturais são produzidas, pela exposição dos próprios talentos e capacidades naturais de que cada indivíduo dispõe - como inteligência, força de vontade e, principalmente, capacidade de vencer e/ou superar desafios. De permeio, a ideologia assume o papel propulsor em ocultar e/ou dissimular as divisões sociais e políticas, semeando a ideia de indivisão, mais um atributo com capacidade de manipular as massas.²⁸

Por outro lado, além da cooptação dos movimentos sociais, de alguma forma, em maior ou menor número, a apropriação privada dos recursos do Estado, - situação que Sorj conceitua como patrimonialismo - no caso do Brasil, conta com a benevolência do próprio Estado, através de sua utilização frequente pelos políticos, servidores públicos e membros da elite no Poder ou à sua sombra. Dessa feita, uma das particularidades do moderno patrimonialismo brasileiro está na sua associação com uma extrema desigualdade social, a impunidade de suas elites e o abandono dos setores mais pobres da população²⁹, um carma que persegue o povo brasileiro.

²⁷ Efervescente Globalização, em função dos tempos atuais, marcaram profundamente outros olhares para as relações internacionais, de forma que o Estado e a Sociedade se voltam para atenderem expectativas geradas em virtude da interação presente na Economia de Mercado, especialmente quanto à necessidade do capital, bens e serviços se propagarem nos quatro cantos do mundo. Cf. Soares Filho: “A globalização, ou mundialização não é fenômeno de origem recente. [...] surgiu e se desenvolveu em tempos remotos, já no Império Romano, que pôs fim à feudalização política e comercial. [...] ressurgiu com as grandes descobertas dos séculos XIV e XV, que proporcionaram enorme surto ao comércio internacional, notadamente entre os países localizados na periferia do Mar Mediterrâneo e na Península Ibérica, [...] Criaram-se, então, normas transnacionais para regular essas atividades, constantes dos denominados regulamentos do mar. [...] A terceira globalização [...] desponta no século XIX, após as guerras napoleônicas, e concorre para a supremacia do liberalismo sobre o mercantilismo, ocasião em que avança a democracia política. [...] A quarta globalização aparece após a Segunda Guerra Mundial e atinge seu ápice com o colapso do regime socialista, ocorrido entre 1989 e 1991. Está em curso e em plena expansão, constituindo a tônica principal da atual economia, caracterizada como economia de mercado. SOARES FILHO, José. *Elementos da ordem jurídica internacional e comunitária*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 154.

²⁸ CHAUI, Marilena de Souza. op. cit. p. 174.

²⁹ SORJ, Bernardo. *A nova sociedade brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 13.

Quanto à sociedade política medieval³⁰, essa apresentou deficiências que impulsionaram a formação temática para um Estado moderno,³¹ porém de cunho absolutista, em sua primeira configuração, havendo, à época, uma forte concentração de Poder nas mãos dos monarcas³², que atribuíam sua legitimação à divindade, afirmando serem representantes de Deus na Terra. No entanto, a Burguesia emergente,³³ tanto a urbana como a rural, motivada por conquistas econômicas e novas descobertas científicas, passou a exigir mudanças na ideologia semeada com a gênese do Estado Absoluto, mudanças essas que - mesmo buscando mecanismos de acomodação ou conciliação dos interesses tanto da Burguesia como das massas, sempre manipuladas - a monarquia não foi capaz de conter, levando o Estado Moderno a uma segunda fase, relacionada para o modelo liberal; marcando desta feita o triunfo da Burguesia.³⁴

³⁰ Marilena Chauí afirma: “É verdade que as teorias medievais são teocráticas, enquanto as renascentistas procuram evitar a ideia cristã, da qual seja, a de que o poder político só é legítimo se for justo e só será justo se estiver de acordo com a vontade de Deus e a Providência divina. Assim, elementos de teologia continuam presentes nas formulações teóricas da política”. CHAÚÍ, Marilena. op. cit. p. 394.

³¹ Segundo Streck e Moraes: “foram características medievais determinantes para fundamento do Estado Moderno: o território e o povo, como elementos materiais; o governo, o poder, a autoridade ou o soberano, como elementos formais e para alguns autores, existe um quarto elemento: a finalidade – O Estado deve ter uma finalidade peculiar, que justifique sua existência.” STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. op. cit. p. 39.

³² Quanto a Monarquia e sua forma absolutista Bobbio expõe: “Por monarquia se entende na complexa formação deste instituto, um regime substancial mas não exclusivamente monopessoal, baseado no consenso, geralmente fundado em bases hereditárias e dotado daquelas atribuições que a tradição define como termo de soberania.[...] há, porém uma linha de tendência comum a todos os fenômenos de monarquia no tempo: a tendência a um progressivo crescimento e centralização do poder nas mãos do monarca.[...] A formação de novas classes burguesas de uma série de centros de poder urbanos e locais que se formaram paulatinamente opondo ao controle dos grandes senhores feudais, gerou uma articulação complexa do tecido social e uma desagregação substancial da não mais homogênea estrutura feudal.[...]A monarquia pôde substancialmente se colocar como instrumento de mediação e de equilíbrio, reforçando progressivamente seus poderes em prejuízo de outras realidades políticas.[...] Na realidade a monarquia precisava apoiar a feudalidade tanto quanto fosse bastante para conter a pressão burguesa, procurando, porém, paulatinamente substituir-se ao feudatário na gestão direta dos públicos poderes nas províncias.[...] A constitucionalização da monarquia foi tanto mais radical e rápida, quanto mais forte era a classe burguesa dominante e quanto mais decididamente esta tinha influído, através do processo revolucionário econômico e político, na estratificada estrutura social preexistente.” BOBBIO, Norberto *et alii*. *Dicionário de política*. v. 1. 13. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2007. p. 776-780

³³ Streck e Moraes advertem: “Com efeito, enquanto instituição centralizada, o Estado, em sua primeira versão – absolutista – foi fundamental para os propósitos da burguesia no nascedouro do capitalismo, quando esta, por razões econômicas, “abriu mão” do poder político, delegando-o ao soberano, caracterizando-se *mutatis mutandis*, aquilo que Hobbes sustentou no *Leviatã*.” STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. op. cit. p. 51.

³⁴ Marilena Chauí lembra quanto à burguesia e sua origem que: “À volta dos castelos feudais, durante a Idade média, formaram-se aldeias ou burgos. Enquanto na sociedade como um todo prevalecia a relação de vassalagem – juramento de fidelidade prestado por um inferior a um superior que prometia proteger o vassalo – nos burgos, a divisão social do trabalho fez aparecer uma outra organização social, a corporação de ofício. [...] Embora internamente as corporações também fossem hierárquicas, era possível, a partir de regras convencionais entre seus membros, ascender com outras corporações, todos eram considerados livres e iguais. As corporações fizeram surgir uma nova classe social que, nos séculos seguintes, irá tornar-se economicamente dominante e buscará também o domínio político: a burguesia, nascida dos burgos.” CHAÚÍ, Marilena de Souza. op. cit. p. 393.

A ruptura mutante da velha ordem medieval para uma nova ordem é provocada, principalmente, pela passagem das relações de Poder; por exemplo: a autoridade e a administração de justiça, de início concentradas nas mãos dos senhores feudais de esfera privada, são levadas à esfera pública, marcando, desse modo, a característica de um Estado centralizado. Portanto, na medida em que ocorriam alterações do modo de produção, a sociedade civil conclamava novas exigências que, até então, eram exercidas pelo Poder Privado, uma vez que na Idade Média o Poder Político de controle social permanecia nas mãos privadas, havendo certa mística com o Poder Econômico. No entanto, a partir do Estado Moderno e da Economia de Mercado formalizou-se uma separação relativa entre os poderes, firmando-se uma dicotomia público/privado ou sociedade civil/sociedade política.³⁵

Verifica-se que em cada uma das grandes fases de desenvolvimento das modalidades históricas do Estado têm ocorrido, naturalmente, mutações, no tocante à configuração da Lei, especificamente no âmbito das Ordenações Jurídicas Positivas,³⁶ tudo motivado por uma interação entre correntes doutrinárias dominantes: antes do Iluminismo e da Revolução Francesa o peso da Lei era indiscutivelmente pequeno, característica que sempre marcou o Estado Absoluto, por força da sua condição centralizadora. Nessa fase, a Lei e o Direito Objetivo³⁷ não se confundiam, uma vez que o Direito Costumeiro exercia um relevante papel, reforçado também pela aceitação, por parte da sociedade, de certos princípios ético-jurídicos, que eram, deste modo, superiores à Lei. Com o surgimento do Constitucionalismo, a Lei assumiu a condição de dominação de todo ordenamento Jurídico Estatal, estando à disposição do Poder. No entanto, com a Modernidade, surgem novos atores, e assim o

³⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. . p., p .39.

³⁶ Cf. Cambi: “Com o Estado moderno, fez surgir um positivismo crítico; Neopositivismo: Uma das consequências filosóficas do neoconstitucionalismo, trata-se de um novo modelo, na medida em que marca a superação dos modelos jusnaturalistas e positivistas. Vários fatores contribuíram para que, na segunda metade do século XX, a Constituição passasse a ocupar o marco filosófico da compreensão do direito. Dentre eles, destacam-se: i) o declínio da Escola da Exegese e a nova hermenêutica jurídica (filtragem constitucional); ii) a força normativa da Constituição, que deixa de ser mera carta de intenções políticas, passando a vincular juridicamente os detentores do poder, iii) a natureza contratual do Estado, que, desde o iluminismo, não pode ser considerado um fato natural, o que implica a noção de que o Direito é produto da razão e, conseqüentemente não emana de Deus (Separação entre o Estado da Igreja)”. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009. p. 80.

³⁷ Cf. Duguit: “O “direito objetivo” ou a “regra do direito” designa os valores éticos que se exige dos indivíduos que vivem em sociedade. O respeito a essa ética, em determinado momento, implica, no âmbito social, a garantia de preservação do interesse comum, e, em contrapartida, sua violação acaba desencadeando uma respectiva reação da coletividade visando, de alguma forma, o responsável por tal violação. O “direito subjetivo”, por sua vez, constitui um poder do indivíduo que integra uma sociedade. Esse poder capacita o indivíduo a obter o reconhecimento social na esfera do objeto pretendido, desde que o seu ato de vontade possa ser considerado deliberadamente legítimo pelo direito objetivo”. DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. Tradução de Márcio Pugliese. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 15.

conflito vem a ser entre liberdade e Soberania popular. Assim, diante da vertente liberal, a Lei implica em separação de poderes, bem como primado dos direitos individuais. Destaca-se que na democracia, primado da soberania popular, essa tensão dialética prolonga-se dentro do Estado Democrático de Direito, com diferenças sensíveis entre a Lei na época do Estado Liberal, e a Lei nos Séculos XX e XXI.³⁸

De permeio, é imperioso refletir quanto ao Direito das modernas Democracias. O Direito era uma espontânea e livre expressão da sociedade. No entanto, com as evoluções, proporcionadas ao longo dos séculos, ocorre na atualidade um entendimento do Direito como ‘expressão da exata e consciente vontade soberana do povo’, que dessa forma, legitima o Poder Legislativo³⁹ para tanto.

Outrora, o Direito era parte integrante da vida social espontânea, hoje é um instrumento com o qual o Estado democrático intervém na sociedade, com objetivos bem definidos e norteadores da sempre perseguida Pacificação Social. O mundo moderno, diante das mudanças pontuais caracterizadoras dos novos padrões e exigências da sociedade, em tempos de novos olhares para a Globalização, levou a reinterpretar o princípio da primazia da Lei, sendo este um princípio deixado como contribuição da Idade Média para História do Constitucionalismo, uma vez que induz à afirmação de que todo Poder Político tem de ser legalmente delimitado, perseguindo, assim, garantias que inviabilizem o regresso do Estado Absolutista, mesmo que este venha se apresentando com nova roupagem. No entanto, é evidente que ainda perduram na sociedade características da primeira configuração do Estado moderno.⁴⁰

Na Idade Média, uma fragilidade presente na efetivação do aludido princípio, como limitação do Poder, era verificada exatamente pela ausência de um instituto legítimo que controlasse o exercício do Poder Político e garantisse aos cidadãos o respeito à Lei, por parte dos Órgãos do Governo. A descoberta e aplicação concreta desses meios são próprias do

³⁸ MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 379-380.

³⁹ Nas ponderações de Mauro Capelletti, verifica-se: “[...] O Resultado está neste Estado Moderno, o sucessor do Estado Liberal não intervencionista, e invariavelmente definido como Estado Social ou Estado Assistencial [...] que fosse pelo uso intensivo de seu instrumento legislativo, caracterizou-se de início como “Estado Legislativo”, acabou transformando-se num Estado sempre mais acentuadamente caracterizável como “administrativo” e burocrático”. CAPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução de Dr. Fábio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008. p. 8.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto et alii. *Dicionário de política*. v. 1. 13. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2007. p. 255.

Constitucionalismo moderno, especialmente pelas contribuições dos Ingleses no Século XVII, quando as Cortes Judiciárias proclamaram a superioridade das Leis fundamentais sobre as do Parlamento. No mesmo sentido, os americanos, no final do século XVIII, deram início à codificação do Direito Constitucional, com a instituição da moderna forma de governo democrático.⁴¹

O Estado Liberal Burguês, segunda fase do Estado moderno, significou a presença de um Estado mínimo, semeador do individualismo, e de uma contemplação à liberdade e às garantias em torno da propriedade. Evidentemente, o Liberalismo significou uma limitação da autoridade, com a consequente divisão desta autoridade; sendo que o governo popular se formula a partir do sufrágio e da representação, restritos, contudo, aos cidadãos prósperos; característica que aos poucos foi se tornando insustentável, transformando-se no final do século XIX, quando a representação e o sufrágio são universalizados. Verifica-se, igualmente, a consolidação das conquistas liberais como liberdades, direitos humanos, governo representativo e legitimação da mobilidade social. Na verdade, o Liberalismo surgiu como alternativa para impor limites ao Poder Absoluto, mas ao mesmo tempo tornou-se a doutrina da Monarquia limitada e de um governo igualmente limitado. Ao final culmina com a tomada do Poder pela Burguesia totalmente beneficiada pelo sistema.⁴²

O Estado Liberal apresenta seus contornos de cidadania como República Representativa, tendo a presença marcante de três Poderes definidos, inclusive quanto a sua função: o Executivo, assumindo o encargo da administração dos negócios e serviços públicos; o Legislativo, com atribuições relacionadas ao Parlamento, instituindo as Leis; e o Judiciário, dispondo de profissionais do Direito, os Magistrados encarregados em aplicarem as leis. Tudo bastante organizado através de regras definidoras dos limites e atribuições, em um sistema que era totalmente previsível, com certezas e definições. Presente, também, um corpo de militares, encarregados da formação das Forças Armadas, Exército e Polícia, destinados à conservação da ordem interna e à defesa de ameaças externas. Desta forma, um corpo de servidores ou funcionários públicos forma a burocracia e assim assume o encargo de cumprir decisões emanadas dos três poderes perante os cidadãos.⁴³

⁴¹ BOBBIO, Norberto et alii. *Dicionário de política*. v. 1. 13. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2007. p. 255.

⁴² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. op. cit. p. 55-57.

⁴³ CHAUI, Marilena de Souza. op. cit. p. 403

O modelo de República Federativa, reinante nos primórdios do Estado Liberal, não perdurou, devido a sua fragilidade, em torno dos excluídos do Poder Político - como tais, os trabalhadores e as mulheres, o que representa a maioria da sociedade. Essa efervescente convulsão social gerou novamente lutas populares intensas, em virtude da necessidade ampliada da participação dos excluídos, em que a cidadania foi sendo distribuída, em etapas, na construção de um Projeto de Democracia representativa, muitas vezes atrelado a revoluções, como bem adverte Marilena Chauí⁴⁴: “uma revolução pode começar como luta social que desemboca na luta política contra o Poder ou pode começar com luta política que desemboca na luta por uma outra sociedade”. Todavia, as mudanças - facilmente verificáveis com a industrialização, o progresso econômico e a crescente democratização, principalmente nos fins do Século XIX - foram capazes de refletir uma substancial alteração nos contornos do modelo liberal do Estado: um Estado Liberal limitado teve que ceder espaço para incorporação dos aspectos de Justiça Social⁴⁵. No entanto, também contribuiu para o favorecimento da Economia Capitalista e suas crises.⁴⁶

Portanto, na atualidade, pode-se facilmente identificar características marcantes do princípio do governo limitado, como, por exemplo, a presença de uma Constituição escrita, com normas jurídicas organicamente vinculadas entre si, regulando não só o funcionamento dos Órgãos do Estado, mas, sobretudo, consagrando os Direitos dos cidadãos.⁴⁷ Verifica-se também que a Constituição baseia sua legitimidade no próprio conteúdo de suas normas, as quais se impõem por sua intrínseca racionalidade e Justiça, e, em sua fonte formal, como emanção da vontade direta e soberana do povo. Ressalta-se que a Constituição⁴⁸ moderna possui um caráter rígido e inelástico, uma vez que suas normas não podem ser modificadas nem interpretadas pela vontade legislativa, pois são hierarquicamente superiores às Normas

⁴⁴ *Ibidem.* p. 405.

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. op. cit. p. 56.

⁴⁶ Roth destaca: “Tradicionalmente admite-se que o Estado moderno tomou duas formas principais: O Estado Liberal e o Estado Social. O primeiro emergiu com as revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX; o segundo começou a construir-se desde o final do século XIX, até aproximadamente os anos 1970. Anos desde os quais se considera esse último em crise.” ROTH, André-Noël. op. cit. p. 16.

⁴⁷ Quanto ao Homem e o Estado Maritain adverte: “A pessoa humana como indivíduo existe para o corpo político, mas o corpo político existe para a pessoa humana como pessoa. Mas o homem de maneira alguma, existe para o Estado. O Estado é que existe para o homem.” MARITAIN, Jacques. *Op. cit.* p. 23.

⁴⁸ Ivo Dantas destaca as influências do neoliberalismo no sistema constitucional brasileiro: “Nos dias atuais, em que o Estado brasileiro aderiu – embora se negue oficialmente – ao modelo do Neoliberalismo, dois pontos ou caminhos estão fixados como *conditio sine qua non* a serem alcançados na formulação do Estado mínimo: a) a transferência de serviços que, atualmente, se encontram sob sua responsabilidade, o que se daria através da desestabilização; b) a redução dos Direitos Previdenciários e corte, via flexibilidade, dos denominados Direitos Sociais e Trabalhistas (sobretudo, no tocante às normas referentes ao Contrato de Trabalho)”. DANTAS, Ivo. *Constituição & Processo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 115.

Ordinárias: efetivamente, o Poder Constituinte ocupa posto superior ao Legislativo, bem como a Constituição é dotada de supremacia frente às Leis, levando a Corte Judiciária a assumir a prerrogativa de zelar pela conformidade da Lei com as Normas Fundamentais, assumindo a função judiciária um peso maior do que no sistema baseado na separação de poderes.⁴⁹

John Locke (1632-1704)⁵⁰, reconhecido na doutrina como pai do Estado Liberal⁵¹, resume que a única forma de uma pessoa abdicar de sua liberdade natural e revestir-se dos elos da sociedade civil é, exatamente, a concordância com outros homens em uma união comunitária, objetivando viverem confortavelmente em uma convivência inteiramente pacífica uns com os outros, desfrutando de proteção às propriedades e segurança contra aqueles que eventualmente dela não fazem parte. Realidade que sofre rupturas, processadas nas configurações do Estado, com relevante e progressiva transformação daquele Poder tradicional, alicerçado em parâmetros firmados em relações pessoais e patrimoniais, sendo necessária uma formação de mecanismos eficazes para a defesa do cidadão frente ao Poder, uma evidente reivindicação da sociedade na busca por um tratamento geral e abstrato, enquanto exigência de igualdade e defesa, perante possível e iminente arbitrariedade, ínsita na atuação do Poder, à margem do Direito, sendo necessário o incremento da Segurança Jurídica e a densificação dos Direitos Sociais⁵² frente à previsibilidade das ações do Estado. Na

⁴⁹ BOBBIO, Norberto et alii. *Dicionário de política*. v. 1. 13. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2007. p. 255-256.

⁵⁰ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. 2. ed. Tradução Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 468.

⁵¹ Cf. Padovani e Castagnola: “Locke admite um originário estado de natureza antes do estado civilizado. Não porém no sentido brutal e egoísta de inimizade universal, como dizia Hobbes; mas em sentido moral, em virtude de qual cada um sente o dever racional de respeitar nos outros a mesma personalidade que nele se encontra. Também admite a passagem do estado natureza ao estado civilizado, porquanto, no primeiro, falta a certeza e a regularidade da defesa e da punição, que existe no segundo, graças à autoridade superior. Entretanto, estipulando esse contrato social, os indivíduos não renunciam a todos os direitos, porquanto os direitos que constituem a natureza humana (vida, liberdade, bens) são inalienáveis; mas renunciam unicamente ao direito de defesa e de fazer justiça, para conseguir que os direitos inalienáveis sejam melhor garantidos. [...] A doutrina política de Locke, contida no seu Tratado sobre o Governo Civil, é a expressão teórica do constitucionalismo liberal inglês, em contraste com a doutrina do absolutismo naturalista de Hobbes.” PADOVANI, Umberto; CASTAGNOLA, Luís. op. cit. p. 324.

⁵² Sobre direitos sociais Mauro Capelletti destaca: “os direitos sociais pedem para sua execução a intervenção ativa do Estado, frequentemente prolongada no tempo. Diversamente dos direitos tradicionais, para cuja proteção requer-se apenas que o Estado não permita sua violação, os direitos sociais como o direito à assistência médica e social, à habitação, ao trabalho não podem ser simplesmente “atribuídos” ao indivíduo. Exigem eles, ao contrário, permanente ação do Estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos programas sociais, fundamentais desses direitos e das expectativas por eles legitimadas. É, evidente que, nessas novas áreas do fenômeno jurídico, importantíssimas implicações impõem-se aos juízes. Em face da legislação social que se limita, frequentemente, a definir a finalidade e os princípios gerais, e diante de direitos sociais essencialmente dirigidos a gradual transformação do presente e formação do futuro, os juízes de determinado país bem poderiam assumir e muitas vezes, de fato, têm assumido,

realidade, o princípio da legalidade assume um relevante papel como atributo do Estado enquanto Poder Político, repelindo-se, desta feita, a hipótese sobre a qual o Estado exista para além do Direito, sendo necessário cultivar e propagar o entendimento de que é impossível a ação estatal contrária ao Direito. Desta forma, impõe-se o conceito de ser o Estado e Direito duas realidades diversas, que se submetem a fenômenos de observação e análises diferentes, cujo entendimento social leva a realidades separadas, ocupando espaços próximos, porém diferenciados.⁵³

É importante registrar que as expressões “Estado de Direito” e “Estado Constitucional de Direito” constituem, de maneira contumaz, modelos normativos e não ordenamentos jurídico-políticos reais. No entanto, é possível a existência de Estados reais, mas que não sejam Estados de Direito em sua total plenitude de garantias, em face da mitigação da produção normativa, ou mesmo que essa exista de forma fictícia ou arbitrária, servindo de motivação para que o Poder Estatal se julgue tentado a cometer arbitrariedades, tolher direitos dos cidadãos. Nessa perspectiva, o Estado Constitucional de Direito aperfeiçoou-se, normativamente, como mecanismo de densificação do princípio da legalidade, com a consequente submissão do Poder ao Direito e, desta feita, diante dos ditames do Estado moderno, o Direito deixou de ser um instrumento do qual o Poder viesse a dispor livremente, e até mesmo de forma arbitrária, para se fazer presente como limitador do próprio exercício do Poder.⁵⁴

Definitivamente, a superação do Estado Legislativo de Direito, enquanto modelo de ordenação social, e a necessidade de restauração da eficácia do Direito, como limite ao Poder - motivações ocorridas por uma realidade deficitária dos valores essenciais do ordenamento, e, assim, afetados pelos processos políticos ordinários - contribuíram para a formação de um nível de juridicidade superior e vinculante, ou seja, uma conformidade com os princípios e as formas do Direito. Vivenciam-se tempos de afirmação do caráter plenamente normativo das Constituições, como forma de assegurar a máxima vinculação de todos os Poderes do Estado, bem como da sua produção normativa, observando e subordinando-se a Lei a uma Instância

a posição de negar o caráter preceptivo, ou “self-executing”, de tais leis ou direitos programáticos. [...] É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais.” CAPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999. p. 41-42.

⁵³ CADEMARTORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. 2. ed. Campinas: Millennium Editora, 2006. p. 7-9.

⁵⁴ *Ibidem*. p. 13-14.

Jurídica Superior, ou seja, a própria Constituição⁵⁵. Nessa perspectiva, em face da moderna configuração do Direito e do Estado, mais importante do que a sonhada Pacificação Social é, necessariamente, a Segurança Jurídica.⁵⁶

É verificável que o homem, de início, teve conhecimento de seus direitos unicamente em sua forma natural⁵⁷, e sua resistência contra eventual violação, processada pelo Estado, era igualmente natural. Porém, o Direito Positivo surge para, exatamente, estabelecer parâmetros de acesso e, ao mesmo tempo, de conhecimento quanto a sua aplicabilidade e utilização. O surgimento das Constituições, reconhecidamente, foi o divisor de águas, na proteção jurídica de Direitos, inclusive positivando o que antes existia em sua forma de Direito Natural, contribuindo para a Segurança Jurídica e o incremento da Pacificação Social.

Consideravelmente, a busca por certa margem de segurança e estabilidade leva o homem a aceitar as regras estabelecidas pelo Estado, que utilizando de seu monopólio de Poder, intervém na sociedade civil⁵⁸; e, assim, é evidente a legitimação da Soberania estatal, fato que curiosamente leva a uma reflexão, qual seja: o Estado, criação do homem, assume um Poder soberano, e, como consequência, impõe suas regras diante da vontade humana individualizada, em nome da coletividade e do “bem comum”. De permeio Jellinek afirma: “toda forma de organização soberana que não tem sobre si outra superior, haverá de ser concebida como Estado”.⁵⁹

⁵⁵ CADEMARTORI, Sergio, . p.; p. 17-18.

⁵⁶ Cf. Wambier: “Segurança Jurídica trata-se de um fenômeno que produz tranquilidade e serenidade no espírito das pessoas, independentemente daquilo que se garanta como provável de ocorrer como valor significativo.” WAMBIER, Tereza Arruda Alvin. *op. cit.* p. 58.

⁵⁷ Marilena Chauí destaca em São Tomás de Aquino: “que os humanos perderam a inocência original, mas não perderam a natureza original que lhes fora dada por Deus. Por esse motivo, neles permaneceu o senso de justiça, entendida como o dever de dar a cada um o que lhe é devido, e com ela fundaram a comunidade política.” CHAUI, Marilena de Souza. *op. cit.* p. 392.

⁵⁸ Sobre sociedade civil Bobbio afirma: “Conforme o modelo jusnaturalista da origem do Estado, que se repete com sensíveis variações, mas sem alterações substanciais da dicotomia fundamental “Estado de natureza-Estado civil”, de Hobbes, que é seu criador, até Kant e seus seguidores, o Estado ou Sociedade civil nasce por contraste com um estado primitivo da humanidade em que o homem vivia sem outras leis senão naturais. Nasce portanto, com a instituição de um poder comum que só é capaz de garantir aos indivíduos associados alguns bens fundamentais como a paz, a liberdade, a propriedade, a segurança, que, no Estado natural são ameaçados seguidamente pela explosão de conflitos, cuja solução é confiada exclusivamente à autotutela. Digamo-lo com as palavras de Locke: “Aqueles que se reúnem num só corpo e adotam uma lei comum estabelecida e uma magistratura à qual apelar, investida da autoridade de decidir as controvérsias que nascem entre eles, se encontram uns com os outros em Sociedades civis, mas os que não têm semelhante apelo comum [...] estão sempre no Estado de natureza.” BOBBIO, Norberto et alii. *Dicionário de política*. v. 2. 13. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2007. p. 1206.

⁵⁹ “[...] porque entonces nos encontramos con que toda forma de organización soberana, que no tiene sobre si otra superior, ha de ser concebida como Estado.” Tradução nossa. JELLINEK, Georg. *Teoria general del estado*. Buenos Aires: Julio César Faura, 2005. p. 354.

Registra-se, por conseguinte, que a mutação do Estado Legislativo para o Estado Constitucional de Direito, pressupõe o caráter normativo das Constituições; norma sobre a qual passou, necessariamente, a integrar um plano de juridicidade superior, vinculante e, sobretudo, indisponível, motivado por sequências de princípios que devem ser observados por todos os Poderes do Estado. As normas constitucionais possuem vinculação, a tal ponto que restou totalmente superada a imagem fraca da juridicidade constitucional característica do período liberal, ficando as normas situadas acima dos Poderes do Estado e fora do campo de ação dos conflitos políticos, uma vez que os Poderes do Estado não podem dispor do sentido e conteúdo das normas constitucionais⁶⁰. Nesse ponto adverte Canotilho:

[...] As normas de revisão não são o fundamento da rigidez da Constituição mas os meios de revelação da escolha feita pelo poder constituinte. Esta escolha de um processo agravado de revisão, impedindo a livre modificação da lei fundamental pelo legislador ordinário (constituição flexível), considera-se uma garantia da Constituição. O processo agravado de revisão é, por sua vez, um instrumento dessa garantia – a rigidez constitucional é um limite absoluto ao poder de revisão, assegurando, desta forma, a relativa estabilidade da Constituição. [...] a ideia de superioridade do poder constituinte não pode terminar na ideia de constituição ideal, alheia ao seu <<plebiscito quotidiano>>, à alteração dos mecanismos constitucionais derivados das mutações políticas e sociais é indiferente ao próprio <<sismógrafo>> das revoluções. O que o legislador constituinte pode, porém, exigir do poder de revisão, é a solidariedade entre os princípios fundamentais da constituição e as ideias constitucionais positivadas pelo poder de revisão.⁶¹

Com relação à gênese do Estado, podem-se distinguir três concepções fundamentais: a primeira relacionada à concepção organicista, entendendo, desta feita, que o Estado é independente dos indivíduos, e, assim, anterior a eles; a segunda relacionada à concepção atomista ou contratualista, partindo do entendimento de que o Estado é criação dos indivíduos; e a terceira denominada de formalista, encontrando-se o entendimento de que o Estado é, na realidade, uma formação jurídica.⁶²

É sempre pertinente o escólio do professor Alexandre Groppali, em suas reflexões quanto ao Estado, Organização e Poder, uma vez que o povo é colocado estavelmente sobre um território, observando o comando de um único Poder, que naturalmente é representado pelo Governo, sendo possível uma análise arrimada em uma tríplice ordem de consequências e indagações: a primeira sob o aspecto sociológico, fato que leva o Estado a enfrentar toda complexidade econômica, jurídica, espiritual desde sua formação e evolução, tendo como

⁶⁰ CADEMARTORI, Sergio. *Op. cit.* p. 18-19.

⁶¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op. cit.* p. 1059-1060.

⁶² ABBAGNANO, Nicola. *Op. cit.* p. 423.

exemplo a estrutura étnica da sua população, bem como o ambiente em que vive, aspectos esses que levam o Estado a buscar um consenso, equacionando interesses, um nexos orgânico capaz de congrega todos esses fatores e elementos; a segunda sob o aspecto político, pois as diretivas que o norteiam, para obediência de seus fins, buscam conquistar o máximo de eficiência com o mínimo de sacrifícios à coletividade, constituindo desta forma o objetivo principal da Política, quando elevada a categoria de Ciência; por último, sob o aspecto jurídico, o Estado se apresenta como portador da Ordem Jurídica, capaz de unificar e personificar a sociedade, caracterizando-se pelo monopólio da produção e execução do Direito.⁶³

À luz do pensamento do professor Nelson Saldanha⁶⁴, a evolução histórica do Estado sempre se encontrou relacionada à própria origem. Do mesmo modo no qual o homem entendeu por formar o Estado⁶⁵ e, em nome da coletividade, adaptar-se às suas regras, nasceu, naturalmente, a necessidade de impor certa parcela de limites ao Poder Estatal. Desta feita, o constitucionalismo⁶⁶, terminologia recente, no entanto com raízes bastante antigas, leva-nos à reflexão no sentido de que sempre houve uma constituição nos Estados, independentemente do momento histórico ou do regime político adotado, mesmo que em uma análise moderna tenhamos que a Constituição haja surgido a partir das Guerras Religiosas dos séculos XVI e

⁶³ GROPALII, Alexandre. *Doutrina do estado*. 2. ed. Tradução de Paulo Edmur de Souza Queiroz. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 04-05.

⁶⁴ Cf. Saldanha: “O problema das “origens” do Estado tem de ser colocado, portanto, em função de acepção em que é tomado o termo. Em sentido muito amplo, o termo designa todo grupo político autônomo, e então encontraremos tribos primitivas que já são Estados, tanto no mundo de hoje (se é que há primitivos hoje) quanto no passado longínquo. Os egípcios, os persas, os caldeus, que construíram impérios altamente organizados, obviamente conheceram o Estado, como também os romanos. A “polis” grega, que era uma cidade com plena autonomia, foi um Estado, teve instituições próprias e governo soberano. A estes casos não cabe deixar de aplicar-se o termo Estado. Mesmo na Idade Média, quando os reinos viviam apertados entre o *Imperium* e os feudos, eles (os reinos) eram Estados: coletividades nacionais com demarcação territorial e governo próprio, vivendo com estabilidade. Entretanto há autores que contestam a existência de “Estado” na Idade Média; para eles somente o Estado moderno corresponderia plenamente ao conceito de Estado tal como o entende a “Teoria do Estado” desenvolvidas nos séculos XIX e XX.” SALDANHA, Nelson. *Pequeno dicionário de teoria do direito e filosofia política*. Porto Alegre: Fabris, 1987. p. 100.

⁶⁵ Por formação do Estado Alexandre Gropali afirma: “O Estado principia quando presentes e operantes todos os seus elementos constitutivos, pelo fato de numa conglomeração de indivíduos situados sobre um território, uma vontade superindividual ter conseguido impor-se a atuar unitariamente sobre o comportamento dos particulares, mediante um complexo de limitações, de obrigações de um fim necessário para a vida em grupo: é nesse momento que o povo, exercendo um poder ainda de fato, determina nas assembléias constituintes os modos de formação dos órgãos essenciais para a vida de uma coletividade, com as suas funções e seus nexos e cria assim uma ordem jurídica própria, transforma-se em Estado.” GROPALI, Alexandre. op. cit. p. 170.

⁶⁶ Canotilho define constitucionalismo: “como uma teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Nesse sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É no fundo uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.” CANOTILHO, J.J. Gomes. op. cit. p. 51.

XVII; e assim se conclui que todos os Estados, mesmo os absolutistas ou totalitários, sempre possuíram uma norma básica - expressa ou tácita - responsável por conferir um Poder Soberano.⁶⁷

Na perspectiva do velho ou do novo Positivismo Jurídico é possível destacar-se apenas um conhecimento com requintes de certeza: é que tanto na Escola Normativa, que tem como seu máximo expoente, Hans Kelsen, como na Escola institucional, tendo como propulsor o italiano Santini Romano, o termo Constituição possui um significado meramente descritivo, perfeitamente igual ao que possui nas Ciências Naturais. Na realidade o referido significado científico vem a ser absolutamente independente e autônomo de qualquer relação com o conteúdo concreto da Constituição, que, por sua vez, seria político e axiológico. Portanto, Constituição é, efetivamente, a própria estrutura de uma comunidade política organizada, a ordem que se faz necessária, derivada de um Poder Soberano e dos Órgãos que o exercem. Nessa perspectiva, todo Estado - seja os absolutistas do Século XVII, seja os totalitários do Século XX - têm uma Constituição, existindo de forma tácita ou expressa (forma mais usual), sendo esta uma norma básica que confere o Poder soberano de Império, mas que impõe limites a essa soberania, tendo presente, também, uma necessária repartição do exercício do Poder, em diversos órgãos.⁶⁸

O fato é que o Estado passou a se envolver em todas as esferas da vida do homem, valendo-se do Direito como instrumento de ação. Fazendo com que - no plano jurídico-institucional, que em um primeiro momento era considerado estranho ou periférico à Sociologia, - venha assumir uma posição de destaque, passando o Estado e, como consequência, o Direito a serem objetos de crescente curiosidade sociológica.⁶⁹

Na visão do Professor Nelson Saldanha, o caráter social atribuível ao Direito não invalida a sua condição interna, normativa, apenas enfatiza sua intenção social, e desta feita, as relações existentes entre os homens se estabelecem ou reestabelecem, se estabilizam ou reestabilizam mediante o Direito; tal função é, evidentemente, social⁷⁰. A natureza humana

⁶⁷ NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 47.

⁶⁸ BOBBIO, Norberto et alii. *Dicionário de política*. v. 1. 13. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2007. p. 247.

⁶⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. São Paulo: Max Limond, 1997. p. 22 e 23.

⁷⁰ SALDANHA, Nelson. *Sociologia do direito*. São Paulo: RT, 1970. p. 53.

não passa de uma matéria-prima maleável, que só adquire forma por influência da cultura e da história.⁷¹

Modernamente, é imprescindível entender a constitucionalização dos ramos do Direito, por ser a Constituição uma norma dotada de supralegalidade,⁷² especialmente em função do momento em que é vivenciada. O maior valor que advém ao Estado, em relação aos seus súditos, encontra consistência no fato relacionado à Ordem Jurídica, uma vez que faculta aos indivíduos qualificados como órgãos do Estado, também identificados como órgãos da autoridade pública, a prerrogativa de obrigar os súditos a observar os termos da constituição, através de uma manifestação unilateral de vontade que se legitima por se tratar de vontade do conjunto da sociedade organizada em torno do centro de interesses, denominado Estado⁷³, apresentando-se, naturalmente, como a forma normal de organização das sociedades políticas.⁷⁴

Estado, segundo o professor Eusébio de Queiroz Lima,⁷⁵ seria uma nação encarada sob o ponto de vista de sua organização política, um aparelho inteiramente subordinado aos Princípios de Direito. Para Canotilho, o Estado vem a ser uma forma histórica de organização jurídica do Poder, dotada de qualidades que ocasionam distinção com outros “poderes” e “organizações de poder”.⁷⁶

Doutrinariamente, encontram-se diversos conceitos para o Estado, objetivando delimitação do entendimento relacionado a esse importante vetor, objeto da criação intelectual do homem. No entanto, é preciso reportar-se ao que afirma Miguel Reale, quando explica que o Estado é uma realidade cultural, constituída em virtude da própria natureza social na qual

⁷¹ MORIN, Edgar. *O paradigma perdido: a natureza humana*. Tradução de Hermano Neves. Lisboa: Européia-América, 1973. p. 16

⁷² José Afonso da Silva destaca: “Uma constituição, porém já é o sistema normativo de grau mais elevado na ordenação jurídica do país. Situa-se no vértice das fontes formas do Direito. regula a produção das demais normas da ordem jurídica. Informa e confere validade a todo o ordenamento normativo nacional, cuja unidade, coesão e conexão de sentido encontram nela seu fundamento. As demais normas jurídicas que dela discordem ou divergem são ilegítimas, inválidas, inconstitucionais, e devem ser ineficazes juridicamente, em princípio.” SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 55

⁷³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. Tradução João Baptista Machado São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 311.

⁷⁴ QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional: as instituições do estado democrático e constitucional* São Paulo: RT, 2009. p. 23

⁷⁵ LIMA, Eusébio de Queiroz. op. cit. p. 6-8.

⁷⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. op. cit. p. 89.

proporciona uma organização da ordem estatal consciente e voluntária, em virtude de um dado interesse.⁷⁷

Na Contemporaneidade, a Dogmática Jurídica⁷⁸ tende a passar por uma incorporação de elementos que possam proporcionar uma operativização de um sistema positivo, em virtude do instrumental clássico que praticamente se limitava a um conjunto de instrumentos de cunho lógico, mas que se demonstrou insuficiente para resolver os problemas atuais; a sociedade passou a cobrar do Direito tudo aquilo quanto dele se espera.⁷⁹

1.1 O Direito e sua constante adaptação em face da complexidade social

O Poder - que de alguma forma se faz presente, em função da própria existência do Estado, tudo motivado pela opção que o homem fez por viver em sociedade, havendo uma dada concordância entre a vontade individual e a vontade da coletividade⁸⁰ em face do bem comum⁸¹, encontrando-se também uma harmonia de interesses,⁸² - levou o homem a renunciar a parcela de sua própria liberdade, sendo necessária a formação de Normas que possam possibilitar certa margem de organização social, uma obrigação com regras a serem decididas pelos Tribunais⁸³ e como produto final: Segurança Jurídica. Nessa perspectiva, quanto ao

⁷⁷ REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 9.

⁷⁸ Dogmática Jurídica: Ramo da ciência jurídica que estuda os princípios gerais do direito. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 287.

⁷⁹ WAMBIER, Tereza Arruda Alvin. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 33.

⁸⁰ Celso Fernandes Campilongo afirma: “A maximização da concordância entre a vontade individual e a vontade do Estado é obtida pelo critério da maioria. Vontade individual, aqui, entendida como “liberdade autonomia”, a saber, que o número de pessoas exerce a autodeterminação em matéria de decisões coletivas.” CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. São Paulo: Max Limond, 1997. p. 39.

⁸¹ Opondo-se ao individualismo próprio da matriz liberal, bem como em crítica ao coletivismo de matriz marxista. Maritain analisa o bem comum: “como ferramenta basilar para o bem estar humano da multidão sendo necessário para tanto a presença indispensável do respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana.” MARITAIN apud ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 124.

⁸² Sergio Buarque de Holanda quanto à perspectiva de interesses esclarece: “efetivamente o esforço humilde e desinteressado é agente poderoso da solidariedade dos interesses e, como tal estimula a organização racional dos homens e sustenta a coesão entre eles. Onde prevaleça uma forma qualquer de moral do trabalho dificilmente faltará a ordem e a tranquilidade entre os cidadãos, porque são necessárias, uma e outra, à harmonia dos interesses.” HOLANDA, Sergio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olímpio, 1956. p. 28.

⁸³ Cf. Monereo Pérez: “Na medida em que as normas jurídicas se concedem como norma para decidirem os casos que se apresentam nos Tribunais, e outras autoridades, não se estabelece nenhum problema quanto ao termino da interpretação da obrigação. Expressa simplesmente a atitude de estar ligado, a atitude que tem aqueles que obedecem a lei por respeito a autoridade jurídica. [...] A relevância jurídica de uma norma dirigida ao cidadão está exclusivamente no fado de a mesma norma ser uma regra que anuncia como haverá de decidir os Tribunais para os casos. Do qual resulta que necessitamos de uma observação das consequências judiciais da obrigação do cidadão, ou seja, se a interpretação de tal obrigação esta adequada as condições jurídicas reais.”

Direito, de alguma forma, é praticamente pacífico o entendimento, voltado para a compreensão de ser este um dos fenômenos mais notáveis da vida humana⁸⁴. Pontes de Miranda é esclarecedor ao afirmar que o Direito é um dos processos sociais de adaptação, como a Moral a Economia e a Política⁸⁵. A sociedade dos primatas avançados constitui um êxito de integração complexa⁸⁶ de elementos diversificados, marcada, consideravelmente, por complementaridades e antagonismos que são combinados, a ponto de transpor em sua autoprodução permanente.⁸⁷

O processo civilizador do homem, segundo Norbert Elias,⁸⁸ constitui uma mudança na conduta e nos sentimentos humanos, rumo a uma direção muito específica. No entanto, evidentemente, pessoas isoladas no passado não imaginaram o planejamento de mudança dessa “civilização”, pretendendo efetivá-la gradualmente, utilizando medidas conscientes, “racionais” e deliberadas.

Assim, a tarefa da ordem jurídica, desde logo, leva a reflexões quanto à correlação entre Sociedade e Direito, possibilitando uma expectativa de uma possível harmonia nas relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifícios e desgastes⁸⁹. Eis o que se pode entender como aspecto sociológico do Direito, uma das formas mais importantes e eficazes de controle social⁹⁰ na

[“En la medida en que las normas jurídicas se conciben como normas para decidir los casos que se presenten ante los tribunales y otras autoridades, no se plantea ningún problema en cuanto a la interpretación del término obligación. Expresa simplemente la actitud de estar ligado, actitud que tienen aquellos que obedecen la ley por respeto a la autoridad jurídica.[...] La relevancia jurídica de una norma dirigida al ciudadano está exclusivamente en el hecho de que la misma norma es una regla que enuncia cómo han de decidir los tribunales los casos. De lo cual se sigue que necesitamos una formulación de cuáles son las consecuencias judiciales de la obligación del ciudadano, si la interpretación de tal obligación há de ser adecuada a las condiciones jurídicas reales.”]. Tradução nossa. PÉREZ, José Luis Monereo. *Lógica de las normas*. Granada: Comares, 2000. p. 162.

⁸⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1.

⁸⁵ PONTES DE MIRANDA. *Ação rescisória: contra as sentenças*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto: 1934. p. 7.

⁸⁶ Quanto a essa integração complexa revelam-se interessante as colocações de Stuart Hall: “A medida em que as sociedades modernas se tornaram mais complexas, elas adquiriram uma forma mais coletiva e social. As teorias clássicas liberais de governo, baseadas nos direitos e consentimentos individuais, foram obrigadas a dar conta das estruturas do estado-nação e das grandes massas que fazem uma democracia moderna.” HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guaracira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006. p. 29.

⁸⁷ MORIN, Edgar. *O paradigma perdido: a natureza humana*. Lisboa: Européia – América, 1973. p. 41.

⁸⁸ ELIAS, Norbert. *O processo civilizador*. v. 2. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993. p. 193.

⁸⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 25.

⁹⁰ Cf. Bobbio: “Por Controle Social se entende o conjunto de meios de intervenção, quer positivos que negativos, acionados por cada sociedade ou grupo social a fim de induzir os próprios membros a se conformarem à normas que a caracterizam, de impedir e desestimular os comportamentos contrários às mencionadas normas, de

atualidade, dita por alguns como moderna. Somente a vontade geral⁹¹ pode dirigir as forças do Estado, segundo a finalidade de sua instituição, que é o bem comum⁹². Em termos sociológicos é evidente que o Direito é Direito da sociedade e com ela se modifica.⁹³

Segundo Lourival Vilanova⁹⁴, as relações jurídicas pertencem ao domínio do concreto; necessariamente nascem de fatos que são localizados no tempo-espaço. Sem a interposição do fato, que a norma incidente qualifica como fato jurídico, não ocorre o processo *eficacial*⁹⁵ da efetivação da relação jurídica. Desta feita, um fato é jurídico na medida em que uma norma vincule efeitos a ele, e assim, somente o que é retido em norma, de um fato complexo total, é fato jurídico⁹⁶. Paulo de Barros Carvalho adverte:

[...] O direito posto, enquanto conjunto de prescrições jurídicas, num determinado espaço territorial e num preciso intervalo de tempo, será tomado como objeto da cultura, criado pelo homem para organizar os comportamentos intersubjetivos, canalizando-os em direção aos valores que a sociedade quer ver realizados. [...] Toda e qualquer norma jurídica, simplesmente por integrar o sistema, tem que ver com a disciplina das condutas entre os sujeitos da interação social. [...] Todas as organizações proposicionais normativas operam com prescritividade para incidir no proceder humano, canalizando as condutas no sentido de implantar seus valores.⁹⁷

Indiscutivelmente, no decorrer do desenvolvimento social, relacionado a uma perspectiva de direcionamento natural de elevada complexidade, o Direito, necessariamente, adquiriu uma elasticidade conceitual-interpretativa, objetivando abranger situações heterogêneas, sofrendo mutações por intermédio de decisões, tendo que tornar-se um Direito Positivo. Nessa perspectiva, formas estruturais e graus de complexidade da sociedade condicionam-se reciprocamente. Portanto, desta forma, é, sem dúvida, pertinente ver e

restabelecer condições de conformação, também em relação a uma mudança do sistema normativo.” BOBBIO, Norberto et alii. *Dicionário de política*. v. 1. 13. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2007. p. 283.

⁹¹ Nesse sentido Rousseau destaca em sua época: “No instante em que o povo está legitimamente reunido enquanto corpo soberano, toda jurisdição do Governo cessa, o poder executivo é suspenso, e a pessoa do último cidadão é tão sagrada e inviolável como a do primeiro magistrado, porque, onde se encontra o representado, não há mais representante.” ROUSSEAU, Jean-Jacques. op. cit. p. 105.

⁹² *Ibidem.* p. 42.

⁹³ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 32

⁹⁴ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 85

⁹⁵ Expressão utilizada por Lourival Vila Nova, em seu livro intitulado “causalidade e relação no direito”, que demonstra a preocupação do autor em existir um processo eficaz na efetivação da relação jurídica.

⁹⁶ *Ibidem.* p. 87.

⁹⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 24-79.

pesquisar o Direito como estrutura, e a sociedade como sistema, ambos em uma relação de interdependência.⁹⁸

Atribuir algum direito para uma dada pessoa significa, em linhas gerais, reconhecer que essa pessoa tem a faculdade de fazer ou não fazer algo, conforme seu desejo. Ao mesmo tempo, o Direito possui a prerrogativa de resistir, podendo, inclusive, valer-se de força, contra eventual situação ou mesmo contra o transgressor, tendo como consequência o dever de se abster de qualquer ato que venha proporcionar, de algum modo, a intervenção na aludida faculdade de fazer ou não fazer. Direito e Dever vêm a ser duas noções pertinentes à linguagem prescritiva. Como bem observa Norberto Bobbio⁹⁹, que pressupõe a existência de uma norma ou regra de conduta na qual se atribui ao sujeito a faculdade de fazer ou não fazer alguma coisa, ao mesmo tempo em que impõe a quem quer que seja a abstenção de toda ação capaz de impedir, seja por que modo for, o exercício daquela faculdade.

Na medida em que o Direito vem a ser uma ordem interna de associações sociais, seu conteúdo, forçosamente, decorre da estrutura das referidas associações, como também de sua atividade. Portanto, qualquer mudança na sociedade pode ocasionar, por isso, uma mudança no Direito; e é impossível modificar os seus fundamentos jurídicos, sem que haja também uma mudança na Economia e na Sociedade. O Direito, portanto, é a ordem da vida estatal, social, espiritual e econômica, mas não é sua ordem exclusiva: além do Direito existem outras ordens de importância equivalente, e possivelmente mais eficientes. E de fato, a vida se transformaria num inferno se não estivesse regulamentada por outra coisa a não ser o Direito. Pode-se constatar com facilidade que a máquina social é constantemente abalada em sua ordem. No entanto, o importante é que se mantenha em funcionamento, e sua continuidade é que estabelece limites - dentro dos quais as Normas devem ser observadas - em todo País que possui uma vida mais ou menos ordenada¹⁰⁰. Lourival Vilanova, refletindo quanto aos valores que a sociedade pretende implantar, destaca: “Altera-se o mundo físico mediante trabalho e a tecnologia, que o potencia em resultados. E altera-se o mundo social mediante a linguagem das normas, uma classe da qual é a linguagem das normas do Direito”.¹⁰¹

⁹⁸ LUHMANN, Niklas. op. cit. p. 15.

⁹⁹ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1988. p. 11-12.

¹⁰⁰ EUGEN, Ehrlich. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Tradução René Ernani Gertz. Brasília: Universidade de Brasília, 1986. p. 47-51.

¹⁰¹ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2005. p. 42.

Evidentemente, a sociedade é produzida mediante uma interação entre os indivíduos, no entanto, uma vez produzida, a própria sociedade é levada a um processo de retroação sobre os próprios indivíduos que a constituíram. Consta-se desta feita, que é gerada toda uma cultura, uma linguagem própria, bem como um saber que vai se adquirindo a cada dia, com experiências, e, muitas vezes, com renúncias e/ou sofrimentos. Todos são, ao mesmo tempo, produtores e produtos do meio em que vivem. Portanto, a complexidade do paradigma¹⁰², no qual a ninguém é permitido ignorar a Lei¹⁰³, impõe a presença da coletividade sobre o individual; mesmo que, diante da fragmentação das vidas, todos sejam levados a compreender que a ninguém é possível a totalidade do saber social.

O Direito não vem a ser, totalmente, uma ordem lógica, nem muito menos uma simples estrutura: possui caráter político que se exprime em tomadas de posição, em práticas e teorias, situadas no tempo e no espaço e apoiadas em opções substanciais que o estudioso não deve ignorar, mesmo quando se preocupa com a análise de elementos estruturais, comuns em vários ordenamentos¹⁰⁴. Assim, a utilidade do conceito de uma Norma deve observar, segundo Monereo¹⁰⁵, a teoria legal quanto ao estudo da moralidade positiva; e sua definição deverá cumprir certas condições; ou seja, as Normas devem estar intrinsecamente conectadas com os direitos; e a explicação do conceito deve permitir dizer que certas normas realmente existem e estão em vigência. Tal assertiva é consequência das prerrogativas de um Estado de Direito no qual o cidadão tem a seu dispor um conjunto de meios que garantem Segurança Jurídica, especialmente pelo fato de a Norma integrar, em seu bojo, um relevante contexto social. E assim, quanto às regras, é de suma importância entender que elas disciplinem sua vigência e, como consequência, sua aplicabilidade em total interação com as demais normas presentes no ordenamento.

¹⁰² Cf. Morin: “O paradigma complexo resultará do conjunto de novas concepções, de novas visões, de novas descobertas e de novas reflexões que vão se acordar, se reunir. Estamos numa batalha incerta e não sabemos ainda quem será o vencedor. Mas pode-se dizer, desde já, que o pensamento simplificador baseia no predomínio de dois tipos de operações lógicas: disjunção e redução, que são ambas brutais e mutiladoras, então princípios do pensamento complexo serão necessariamente princípios de disjunção, de conjunção e de implicação.” MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. 3. ed. Tradução Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2007. p. 74-77.

¹⁰³ Nessa perspectiva, a Lei 4657/42, com as alterações processadas pela Lei 12.376/2010 – Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, expõe em seu Art. 3º: Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

¹⁰⁴ DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p. 38

¹⁰⁵ “Para que el concepto ‘norma’ sea útil y fértil en la teoría legal y en el estudio de la moralidad positiva, su definición debe cumplir ciertas condiciones: (1) las normas deben estar intrínsecamente conectadas con los directivos, y (2) la explicación Del concepto debe permitir decir que ciertas normas existen realmente, o tienen vigencia.” PÉREZ, José Luis Monereo. *Lógica de las normas*. Granada: Comares, 2000. p. 102.

Em síntese, o impulso para a legislação nasce da exigência dupla de colocar ordem no caos do Direito Primitivo e de fornecer ao Estado um instrumento eficaz para intervenção na vida social¹⁰⁶. Na verdade, um Direito escrito, superando o “costumeiro” medieval, proporciona unificação dos ordenamentos, tornando as Normas conhecidas, consagrando, assim, a demarcação estatal da ordem vigente, e propiciando um tipo novo de relação entre teoria e prática.¹⁰⁷

O intérprete do Direito, necessariamente, trabalha com dois conceitos bastante distintos, atrelados ao mundo fático e ao mundo jurídico. Nessa perspectiva, inspirando-se nas lições de Pontes de Miranda,¹⁰⁸ verifica-se que, diante do mundo fático - estando presentes elementos físicos, bem como os fatos e previsões constantes no mundo jurídico - faz-se necessária a ocorrência de uma interação capaz de proporcionar a esses fatos físicos, (como, por exemplo, as questões climáticas, ou nosso corpo, os animais) uma condição de afetação do mundo jurídico, levando-se em conta o que nele entrou colorido pela regra jurídica que incidiu. Espera-se, desta feita, que o mundo jurídico esteja no pensamento do jurista e do povo, assim tornando-se capaz de somar os fatos jurídicos. No entanto, só os fatos que interessem ao mundo jurídico, uma vez que não são alheios e/ou estranhos ao Direito. Porém, em virtude das constantes adaptações do Direito aos fatores sociais, anteriormente alheios, e que podem tornar-se motivo de interesse do Direito, nesse caso, haverá o enquadramento do fato ao Direito.

O Estado, por intermédio da organização jurídica coercitiva, leva o homem a aceitar regras, normas jurídicas¹⁰⁹, que são impostas à sociedade¹¹⁰, tendo como objetivo buscar

¹⁰⁶ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 120.

¹⁰⁷ SALDANHA, Nelson. *O estado moderno e o constitucionalismo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 58-59.

¹⁰⁸ Cf. Pontes: “[...] Só a incidência da regra jurídica é que determina a entrada do suporte fático no mundo jurídico. [...] No mundo jurídico, há três planos diferentes: o plano da existência, em que há fatos jurídicos, e não mais suportes fáticos; o plano da validade, quando se trata de ato humano e se assenta que é válido, ou não-válido (nulo ou anulável); o plano da eficácia, em que se irradiam os efeitos dos fatos jurídicos: direitos, deveres; pretensões, obrigações; ações, em sua atividade (posição de autor) e em sua passividade (posição do réu); exceções.” PONTES DE MIRANDA. *Tratado das ações*. Tomo I. São Paulo: RT, 1972. p. 03-04.

¹⁰⁹ Habermas, refletindo sobre o direito moderno, considera: “a validade de uma norma jurídica como um equivalente da explicação para o fato de o Estado garantir ao mesmo tempo a efetiva imposição jurídica e a instituição legítima do direito, ou seja, garantir de um lado a legalidade do procedimento no sentido de uma observância média das normas que em caso de necessidade pode ser até mesmo impingida por meio de sanções, e, de outro lado, a legitimidade das regras em si, da qual se espera que possibilite a todo momento um cumprimento das normas por respeito à lei.” HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 295.

¹¹⁰ Segundo Rousseau: “Os povos como os homens, só são dóceis na juventude, pois eles se tornam incorrigíveis ao envelhecer; uma vez estabelecidos os costumes e enraizados os preconceitos, é um empreendimento perigoso

dirimir os conflitos, envolvendo as pessoas, inclusive o próprio Estado, decidindo sobre as pretensões apresentadas, e impondo as decisões.¹¹¹

É importante refletir que a coação não é uma coisa exclusiva da Norma jurídica. As normas da moral, da religião, dos costumes, das boas maneiras, da moda, não teriam qualquer sentido se delas não emanasse certa margem de coação: são, na verdade, comandos disciplinadores que emanam das associações humanas com a tarefa de coagir os indivíduos a observar esta ordem. Qualquer coerção através de normas, porém, repousa no fato de que o indivíduo, na realidade, nunca é um “ser individual”; ele se encontra alinhado, inserido, impressado em uma série de associações, de modo que a existência à margem delas tornar-se-ia insuportável para ele. Tratam-se aqui de fatores fundamentais, relacionados aos sentimentos humanos. Portanto, o Estado não é a única associação coativa existente na sociedade; há inúmeras associações que são muito mais rígidas que ele. Uma delas é, até hoje, a família, fundamentalmente. A abrangência da ordem jurídica coativa do Estado, assim, restringe-se à proteção de pessoas e posses, contra os que se encontram fora da sociedade. Coisa que o Estado realiza também, como significado secundário, para a manutenção do Direito; com o que é afirmável: sem estas medidas, a sociedade, também, não se vergaria.¹¹²

O Professor Nelson Saldanha, abordando o tema “Ordem, Poder e Estado”, destaca que ordem conota um sentido geral de regularidade, de estabilidade, de simetria, e nessa perspectiva a Ordem Social, em qualquer padrão ou grau de organização, implicará uma diversificação mais ou menos estável de níveis, de ordens, classes, castas, portanto, uma hierarquia; e assim a Ordem implica uma hierarquia e corresponderá a alguma estrutura de Poder. Ele também afirma que esse Poder sempre será um fenômeno desigualitário, que será apresentado sob variáveis, através dos tempos, configurando sistemas políticos - monarquias, aristocracias, repúblicas democráticas - e, assim, dentro da evolução de tais formas, surge o Estado, centro da vida política e base “oficial” da própria Ordem.¹¹³

e vão querer reformá-los; o povo não admite sequer que toquem em seus males para destruí-los, como aqueles estúpidos e covardes que tremem ao ver o médico.” ROUSSEAU, Jean-Jacques. op. cit. p. 60.

¹¹¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit. p. 30.

¹¹² EUGEN, Ehrlich. op. cit. p. 54 -55 -60.

¹¹³ SALDANHA, Nelson. *Pequeno dicionário da teoria do direito e filosofia política*. Porto Alegre, Fabris, 1987. p. 193.

1.2 As mutações do tecido social

A sociedade, ao longo de sua História, sempre demonstrou a necessidade de viver em constantes mutações. Com um implícito relativismo, bastante presente, os conceitos e teorias já não são analisados como intocáveis e/ou imutáveis. O homem chega, inclusive, a imaginar que a “certeza” em torno de um dado conhecimento vem a ser uma segurança subjetiva da verdade para o conhecimento, ou até mesmo uma remota garantia do que possa oferecer à verdade. Especialmente, o Direito vem sendo pensado de modo diferente ao longo da História, variando-se, inclusive, os objetos aos quais se têm chamado Direito. Na realidade, ocorre na sociedade, especialmente na Contemporaneidade, uma forte tendência de as camadas sociais serem incorporadas aos segmentos institucionalizados¹¹⁴. Em outros tempos poder-se-ia entender que elas estariam fadadas a viver à margem dos benefícios gerados pelas conquistas da civilização.¹¹⁵

Nesse ponto, a informação e a rapidez, como tudo, propagam-se inclusive pela internet. Mesmo os mais fechados regimes¹¹⁶, ainda existentes no mundo, enfrentam a força da comunicação na sociedade de massa¹¹⁷, sempre disposta a enfrentar novas crises, revoluções e a romper barreiras. O homem, por intermédio do conhecimento¹¹⁸, poderá se libertar de suas próprias amarras, criadas para manipular ideologicamente as massas,

¹¹⁴ Nesse sentido, Barroso, analisando a cooptação do Poder Público junto aos sindicatos, esclarece: “Não obstante, os processos neocorporativos que se estabelecem no marco do pluralismo jurídico, o interesse frequente do Estado em controlar as diretrizes políticas das relações laborais, geram um exercício de política administrativa e jurídica pendular que espreita as organizações sindicais, que não em muitos casos podem resistir às propostas de cooptação apresentadas pelo poder público.” BARROSO, Fábio Túlio. *Estudos sobre o direito sindical*. Recife: UFPE, 2010. p. 22.

¹¹⁵ WAMBIER, Tereza Arruda Alvin. op. cit. p. 32-33.

¹¹⁶ O Governo da China tem sido descrito como autoritário, comunista e socialista, com pesadas restrições em diversas áreas, em especial no que se refere às liberdades e imprensa, de reunião, de movimento, de direitos reprodutivos e de religião, além de obstáculos ao livre uso da internet. [...]. REPÚBLICA Popular da China. *Wikipédia*: a enciclopédia livre. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/república_popular_da_china>. Acesso em 16 ago. 2009.

¹¹⁷ Por sociedade de massa Bobbio aduz: “A sociedade de massa surge num estado avançado do processo de modernização: quer quanto ao desenvolvimento econômico, com a concentração da indústria na produção de bens de massa e o emergir de um setor terciário cada vez mais importante; quer quanto à urbanização, com a concentração da maior parte da população e das instituições e atividades sociais mais importantes nas grandes cidades e nas megalópoles; quer quanto à burocratização, com o predomínio da racionalidade formal sobre a substancial e com a progressiva redução das margens da iniciativa individual. Este conjunto de condições define o tipo e estilo que prevalecem nas relações sociais de um Sociedade de massa.[...] Na complexidade da sua estrutura, a Sociedade de massa é um fenômeno recente, do nosso século; mas, ao mesmo tempo, ela é resultado de um longo processo de modernização, que pressupõe um progressivo envolvimento social, político e cultural das grandes massas da população.” BOBBIO, Norberto et alii. *Dicionário de política*. v. 2. 13. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2007. p. 1211.

¹¹⁸ Parafrazeando Johannes Hessen, pelo fenômeno do conhecimento, pode-se constatar o fato de que, para consciência natural, a verdade do conhecimento consiste na concordância do conteúdo do pensamento com o objeto. HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 119.

legitimando, desta feita, o Poder¹¹⁹. A velocidade da informação, presente na atual conjuntura da sociedade, vem contribuindo para divulgar rapidamente o que se passa nos quatro cantos da Terra. Já não existem barreiras que não possam ser quebradas.

A presença de um centro fornecedor de toda a orientação necessária ao agir humano foi um marco caracterizador na sociedade mundial, em sua fase que antecedeu a Modernidade; centros fornecedores, como os foram, por exemplo, a Igreja da Idade Média e a “polis” na Grécia Antiga. Condições tais que permearam uma era de escassez valorativa do indivíduo, sendo este visto meramente como parte no Corpo Social, em face de uma perspectiva eminentemente organicista da sociedade. No entanto, com o surgimento da Modernidade, as mutações no tecido social marcaram profundamente a perda de referências externas, tidas como absolutas e transcendentais ao descentramento causado pela dissolução dos pólos de orientação do agir humano.¹²⁰

Na visão de Zygmunt Bauman¹²¹, os tempos modernos encontram os sólidos pré-modernos em estado avançado de desintegração. As certezas e dogmas, cultivados ao longo da evolução da sociedade, especialmente no período do Estado Liberal, são postos em xeque. É vivenciada uma verdadeira era de enfrentamento de incertezas, com uma considerável quebra de paradigmas, na qual o homem partiu para se livrar de amarras, eliminando obrigações irrelevantes, mas que eram tidas como intocáveis.

¹¹⁹ Em Nelson Saldanha verifica-se: “[...] Costuma-se citar uma frase de Max Weber, segundo a qual o poder consiste na oportunidade, que alguém possui, de impor sua vontade a outrem, seja a que título for. O próprio Weber, aliás, construiu uma tipologia das formas do poder e de sua legitimação. Simmel descreveu formalmente o poder como relação bipolar e desigualitária, ocorrente em todos os tipos de organização social. Em qualquer delas, de fato os homens se encaixam em estruturas hierárquicas, correspondentes à divisão do trabalho, à ordem econômica, a princípios religiosos, à estratificação social.” SALDANHA, Nelson. *Pequeno dicionário da teoria do direito e filosofia política*. Porto Alegre: Fabris, 1987. p. 196.

¹²⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 36.

¹²¹ Cf. Bauman: “Os tempos modernos encontraram os sólidos pré-modernos em estado avançado de desintegração; e um dos motivos mais fortes por trás da urgência em derretê-los era o desejo de, por uma vez, descobrir ou inventar sólidos de solidez duradoura, solidez em que se pudesse confiar e que tornaria o mundo previsível e, portanto, administrável. Os primeiros sólidos a derreter e os primeiros sagrados a profanar eram as lealdades tradicionais, os direitos costumeiros e as obrigações que atavam pés e mãos, impediam os movimentos e restringiam as iniciativas. Para poder construir uma nova ordem (verdadeiramente sólida!) era necessário primeiro livrar-se do entulho com que a velha ordem sobrecarregava os construtores. Derreter os sólidos significa, antes e acima de tudo, eliminar as obrigações “irrelevantes” que impediam a via do cálculo racional dos efeitos.” BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 10.

Na realidade, o homem é serviçal de sua própria consciência, alimentada por uma forte carga ideológica, em que lentes refletem uma perspectiva de resultados, às vezes, ou quase sempre, inalcançáveis para uma sociedade de consumo,¹²² e com diversas pretensões resistidas. Todos são tentados a utilizarem de medidas emergenciais e, até mesmo, de paliativos, na busca por atenderem a expectativas de resultados, principalmente os que possam, como no caso do Brasil, país de Modernidade tardia¹²³, contribuir para a diminuição das desigualdades sociais, acarretando melhoria das condições de vida da sociedade.

Observa-se, à luz do pensamento de Habermas, que a transição das sociedades classificadas como tradicionais para as sociedades modernas foi marcada por relevantes diferenciações funcionais. No entanto, no Capitalismo tido como liberal, ocorreram estranhas transferências de tarefas integrativas sociais, presentes em um sistema desprovido de significado político, mas subserviente ao capital econômico, e, assim, responsável pela condução do Mercado, de tal modo que esses elementos de tradição, que são efetivos, tornaram-se independentes de uma ideologia construída em bases econômicas, gerando uma verdadeira troca de equivalentes. Essas diferenciações funcionais são bastante perceptíveis nas crises; é que, quando presente a crise diante da sociedade tradicional, o problema fica vedado quanto a sua solução dentro da possibilidade do espaço, circunscrito pelo princípio da organização, produzindo sérios riscos para a integração do sistema, e ameaçando a própria identidade da sociedade. Por outro lado, diante das sociedades liberais capitalistas, as crises se tornam endêmicas, uma vez que os problemas de condução, temporariamente insolúveis, são produzidos em dados intervalos de tempo, em função do processo de crescimento econômico, uma verdadeira ameaça à integração social. Evidentemente, a suplementação e parcial

¹²² Sorj expõe: “A sociedade de consumo transformou-se num campo ideológico onde competem versões diferentes sobre suas possibilidades, problemas e potencialidades. A ideologia empresarial apresenta a sociedade de consumo como capaz de gerar bens em quantidade e qualidade cada vez melhor e preços cada vez menores, aos quais cada indivíduo terá acesso de acordo com suas preferências pessoais. A crítica socialista tradicional tenta mostrar como na sociedade de consumo se reproduzem as classes sociais (seja pela distribuição desigual da renda, seja pela diferenciação dos produtos consumidos). A crítica ecológica busca mostrar que a produção desenfreada de bens voltada unicamente para uma lógica do lucro destrói o meio ambiente e desconhece a necessidade de controle coletivo dos recursos naturais. Finalmente, o movimento em defesa do consumidor transforma o usuário em agente ativo da determinação do que é produzido e das condições em que é vendido e consumido.” SORJ, Bernardo. *Op. cit.* p. 50

¹²³ Para Lenio Luiz Streck: “No Brasil, a modernidade é tardia e arcaica. O que houve(há) é um simulacro de modernidade.” STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 25. No mesmo sentido José Ribas expõe: “[...] a constatação desse “simulacro” de modernidade revelou-se suficiente para empurrar o Estado para certas modificações”. VIEIRA, José Ribas. *Teoria do estado: a regulação jurídica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1995. p. 75.

substituição do mecanismo de Mercado pela intervenção estatal foram capazes de marcar o fim do Capitalismo Liberal.¹²⁴

Por conseguinte, Monereo Péres¹²⁵ destaca que as características do Capitalismo tardio, conjuntamente, como marco do avanço da crise econômica mundial, estão gerando transformações tanto no sistema socioeconômico quanto no chamado Estado de Bem Estar. Evidencia-se, desta feita, um rompimento do modelo tradicional; a soberania das nações vem cedendo espaço para atender a interesses de uma Economia cada vez mais globalizada, na qual o Capital¹²⁶ internacional exige alterações e flexibilidade das normas internas dos Países, através do argumento da necessidade de realização de investimentos.

Observa-se que as diversas crises econômicas, persistentes no Capitalismo avançado, não mais liberal, são indicadoras de que as ações governamentais intervencionistas no processo de realização, obedecem não mais aos processos de troca, mas às leis econômicas, operando de forma espontânea. Portanto, ficam sujeitas à lógica das crises econômicas expressas na queda tendencial da taxa de lucros. A máquina do Estado, diante desses fatores, não obedece à lógica da Lei ou do valor no modo natural, mas busca, conscientemente, os interesses dos monopólios capitalistas unificados. O Estado torna-se, por tais práticas, um agente capitalista coletivo, capaz de elevar a acumulação do Capital para toda a substância do planejamento político: em suma, o Capital corporificado nas grandes corporações econômicas passa a manipular a própria atuação e ações do Estado.¹²⁷

Agrava-se, por demais, o estado da atual crise de sociabilidade, impregnando-se ao mesmo tempo relações de sociedade, de Estado, de Instituições, de subjetividades, e de

¹²⁴ HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. 2. ed. Tradução de Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 2002. p. 39-48.

¹²⁵ “Las características del capitalismo tardío o avanzado junto con el marco de las crisis económica mundial está generando transformaciones tanto en el sistema socio-económico como en el llamado Estado del Bienestar (la famosa crisis del Estado del Bienestar). PEREZ, Jose Luis Monereo. *Introducción al nuevo derecho del trabajo: una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 169.

¹²⁶ Cf. Harvey: “O capital é um processo, e não uma coisa. É um processo de reprodução da vida social por meio da produção de mercadorias em que todas as pessoas do mundo capitalista avançado estão profundamente implicadas. Suas regras internalizadas de operação são concebidas de maneira a garantir que ele seja um modo dinâmico e revolucionário de organização social que transforma incansável e incessantemente a sociedade em que está inserido. O processo mascara e fetichiza, alcança crescimento mediante a destruição criativa, cria novos desejos e necessidades, explora a capacidade do trabalho e do desejo humanos, transforma espaços e acelera o ritmo da vida. Ele gera problemas de superacumulação para os quais há apenas um número limitado de soluções possíveis” HARVEY, David. *A condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. São Paulo: Edições Loyola, 1989. p. 305.

¹²⁷ HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. 2. ed. Tradução de Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 2002. p. 63.

valores¹²⁸. Os índices elevados de desigualdades sociais demonstram uma mitigação dos objetivos do Estado do bem estar social¹²⁹, uma vez que é forte a concentração de riquezas em pequenos grupos, melhor aquinhoados pelas próprias ações do Estado.

Há muito se verifica, na História da literatura constitucionalista, que foram enormes as lutas travadas entre a Monarquia Absoluta e a Nobreza Latifundiária, predominante, à época, na Inglaterra¹³⁰, destacando-se o conflito entre o Rei João e os Barões. Eis uma característica presente na sociedade, relacionada à constante luta de classes. Na realidade, crises¹³¹, revoluções e quebra de paradigmas, fazem parte do tecido social em constante mutação. Os homens, como destaca Zygmunt Bauman¹³², por sua constituição, vêm a serem “animais que fazem escolhas” e, portanto, consideram o valor relativo de várias opções antes de se decidirem por uma delas.

Do apogeu do Século XVII ao Século XX, evidentemente, o mundo atravessou duas grandes revoluções profundamente marcantes para a sociedade, especificamente a revolução da liberdade e da igualdade, seguidas de mais duas, que se desenvolveram, durante as últimas décadas: uma delas é a revolução da fraternidade, que teve como objeto o homem, a ambiência planetária, o sistema ecológico, e a pátria-universo; e a outra é totalmente relacionada ao Estado Social, em sua fase mais recente de concretização Constitucional, tanto da liberdade como da igualdade¹³³. Os novos tempos, proporcionados pela Modernidade, representam, assim, um prenúncio de uma forma inédita de conceber o mundo. O projeto da Modernidade, com atributos eficazes no levantamento dos contornos de compreensão,

¹²⁸CALADO, Alder Júlio Ferreira. Movimentos sociais rumo a uma nova sociedade: do consenso ideológico ao dissenso alternativo. In: GONÇALVES, Moises Augusto; FÁTIMA, Geraldo Magela de (orgs.) *Outros olhares: debates contemporâneos*. v. 1. Belo Horizonte: Leeditathi, 2008. p. 13.

¹²⁹ Paulo Bonavides, em crítica ao Estado Social, reflete: “Estado Social significa intervencionismo, patronagem, paternalismo.” BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8 ed. São Paulo. Malheiros, 2007. p. 203.

¹³⁰ Cf. Alves: “A ascensão da burguesia ao poder através do parlamento inglês, pela célere Revolução Gloriosa (1689), certamente influenciou os pensadores do século XVIII a condenar velada ou veementemente o regime absolutista. Todavia, não foi só isto o fator gerador da oposição burguesa ao Antigo Regime (nome dado ao Absolutismo): as guerras européias, o luxo das cortes, a intolerância do clero, enfim, a falta de oportunidade sufocavam a burguesia em suas pretensões de ascender socialmente.” ALVES, Antonio. *História: O mundo: idade moderna: o Brasil: colônia e império*. Recife: Líder, 1982. p. 175

¹³¹ Norberto Bobbio, quanto à crise, esclarece: “Chama-se crise a um momento de ruptura no funcionamento de um sistema, a uma mudança qualitativa em sentido positivo ou em sentido negativo, a uma virada de improviso, algumas vezes até violenta e não prevista no módulo normal segundo o qual se desenvolvem as interações dentro do sistema em exame.” BOBBIO, Norberto et alii. *Dicionário de política*. v. 1. 13. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2007. p. 303.

¹³² BAUMAN, Zygmunt. *Capitalismo parasitário: e outros temas contemporâneos*. Tradução Eliana Aguiar Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010. p. 88-89.

¹³³ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8. ed. São Paulo. Malheiros, 2007. p. 29.

atrelado a um amplo processo de transformações, é capaz de incorporar, simultaneamente, matrizes de índole política, social, econômica e científica, nas quais a racionalidade¹³⁴ encontra um terreno fértil para o seu desenvolvimento. Desta feita, a modernidade proporcionou um rompimento com o passado, teológico, e enxerga-se como porta voz dos “novos tempos”, mas que mantém contornos, fundados nos limites dos “velhos tempos”.¹³⁵

Nessa perspectiva, facilmente constata-se o individualismo dos Séculos XVII e XVIII, corporificado no Estado Liberal, tendo como base a omissão do Estado diante dos problemas sociais e econômicos, conduzindo os homens a um Capitalismo desumano e escravizador¹³⁶. Um Estado Liberal não é, necessariamente, democrático: ao contrário, realiza-se historicamente em sociedades nas quais a participação do governo é bastante restrita, limitada às classes possuidoras, conforme adverte Norberto Bobbio,¹³⁷ em suas valiosas ponderações.

Faz parte da natureza humana atravessar tempestades e vencer adversidades, uma vez que o homem é um ser eternamente insatisfeito com a realidade que se encontra a sua volta, perseguindo constantemente novos horizontes, que lhe proporcionem conquistas e/ou compensações, às vezes até mesmo ilusórias.¹³⁸

O que vem acontecendo nos tempos atuais é uma redistribuição e realocação dos “poderes de derretimento”¹³⁹ na Modernidade, afetando as Instituições existentes, as molduras

¹³⁴ Cf. Sorj: “O Estado racionalizador brasileiro constitui num esforço tecnocrático, muitas vezes associado a regimes autoritários e/ou a uma visão elitista da transformação social, e manteve pouca relação com a crescente mobilização democrática da sociedade e com a justiça social. A legitimação do Estado brasileiro, na segunda metade do século XX, fundou-se basicamente na sua capacidade de gerar crescimento econômico, com descaso pelas dimensões sociais, em particular a educação e a saúde.” SORJ, Bernardo. . p., 2001. p. 18.

¹³⁵ TEIXEIRA, João Paulo Allain. Acesso à justiça, proporcionalidade e a “pílula vermelha” entre racionalidade e hermenêutica. In: GOMES NETO, José Maria Wanderley (org.) *Dimensões do acesso à justiça*. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 89-90.

¹³⁶ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 44

¹³⁷ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1988. p. 7.

¹³⁸ Gisele Cittadino lembra que: “desde Freud parece não restar dúvidas de que a natureza humana está condenada a tentar satisfazer seus desejos no âmbito de uma realidade que lhe impõe limites. Enfrentando frustrações reais, sejam materiais, afetivas, institucionais ou ideológicas, o indivíduo busca formas de compensação ilusórias e se protege ocultando de si mesmo uma parte dessa realidade externa. O sofrimento que resulta da opressão da realidade exterior é imaginariamente anulado através de fantasias que permitem ao sujeito uma compensação por suas renúncias. Trata-se de um mecanismo de defesa que busca tornar inacessíveis experiências internas de frustrações.” CITTADINO, Gisele. “Invisibilidade”, estado de direito e política de reconhecimento. In: MAIA, Antonio; MELO, Carolina e outros (orgs.). *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 153.

¹³⁹ Expressão utilizada por Bauman, aduzindo que: “os padrões, códigos e regras a que podíamos nos conformar, que podíamos selecionar como pontos estáveis de orientação e pelos quais podíamos nos deixar depois guiar, que estão cada vez mais em falta.[...] Os poderes que se liquefazem passaram do “sistema” para a “sociedade” da

que circunscrevem o domínio das ações-escolha possíveis; uma fase de “quebrar a forma” na História da Modernidade, inerentemente transgressiva, rompedora de fronteiras e capaz de desmoronamentos. São esses padrões, códigos e regras - aos quais todos podiam se conformar, e assim selecionar como pontos estáveis de orientação, pelos quais podiam deixar-se guiar depois - que estão cada vez mais em falta¹⁴⁰. É sempre salutar abordar os escritos de Lourival Vila Nova:

[...] A filosofia mesma, que se tem como se fosse provocada pelo desejo de conhecimento, provém de uma relação do sujeito cognoscente com seu mundo circunjacente, parte do qual é o mundo social: se seu fim imediato é saber pelo saber, seu intento imediato é o saber como instrumento circundante. O caráter apragmático, utilitariamente neutro, está na estrutura manifesta: na estrutura profunda do ato reside um *quantum* de ideologia e a vontade de modificar o mundo. Isto nada mais é do que a vinculação existencial do conhecimento e do sujeito do conhecimento como contexto social e cultural concreto em que se acha instalado.¹⁴¹

Especificamente no caso do Brasil, a sociedade tem frágeis componentes cívicos e uma baixa noção quanto ao interesse público. Inclusive, nas poucas vezes em que se verifica uma certa convulsão da sociedade em torno de uma questão que, supostamente, é de interesse nacional, facilmente é constatada uma margem considerável de manipulação das massas, tudo arquitetado pela mídia, totalmente subserviente às elites dominantes.

A “coisa pública” ainda é tida, frequentemente e com muita facilidade, como de ninguém, representando um traço marcante de distanciamento da identidade coletiva, fruto de um modelo copiado pelas elites Brasileiras do Liberalismo Europeu. Também é possível creditar tais fatores ao relacionamento firmado na baixa escolaridade de parcela considerável da população brasileira. Constata-se uma visão do Estado como fonte de enriquecimento ilícito. O espaço público é caracterizado, no Brasil, como extensão do espaço privado, e, destarte, são mitigadas a existência e convivência com outros interesses, tidos como coletivos, ou, mesmo, como bem comum¹⁴². No Brasil cultivava-se um adágio popular: “tem lei que cola e a lei que não cola”, agravando, ainda, a possibilidade de Pacificação Social.

De permeio às ponderações de Nelson Saldanha, o saber jurídico e a Ciência Política não possuem exatidão de tipo científico-natural: moldam-se sob circunstâncias históricas e

“política” para as “políticas da vida” – ou desceram do nível “macro” para o nível “micro” do convívio social. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 14.

¹⁴⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Op. Cit.* p. 13-16

¹⁴¹ VILA NOVA, Lourival. *Escritos Jurídicos e Filosóficos*. v.1 São Paulo: Axis Mundi IBET, 2003. p. 341.

¹⁴² SORJ, Bernardo. *op. cit.* p. 30.

gravitam em torno de experiências humanas que afetam seu “status” epistemológico.¹⁴³ Desta feita, a evolução do Estado Moderno pode ser examinada como a História de lutas que visaram, em diferentes momentos, a ampliar o raio de incidência do critério da maioria, e, assim, no instante em que os deslocamentos dessa natural expansão da cidadania política chegaram ao ápice, notadamente do ponto de vista formal, ocorrendo a incorporação constitucional dos mecanismos da Democracia participativa¹⁴⁴, o critério das maiorias parece reconhecer a perda de sua vitalidade, rende-se a uma ordem internacional que foge completamente do seu Poder deliberatório.¹⁴⁵

Não é fácil romper um paradigma: são diversas as resistências a enfrentar, tudo motivado pela constatação de que um paradigma no qual se move a sociedade é constituído por todos. A investigação histórica cuidadosa de uma determinada especialidade, num determinado momento, revela um conjunto de ilustrações recorrentes, e quase padronizadas, de diferentes teorias nas suas aplicações conceituais, instrumentais, e na observação. Essas são os paradigmas da comunidade, revelados nos seus manuais, conferenciais e exercícios de laboratório; e, assim, ao estudá-los e utilizá-los na prática, os membros da comunidade considerada aprendem seu ofício.¹⁴⁶

O desenvolvimento, por Habermas, de uma teoria da racionalidade comunicativa universal - objetivando resgatar o “mundo vivido” de cidadãos com capacidade de ação e linguagem, os ideais de vida boa de uma sociedade, oprimida pelos meios de integração sistêmica, como o Direito e Poder - encontra na comunicação um marco fundamental para construção de um tipo de racionalidade abrangente e, ao mesmo tempo, sensível às dinâmicas de coordenação das ações sociais, capaz de servir de base para um entendimento, orientado a pretensões universais de validade, sendo a única coação admitida, à força do melhor argumento.¹⁴⁷

¹⁴³ SALDANHA, Nelson. *Estado de direito, liberdades e garantias: estudos de direito público e teoria política*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980. p. 5.

¹⁴⁴ Sérgio Buarque de Holanda, em crítica à Democracia brasileira, expõe: “A democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal-entendido. Uma aristocracia rural e semifeudal importou-a e tratou de acomodá-la, onde fosse possível, aos seus direitos e privilégios, os mesmos privilégios que tinham sido, no velho mundo, o alvo da luta da burguesia contra os aristocratas. E assim puderam incorporar à situação tradicional, ao menos como fachada ou decoração externa, alguns lemas que pareciam os mais acertados para a época e eram exaltados nos livros e discursos.” HOLANDA, Sergio Buarque. op. cit. p. 234.

¹⁴⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. São Paulo: Max Limond, 1997. p. 98.

¹⁴⁶ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007. p. 67.

¹⁴⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 11.

Importante é refletir, no pensamento de Habermas, o surgimento de um projeto de renovação da teoria crítica da sociedade, proporcionando novas referências críticas a respeito das formas de organização da sociedade contemporânea. As mutações sofridas no tecido da sociedade encontram maior abrangência e força na medida em que o homem aprimora o caminho do diálogo e, principalmente, com a Comunicação, firmando consideravelmente o marco fundamental para superar as adversidades, contribuindo para a diminuição das desigualdades sociais. Habermas observa no Direito, a possibilidade de institucionalizar as condições ideais para o discurso voltado a atender os objetivos do Estado Democrático de Direito, mediante uma função crítica das ideias fundamentais da Razão, a ser utilizada pela comunidade política ou mesmo pela sociedade bem ordenada. À luz dessas ideias, é possível denunciar a injustiça existente e exigir, politicamente, condições mais justas.¹⁴⁸

Paulo Bonavides, preocupado em demonstrar as frequentes distorções e abusos cometidos em nome da Democracia, lembra, na obra de Hans Kelsen, que a Democracia é, sobretudo, um caminho: o da progressão para a liberdade.¹⁴⁹ Portanto, se o povo conseguir adquirir informação e conhecimento suficientes para superar as adversidades, a sociedade poderá vencer a luta de classes, predominante no tecido social hoje existente, e após isso, haverá a possibilidade de melhoria dos quadros representativos, especialmente no Poder Legislativo. É com o Estado Legalista que o Direito torna-se algo do Estado, abandonando-se o Direito costumeiro, e concebendo-se a Ordem jurídica - como uma rede cerrada de normas positivas - e a ideia de Direito Natural - que serviu, por muito tempo, de alicerce para o Direito Positivo, respaldado no Poder Político em que a ideologia aposta às vigências e às autoridades estabelecidas.¹⁵⁰

A Lei é uma das formas de comunicação humana de natureza imperativa, destinada a regular a conduta de um grupo social e emanada de um homem, de um grupo de homens, de uma classe ou da totalidade do grupo social, para, nessa perspectiva, traduzir os interesses absolutos da classe minoritária, no entanto dominante, numa sociedade de opressão ilimitada; por outro lado, objetivando expressar soluções de compromisso para uma sociedade em que os dominados tenham condições de fazer valer a sua força, ou para estabelecer a igualdade e o

¹⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Tradução de Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2009. p. 316.

¹⁴⁹ KELSEN, Hans *apud* BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 267

¹⁵⁰ SALDANHA, Nelson. *Estado moderno e constitucionalismo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 74.

Direito de todos, podendo desta feita vir a superar qualquer forma de dominação e exploração.¹⁵¹

Nessa perspectiva, Jean-Jacques Rousseau, em sua época, já destacava que o cidadão consente a todas as leis, mesmo àquelas aprovadas sem seu consentimento e mesmo àquelas que o punem quando ousa violar. A vontade constante de todos os membros do Estado é a vontade geral e é por ela que eles são cidadãos livres.¹⁵² Negri adverte que Rousseau estabelece distinção entre Poder Legislativo e Poder Executivo em um plano puramente terminológico, herança deixado por Montesquieu e Locke, em que é entendido respectivamente como vontade e força, e assim existindo para Rousseau apenas Soberania e Governo, direcionando para a definição em que o Poder Soberano em geral, é exercido da força para impor uma vontade, uma constituição executiva da legislação.¹⁵³

Já Habermas, analisando a visão da Teoria do Direito em face do multiculturalismo, suscita *ab initio* a imparcialidade Ética da Ordem Jurídica e da política. Denominando como éticas, nesse contexto, todas as questões que se referem às concepções do bem viver ou à vida não-malograda, uma vez que a Ética não se submete ao questionamento, por exemplo, se algo é “igualmente bom para todos”, ao argumento de valorações internas, sendo mais importante, neste sentido, uma avaliação imparcial de tais questões com embasamento na auto-compreensão e no projeto de vida perspectivo de grupos, em particular, mas a partir da visão do todo manifestada por esses grupos. É fundamental uma imparcialidade Ética no Direito, em vista da auto-compreensão ético-política de uma nação composta por cidadãos que integram um Estado.¹⁵⁴

Conforme se verifica à luz dos ensinamentos habermasianos, na medida em que ocorreu uma melhor formação política da opinião e da vontade dos cidadãos, uma maior participação comunicativa, pela ideia de efetivação de Direitos, as discussões sobre uma concepção comum do que seja bom e sobre qual a forma de vida desejada foi reconhecida como autêntica. Importante é uma redução do espaço para interferências, oriundas de paixões,

¹⁵¹ HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito: à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 6

¹⁵² ROUSSEAU, Jean-Jacques. op. cit. p. 119.

¹⁵³ NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 286.

¹⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 3 ed. São Paulo: Loyola, 2007. p. 251

crenças e demais expressões de subjetividade, permitindo uma progressiva identificação entre a racionalidade e verdade, objetividade e necessidade, em que a mente humana venha, sempre, a perseguir a verdade.¹⁵⁵

Norteia sempre a sociedade, um crescente interesse por mecanismos que possam proporcionar uma busca efetiva pela verdade real, verdade essa que venha desprovida de qualquer influência exterior que possa induzir na decisão e, como consequência, favorecer a impunidade.

O conhecimento, segundo reflete Tércio Sampaio Ferraz Junior¹⁵⁶, é visto como uma atividade, capaz de servir de mediação entre os dados da realidade e a resposta comportamental do indivíduo. Dessa forma, o conhecimento em si mesmo gera expectativas cognitivas que são estruturas adaptativas, destinadas a diminuir ou controlar a angústia humana perante a complexidade social. As sínteses significativas da Ciência, de um modo geral, são capazes de garantir a segurança e a certeza de expectativas sociais. Vem a ser de grande valia o tema dos Direitos do homem, inclusive quando relacionado aos dois problemas fundamentais do nosso tempo, quais sejam, a Democracia e a Paz. O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem são a base das Constituições democráticas, e, ao mesmo tempo, a paz é o pressuposto necessário para a proteção efetiva dos Direitos do homem, em cada Estado e no sistema internacional.¹⁵⁷

Paulo Bonavides reforça a ideia na qual a Democracia moderna oferece respostas a problemas capitais, ligados às contradições internas do elemento político sobre as quais se apoiam as massas, devendo também ser observada a hipótese de um desvirtuamento do Poder por parte dos governantes, pelo fato de possuírem estes o controle da função social, e ficarem sujeitos à tentação daí decorrente, de utilizarem a máquina estatal em proveito próprio.¹⁵⁸

Nos últimos tempos, é grande o número de ações de improbidade administrativa tramitando no Poder Judiciário, tudo motivado por atos praticados por alguns gestores

¹⁵⁵ TEIXEIRA, João Paulo Allain. *Racionalidade das decisões judiciais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 7.

¹⁵⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 16.

¹⁵⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 203.

¹⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 303.

públicos, que em suas ações administrativas são atentatórios aos princípios e objetivos que regem o Estado Democrático Social de Direitos.¹⁵⁹

Esse comportamento ainda revela-se causa determinante para mitigação da possível concretização dos Direitos Fundamentais, uma vez que o gasto público, e conseqüentemente, os recursos postos a disposição, é fruto de um “orçamento” em que o Poder Legislativo não foi capaz de representar os interesses da sociedade quanto à densificação de direitos, sendo uma mera peça simbólica de uma proposta distante das reais necessidades do povo brasileiro, contribuindo por seu turno para a má utilização dos recursos pelo Poder Executivo, inclusive facilitando os desvios das aludidas verbas dispostas no orçamento.

1.3 Do estado social ao estado neoliberal: conseqüências para o reconhecimento de direitos

Ressalta-se uma perspectiva, relacionada à condição do homem em ser sujeito de direitos, deveres e obrigações, inclusive direitos diferenciados por particularidades. Em comentário sobre a obra de Georg Jellinek,¹⁶⁰ especialmente, em seus dois livros clássicos - o

¹⁵⁹ “BRASÍLIA – Nos últimos 17 anos, 1.311 agentes públicos foram condenados por improbidade administrativa. São prefeitos, governadores e parlamentares de todo o Brasil que sofreram penalidades por gerir mal o dinheiro público. As condenações foram determinadas pela Justiça em 773 ações civis propostas pelo Ministério Público, que renderam R\$ 195 milhões para o erário. Desse total, R\$ 110,7 milhões foram em multas pagas pelos condenados e outros R\$ 82,2 milhões em ressarcimento por danos causados. Os políticos também foram obrigados a devolver R\$ 2,4 milhões em “bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio”. A lei de improbidade administrativa foi criada em 1992 e, desde então, não havia monitoramento nacional da eficácia dela. Em dezembro do ano passado, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou o Cadastro Nacional de Improbidade Administrativa para compilar esses dados. Foram registradas apenas condenações transitadas em julgado – ou seja, sem direito a recurso [...]”. BRIGIDO, Carolina. Em 17 anos, 1311 agentes públicos foram condenados por improbidade administrativa. **Jornal O Globo**, Rio de Janeiro, 14 ago. 2009, Maquina Pública. Disponível em: <www.oglobo.globo.com>. Acesso em 25 ago. 2009.

¹⁶⁰ De acordo com a teoria desenvolvida por Georg Jellinek no final do século XIX, quanto aos quatro *Status* em que o indivíduo pode se achar diante do Estado, Alexandre Gropali, em feliz comentário ao livro do aludido autor, em sua versão italiana denominada *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, destaca: “Por *Status* entende-se em um sentido mais amplo do que técnico, como um complexo de direitos e obrigações, e assim o primeiro *Status* seria o *Status Subjectionis* (*Status* Passivo), compreendendo os direitos de supremacia que o Estado exerce sobre os cidadãos e aos quais corresponde o dever de obediência, de fidelidade de prestações pessoais e reais; o segundo *Status Libertatis* (*Status* Negativo), compreendendo os direitos de liberdade constituídos pelo poder jurídico por parte dos cidadãos de dispor da sua pessoa e suas coisas, como também de agir de acordo com sua própria vontade nas zonas de atividade não vedadas e indiferentes aos direitos; o terceiro *Status civitatis* (*Status* Positivo), compreendendo os direitos cívicos que os cidadãos têm contra o Estado para obter a proteção jurídica no interior e no exterior, a prestação de serviços públicos, o ingresso em cargos civis e militares quando satisfaçam determinadas condições; o quarto *Status activae civitatis* (*Status* Ativo), compreendendo os direitos políticos atribuídos aos cidadãos de participar na vida do Estado (eleitorado ativo passivo).” GROPALI, Alexandre. *Doutrina do estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 218.

sistema *dei Diritti Pubblici Subiettivi* publicado em 1892 e *Dottrina Generale dello Stato*¹⁶¹ de 1900 - Alexandre Groppali esclarece a importância da sistematização dos direitos públicos subjetivos feita por Jellinek, a qual pode-se concluir no seguinte silogismo: “Qualquer direito implica uma relação entre dois sujeitos; o Estado tem direito sobre seus súditos; logo, se entre o Estado e súditos existe uma relação jurídica, os súditos também terão necessariamente direitos contra o Estado”.¹⁶²

A transição entre o Estado Liberal para o Estado Social¹⁶³ promove alteração substancial em suas concepções e finalidades. Nessa perspectiva, o Estado se propõe a atender ao bem comum e, conseqüentemente, satisfazer aos Direitos Fundamentais, e, ainda, em última análise, garantir a igualdade material entre os componentes do Corpo Social. Surge a segunda geração de Direitos Fundamentais – a dos Direitos Econômico-Sociais, complementar à dos Direitos de Liberdade. Por outro lado, substitui-se o dever de abstenção do Estado por um *dare, facere, praestare*, por intermédio de uma atuação positiva, que realmente permita a fruição dos direitos de liberdade da primeira geração, assim como dos novos direitos.¹⁶⁴

Verifica-se que a migração mutante do Estado Liberal, caracterizado por ser um Estado mínimo, para o Estado Social, caracterizado como Estado intervencionista, portanto, Estado de Providência, importou na transformação do perfil do modelo adotado pelo Liberalismo Clássico que se limitava à manutenção da paz e da segurança: um Estado de apenas duas funções. Evidentemente, ocorreu um incremento das prestações públicas¹⁶⁵ e a

¹⁶¹ Edição traduzida para o Espanhol: JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. Buenos Aires: Julio César Faira, 2005.

¹⁶² GROPALI, Alexandre. *Op. cit.* p. 211.

¹⁶³ Monereo Pérez destaca que: “O Estado Social e Democrático de Direito não só é condição indispensável para uma vida com dignidade humana. É também a base de qualquer luta democrática por um ordenamento jurídico e econômico que tenha em conta os direitos humanos e econômicos, sociais e culturais. Os direitos sociais são verdadeiros direitos de participação dos indivíduos e grupos que se desprendem de sua integração em conjuntos ou unidades sociais e que assim mesmo, garantem o caráter democrático destes últimos” (Tradução nossa do original “El Estado social y democrático de Derecho no solo es condición indispensable para una vida con dignidad humana. Es también la base de cualquier lucha democrática por un ordenamiento jurídico y económico que tenga en cuenta los derechos humanos económicos, sociales y culturales. Los derechos sociales son verdaderos derechos de participación de los individuos y grupos que se desprenden de su integración en conjuntos o unidades sociales y que, asimismo, garantizan el carácter democrático de estos últimos”). PÉREZ, Jose Luis Monereo. *La defensa del estado social de derecho: La teoría política de Hermann Heller*. España: El Viejo Topo, 2009. p. 73.

¹⁶⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo poder judiciário. *Revista Magister de Direito Processual Civil*, Porto Alegre, v. 30, p. 9, maio-jun. 2009.

¹⁶⁵ Nesse sentido Streck e Moraes destacam: “Com o crescimento da intervenção, desaparece o modelo do Estado mínimo e abre-se o debate acerca de até que momento sobrevivem os ideais liberais diante de tal situação bem como até que ponto não é esta transformação o meio através do qual o próprio liberalismo estabelece as

necessária densificação das garantias propostas aos cidadãos como atributos da própria cidadania. Essa ampliação participativa do Estado Social acarreta uma mitigação no âmbito das atividades livres dos indivíduos, uma vez que o Estado Social pretende ser o dono de suas próprias razões, justificando sua legitimidade exatamente por pretender oferecer à sociedade, garantias sociais que possam premiar a inclusão social das massas.

A raiz desenvolvimentista do Estado Social ou de Providência rapidamente contribuiu para a destruição das solidariedades tradicionais, familiares e territoriais, obrigando o Estado a intervir cada vez mais, especialmente no Século XIX.¹⁶⁶ A transformação do Estado Liberal em Social teve, consideravelmente, um viés relacionado às melhorias das condições sociais, em virtude de o Poder Público assumir a condição de garantidor de um mínimo de eficiência para a sociedade; ao mesmo tempo tentando regular o próprio Mercado, participando das decisões, financiando empreendimentos, ou mesmo criando empresas e/ou Mercados antes não explorados. O Estado Social encontrou a necessidade de intervir em segmentos da economia; às vezes para impulsionar o desenvolvimento, ou às vezes objetivando criar mecanismos de arrecadação tributária, uma vez que o Estado Social (Providência) revela-se um Estado “caro”, necessitando de receitas suficientes para atingir o elevado custo de suas necessidades financeiras.

É importante refletir que, sobre o Estado Liberal Burguês e, como consequência, a passagem do Estado Mínimo para o Estado Social, vislumbra-se durante seu percurso, em um primeiro momento, a finalidade relacionada à Ordem e à proteção. No entanto, com o incremento das questões sociais e suas promessas quanto à densificação, o Estado Social (Providência) assume tendência a aumentar sua intervenção, uma interferência que contribuiu, significativamente, para o aumento da máquina estatal. Com o *Welfare State*, definitivamente desaparece o Estado Mínimo, passando paulatinamente a assumir tarefas positivas, aumentando as prestações públicas entendidas como necessárias para assegurarem direitos aos cidadãos. Essas prestações públicas tornam-se atributos da própria cidadania, e, assim, uma

condições suficientes para a sua continuidade, sobretudo observando desde o seu núcleo econômico forjado sob o liberalismo e onde estão presentes os elementos conformadores do capitalismo. Novos liberais e neoliberais se debatem sobre até onde o intervencionismo não altera até a transformação completa o perfil que seria peculiar às estratégias próprias do liberalismo.” STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. op. cit. p. 64.

¹⁶⁶ Nesse sentido Roth destaca: “O Estado social tem tido a função de fortalecer, no quadro nacional, o crescimento econômico do país e a proteção social dos indivíduos. Ele se converteu em um instrumento de transformação e de regulação social. O Estado vetor do progresso, era capacitado para responder às demandas dos cidadãos e de grupos.” ROTH, André-Noël. op. cit. p. 17.

concentração de privilégios, destinados a beneficiarem o jogo socioeconômico; reflexões inclusive identificadas nesse prisma por Streck e Moraes.¹⁶⁷

O ideal de intervencionismo, característica marcante do *Welfare State*, e suas consequências na gênese do Estado Social da Providência, apresentam-se em um quadro de bastante distinção entre o papel interventivo contemporâneo, totalmente vinculado à função social e a assistencial, presentes na primeira fase do Estado Social. Assim a Burguesia que se beneficiou da intervenção Estatal - no apogeu da primeira fase da Providência, uma vez que desenvolveu atividades relacionadas com acumulação e expansão do Capital, gerado inclusive por verbas públicas, constituídas pela poupança e taxação nos frutos do trabalho da sociedade - teve uma tríplice vantagem, no sentido da flexibilização do sistema, possibilitando sua manutenção, de forma mitigada.¹⁶⁸ Uma total divisão, no tocante à população, quanto aos custos da infraestrutura básica, necessária ao desenvolvimento do Capital, além do benefício decorrente da concessão das obras e serviços públicos, fato que levou a tornar o Estado pesado, necessitando de ajustes que proporcionassem atingir um melhor grau de eficiência, um Estado que pudesse aparecer ágil, com redução de gastos e diminuição dos seus tentáculos, sendo eficiente na arrecadação e austero com os gastos públicos, sem perder a liberdade semeada pelo Estado Liberal, mas que não afete as conquistas sociais propagadas pelo Estado Social da Providência.

Imperioso é não refletir quanto às repercussões que o *Welfare State* imprimiu ao Direito, uma vez que em manifesto contexto de crise econômica e seus naturais desdobramentos, evidentemente políticos e sociais, verdadeiras tempestades e assombros ameaçadores ao Poder levando as reivindicações e exigências para mudanças drásticas na configuração do Estado Liberal – à beira do precipício, mas se agarrando em uma progressiva intervenção na Economia –, que é levado a tornar-se Estado Social, cujos contornos vão ganhando nitidez e força a partir da Segunda Guerra Mundial. Dessa feita, o Direito foi buscando modificar conceitos, especialmente quanto ao individualismo, reinante na configuração do Estado Liberal, abrindo espaço para uma visão do todo da coletividade. Quanto à propriedade verifica-se sua conservação, embora devendo atender à função social, não se prestando em ficar obsoleta. Destaca-se também que, com a Revolução Industrial, encontra-se a necessidade de construção de uma sociedade baseada nas funções de seus

¹⁶⁷STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. op. cit. p. 63.

¹⁶⁸*Ibidem.* p. 68-75.

membros, levando à construção de um Estado do Bem Estar Social, tudo motivado pelas crescentes expectativas individuais de felicidade, alicerçadas especialmente na construção dos Direitos Fundamentais.¹⁶⁹

Diante das diversas reivindicações sociais, fica evidenciado um terreno fértil para interesses atrelados à legitimação do Poder econômico, propagando, desse modo, o surgimento de um modelo Neoliberal¹⁷⁰; levantando uma moda de flexibilização, desregulamentação e privatização; passando uma ideologia que o “bom” o “eficiente” é atributo do Setor Privado; proporcionando verdadeiras ondas de insegurança; e rompendo paradigmas, certezas e definições, ao longo de anos em evolução dos direitos, mas que em nome do “progresso” e “eficiência”, são colocados ao relento, inclusive com mitigação de direitos adquiridos. Prega-se que o Estado precisa se tornar eficiente, para atender às Políticas Públicas e concretizar os Direitos Fundamentais. Catharino¹⁷¹ adverte; “O neoliberalismo designa uma doutrina que aspira a remover certas posições do velho liberalismo, mas permanecendo fiel às raízes do mesmo”.

É de fácil percepção que o mundo, e, conseqüentemente, a sociedade, com suas constantes mutações, entre o Século XVIII e o Século XX, atravessou duas grandes revoluções – a da liberdade¹⁷² e a da dignidade –, seguidas de mais duas que se estabeleceram durante as últimas décadas: 1) a revolução da fraternidade, que tem por objeto o homem sujeito de direitos, deveres e obrigações, e 2) a revolução do Estado social, em sua fase mais recente de concretização constitucional, tanto da liberdade como da igualdade. As duas primeiras tiveram como palco o chamado primeiro mundo, a terceira e a quarta, necessariamente, utilizaram como cenário, para definir sua importância e a profundidade de

¹⁶⁹ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. São Paulo: RT, 2000. P. 91-95.

¹⁷⁰ Cf. Barroso: “O direito como sistema de normas de regulação social, é diretamente afetado, modificado por vezes todo o sentido principiológico da normativa para albergar uma mudança dialética excludente - acumuladora do sistema ideológico presente e base da doutrinária de sustentação do fenômeno analisado, mais claramente o neoliberalismo e a globalização. Nesse contexto, o ordenamento jurídico-positivo se ocupa de ser um fator fundamental para a ampliação e transformação das “fronteiras globalizadas” no âmbito de atuação estatal e nas relações transnacionais.” BARROSO, Fábio Túlio. *Direito flexível do trabalho*: abordagens críticas. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2009. p. 31.

¹⁷¹ CATHARINO, José Martins. *Neoliberalismo e seqüela*: privatização, desregulamentação, flexibilização, terceirização. São Paulo: LTR, 1997. p. 18.

¹⁷² Cf. Rousseau: “Se quiseres saber em que consiste precisamente o maior bem de todos, que deve ser a finalidade de cada sistema de legislação, veremos que ele se reduz a estes dois objetivos principais, a liberdade e a igualdade. A liberdade porque toda dependência particular equivale a retirar força do corpo do Estado; a igualdade porque a liberdade não pode subsistir sem ela.” ROUSSEAU, Jean-Jacques. op. cit. p. 67.

seus efeitos liberatórios, os países emergentes¹⁷³, de modernidade tardia, os povos subdesenvolvidos.

Cada revolução daquelas intentou ou intenta a efetivação de uma certa forma de Estado. Primeiro o Estado liberal¹⁷⁴, sequenciando o Estado socialista, migrando para o Estado Social das Constituições Programáticas¹⁷⁵ e do Estado Social dos Direitos Fundamentais, que vem capacitado por inteiro da juridicidade e da concreção dos preceitos e regras que garantem esses Direitos.¹⁷⁶

Na prática, o Liberalismo representou todo um modo de ser para a vida, nos tempos em que cresceu, e, como consequência, dominou a vida individual e coletiva, a oficial e a privada. No plano institucional, o Liberalismo significou a edificação de um Estado no qual o Poder se fazia presente como função de consenso, fato que levava a divisão de Poderes a se tornar um princípio obrigatório: o Direito prevalecia em seu sentido formal e a Ética Social repudiava as intervenções governamentais¹⁷⁷. Uma presente consequência da mutação do Estado de Liberal para o Social leva a se acreditar que noções como Cidadania, Movimentos

¹⁷³ “SEUL – Os líderes do Federal reserve (Fed, o banco central americano) e do Banco Central Europeu (BCE) afirmaram nesta segunda-feira que as economias emergentes são essenciais à estabilidade mundial. O chairman do Federal Reserve, Bem Bernanke, disse que a economia global ainda mais dos mercados emergentes para manter o forte crescimento doméstico e a estabilidade econômica e financeira. “As melhoras nas políticas monetárias e nas estruturas de políticas monetárias no mercado emergente [...] têm ramificações além das próprias economias do mercado emergente”, disse Bernanke em declarações gravadas em vídeo para uma conferência patrocinada pelo Banco da Coreia. Bernanke não discutiu as perspectivas para a economia dos Estados Unidos ou as taxas de juros do país. Seus comentários foram ecoados pelo presidente do BCE, Jean-Claude Trichet, que disse que as economias emergentes foram uma fonte de força na crise financeira global. “Um aspecto distinto da crise é sua origem nas economias industriais. Os países emergentes também foram afetados severamente, mas, como um grupo, continuam sendo uma fonte de força para a economia global” disse Trichet em discurso preparado para a conferência.” BERNANKE e Trichet veem papel fundamental de países emergentes. *Jornal O Globo*, Rio de Janeiro, 31 maio 2010, Economia Global. Disponível em: <www.oglobo.com.br>. Acesso em: 06 jun. 2010.

¹⁷⁴ Negri adverte: “O que se torna então essa liberdade? Torna-se espaço político, constituição de uma relação comunicativa, das suas condições de possibilidade e, portanto, da sua potência. É *polis*. A liberdade é um começo que põe as suas próprias condições. O direito de comunidade domina, todos os outros, do direito à vida às especificações do direito de propriedade, de tal modo que ele é, ao mesmo tempo, princípio constituinte e constituído. “A independência e a fundação de um corpo político novo” – eis o que significa “ser livre”. A liberdade não se reduz nem é sucessiva à liberação: a liberdade è “ser-já-livre”, é constituição política, é procedimento absoluto.” NEGRI, Antonio. *op. cit.* p. 28.

¹⁷⁵ Por constituição programática, Marcelo Novelino afirma: “que tais constituições também conhecidas como diretiva ou dirigente, se caracteriza por conter normas definidoras de tarefas e programas de ação a serem concretizados pelos poderes públicos. As constituições dirigentes têm como traço comum a tendência, em maior ou menor medida, a serem uma constituição total.” NOVELINO, Marcelo. *op. cit.* p. 113.

¹⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 29.

¹⁷⁷ SALDANHA, Nelson. *O estado moderno e o constitucionalismo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 47-59.

Sociais e Democracia, são postas como núcleos centrais do debate das mudanças do papel autoritário do Estado em todas sociedades.¹⁷⁸

Paulo Bonavides¹⁷⁹ esclarece que as grandes mutações, operadas na segunda metade deste século, tiveram muito a ver com as ideias e crenças sopradas durante o Século XVIII, por uma Filosofia cujo momento culminante, em termos de efetividade, foi a Revolução Francesa¹⁸⁰, de natureza universal e indestrutível nos seus efeitos: a aludida comoção revolucionária produz, até hoje, corrente de pensamento que transforma ou tende a transformar a sociedade moderna.

A passagem do Século XIX para o Século XX vem relacionada, fundamentalmente, com a função de produção do Direito e Segurança. Para referir o regime anterior em largos traços, poder-se-ia afirmar que não se admitia intervenção do Estado na ordem natural da Economia, ainda que ao Estado lhe incumbisse a defesa da propriedade, levando-se à compreensão errônea de que Estado e Sociedade existem separadamente um do outro. Na verdade, o Estado Moderno nasce sob a vocação de atuar no campo econômico, passando apenas por alterações no tempo, objetivando aprimorar a Constituição ao modo de produção social capitalista e, posteriormente, à substituição e compensação do Mercado.¹⁸¹

Quanto ao Estado Capitalista Liberal, Habermas afirma que ele encarrega-se de assegurar os pré-requisitos para a contínua existência do modo de produção, satisfazendo às necessidades do processo de acumulação, controlado pelo Mercado. Desta feita, Habermas identifica três mudanças características das relações de produção no Capitalismo avançado. A primeira se relaciona com a produção ocasionando um fenômeno de “mais valia”, afetando o próprio princípio da organização social. Uma segunda reforma caracterizadora concentra-se na estrutura salarial, expressando, desta feita, uma “política” de acordos salariais, E, por último, verifica-se como característica a crescente necessidade de legitimação do Sistema

¹⁷⁸ VIERIA, José Ribas. *Teoria do estado: a regulação jurídica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1995. p. 43

¹⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 30.

¹⁸⁰ Alves expõe: “Foi na França que as ideias liberais alcançaram toda força, criatividade, arrebatamento, paixão e sangue... na célebre Revolução Francesa, cujos efeitos foram catastróficos para o antigo regime onde ele ainda sobrevivia. Foi na Revolução Francesa que as bases da nossa época foram lançadas: “*Liberté, Egalité et Fraternité*”, frase que sintetiza a mensagem dos revolucionários. Apenas uma amostra das consequências deste movimento: Constitucionalismo, República, Democracia, fim do Absolutismo e, principalmente, burguesia no poder político.” ALVES, Antonio. op. cit. p. 203

¹⁸¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 16-17.

Político, proporcionando uma verdadeira competição valorativa entre as necessidades de realização do Capital.¹⁸²

Persegue ao modelo Neoliberal, uma crescente pulverização do Mercado livre, como forma de ampliar as conquistas do Capital, evidenciando toda uma temática relacionada à Economia, com propagação da possibilidade de ampliação das ofertas de emprego e opções de produtos diversos, propagando, inclusive, a facilitação de acesso ao crédito, o que, evidentemente, vem a ser um excelente vetor de manipulação das massas, especialmente na sociedade de consumo reinante na Pós-modernidade. Por outro lado, fica também evidente outro viés do Neo-liberalismo¹⁸³, arquitetado para flexibilizar e desregular Direitos, um presente endividamento da sociedade e do próprio Estado, no qual ele parte, inclusive, para privatizar suas próprias ações, o que demonstra claramente a intenção de reimplantação do Estado Mínimo, reinante no apogeu do Liberalismo.¹⁸⁴

A vida em sociedade propicia vários benefícios em favor do homem. Entretanto, por outro lado, favorece o surgimento de uma série de limitações que, em certos momentos e lugares, são de tal modo numerosas e frequentes que chegam a afetar seriamente a própria liberdade humana.¹⁸⁵

¹⁸² HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. 2. ed. Tradução de Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. p. 73-74.

¹⁸³ Cf. Justamand: “Neoliberalismo é o sistema que serve como uma fachada ao capitalismo voraz das grandes empresas. Sistema que no discurso deseja a aprovação da maioria e a crença de que esse modelo é a melhor saída e que dará a solução para a vida de todos, mesmo que seja muito lentamente e a longuíssimo prazo, como defendem seus teóricos. Ou seja, não temos chance como maioria de uma vida digna dentro de um modelo socioeconômico e político apresentado como mundial como esse.” JUSTAMAND, Michel. *Neoliberalismo: a máscara atual do capital*. Rio de Janeiro: Achiamé, 2010. p. 132.

¹⁸⁴ Azevedo destaca um receituário da ideologia do neoliberalismo: “Para consecução dos objetivos que conclama, o neoliberalismo vale-se do saber de seus “ideólogos ativos e conceptivos”, que entretêm a ilusão-deformação da realidade que lhe convém. [...] Duvidando-se disto, observe-se a situação do planeta sob sua tutela, submissa ao cálculo e aos indicadores abstratos, emancipada dos valores, atenta ao produto interno bruto, à renda per capita e outros índices quejandos, desatenta à justiça, indiferente à miséria e ao sofrimento humano. [...] Dentre as promessas indispensáveis figuram o equilíbrio orçamentário mediante cortes de subsídios (ainda que praticados nos países dominantes), combate a inflação, para o que se entende indispensável o congelamento dos salários (particularmente do funcionalismo estatal, eleito bode-expiatório da desdita econômico-financeira), ajuste fiscal (cujos ônus, mostra a experiência, em pouco ou nada recaem sobre os setores privilegiados, onerando a classe média, inviabilizando a poupança popular e levando à concentração da renda), privatizações de bens públicos (sobretudo os rentáveis, depois de saneados com recursos estatais, contribuindo ao aumento da dívida interna), Neste quadro, inviabiliza-se a política estatal, tornando suas opções cada vez mais estreitas, fazendo os Estados progressivamente mais dóceis aos comandos externos emanados do grande capital internacional, enquanto privilegiam sua fidelidade ao pagamento do “serviço” da dívida, sob juros flutuantes – a maior invenção dos países centrais, substituindo com menores constrangimentos a colonização estrita.” AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. São Paulo: RT, 2000. p. 107-108.

¹⁸⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. op. cit. p. 285.

A evolução do Estado moderno pode ser analisada como a história de lutas que visavam, em momentos distintos, a ampliar o raio de incidência do critério da maioria. Na oportunidade em que os desdobramentos dessa expansão de cidadania política chegam ao ápice, com a incorporação constitucional dos mecanismos da Democracia Participativa, o critério das maiorias perde, ao que parece, sua vitalidade: rende-se a uma Ordem Internacional que foge completamente do seu poder deliberatório.¹⁸⁶ No final do Século XX, surgiu e foi intensamente divulgada, passando a integrar o vocabulário utilizado, a expressão “globalização¹⁸⁷”. Usada de forma geral, a referida expressão contém mais uma insinuação do que a afirmação de uma realidade ou de um conceito, vindo a ganhar generalização, sem que tenha sido necessário o esclarecimento das ambiguidades de sua utilização.¹⁸⁸ Convém frisar que globalização e mundialização são palavras que se equivalem. Os americanos utilizam a expressão globalização. Os franceses optam pelo vocábulo mundialização. Segundo João Baptista Herkenhoff, a expressão mais correta para identificar tudo que escapa ao âmbito do Estado Nacional seria “internacionalização”.¹⁸⁹

O fenômeno da globalização provocou profundas mutações na sociedade e nas Políticas Públicas do Estado¹⁹⁰, ainda mais incrementadas diante da lógica mundial na Pós-Modernidade. Portanto, o Direito não poderia ficar alheio a esses acontecimentos, ajustando-se, desta feita, à nova realidade, inclusive no plano acadêmico, com o surgimento de temáticas voltadas para relações internacionais e com o próprio Direito Internacional, que motivaram outros olhares, novos procedimentos. A Globalização abre um necessário mecanismo para integração das formas pelas quais os povos constroem suas regras na órbita internacional e,

¹⁸⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia*. São Paulo: Max Limond, 1997. p. 98.

¹⁸⁷ Cf. Soares Filho: “O Processo de globalização da economia que vem de priscas eras e se acentua em nossos dias – representa profunda revolução nos vários aspectos da vida humana, notadamente o da produção, com reflexos negativos para as relações de trabalho. Por isso, urge seja revisto, para que deixe de ser um fator de degradação das condições de vida do trabalhador e de converta em instrumento de promoção dos meios de uma vida digna para todos os membros da sociedade; ou se institua uma outra globalização.” SOARES FILHO, José. op. cit. p. 15-16.

¹⁸⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. op. cit. p. 285.

¹⁸⁹ HERKENHOFF, João Baptista. *Movimentos sociais e direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 95.

¹⁹⁰ Puceiro destaca: “Os programas de privatização refletem uma tendência mundial, ainda que possam variar seus objetivos específicos em cada país. Nos países da América Latina tais programas procuram recursos para atender aos serviços de uma dívida externa acumulada durante as décadas precedentes. Na Europa Ocidental tentam amortecer os efeitos do grave déficit fiscal ocasionado pelas estruturas do estado Social. No Sudeste asiático por outro lado, busca-se atrair capitais internacionais necessários para a consecução de objetivos mais gerais de modernização. Trata-se de um trânsito acelerado em direção a um novo quadro de relações entre Estado, sociedade e o mercado em que as mudanças culturais e as demandas sociais adiantaram-se às estratégias dos dirigentes.” PUCEIRO, Zuleta. O processo de globalização e a reforma do Estado. In: FARIA, José Eduardo (org.) *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*, São Paulo: Malheiros, 1996, p. 108.

também, com características de influenciar internamente os ordenamentos¹⁹¹. Os princípios diretivos da territorialidade das leis tornam-se relativos em face dos desafios criados pelos crimes sem pátria, pelos crimes ilícitos praticados em ambiente virtual por provedores situados em solo estrangeiro, pelo terrorismo apátrida, pelos genocídios e uso de armas químicas de destruição em massa, levando o Estado e o Direito a se ajustarem frente às perspectivas do mundo globalizante.¹⁹²

Uma das primeiras causas motivadoras da crise de regulação desenvolvida pela Globalização, ainda mais acentuada em função da queda do Bloco Socialista, foi exatamente a ruptura relacionada à capacidade estatal como garantidor da segurança dos cidadãos e da integridade territorial. O modelo de segurança coletiva bipolar, garantidor da sobrevivência dos Estados, foi posto a termo, no término da guerra fria, levando o mundo para uma instabilidade, atrelada a uma total complexidade, sendo necessária uma nova configuração de alianças. Uma segunda ruptura ocorreu no campo da mundialização da Economia, com presença de forças econômicas nos quatro cantos do mundo, especialmente com o surgimento de empresas intercontinentais¹⁹³, influenciando, inclusive, na gestão do Estado, diminuindo consideravelmente o Poder de coação dos Estados Nacionais, que passaram a se limitar em suas Políticas Fiscais e Internacionais pelas coações impostas em virtude da Economia Mundial capitalizada. Uma terceira ruptura surgiu exatamente do campo da internacionalização do Estado, com a sua participação em um grande número de organizações internacionais como ONU e FMI, que assumem uma capacidade de influenciar nos processos políticos internos abrindo espaço para gestão global. A quarta ruptura concentra-se no Direito

¹⁹¹ Nesse sentido Soares Filho reflete: “O conceito de soberania, segundo o qual ela é um poder supremo de decisão, revela-se principalmente como um comando político, que se desdobra nos campos econômico, social, cultural. Desse modo, o Estado moderno tende a integrar-se com a própria comunidade. [...] Nas últimas décadas a soberania vem sendo alvo de sérios questionamentos por parte de juristas, sociólogos, políticos, economistas, dentre outros pensadores, posto que abalada pelas mutações por que passa a sociedade, as quais concorrem para a redução das prerrogativas jurisdicionais e administrativas do Estado, tanto no plano interno, quanto no das relações internacionais. No âmbito interno, verifica-se a transferência de atribuições estatais relativas aos serviços públicos para entes privados, bem assim a produção de normas – legitimada pela ordem jurídica – por representantes de segmentos da sociedade organizada, que desse modo regulam e tutelam seus próprios interesses, no exercício da autonomia privada coletiva, o que significa pluralismo político e jurídico. Com isso, o Estado cede parte de sua competência jurisdicional aos particulares.” SOARES FILHO, José. op. cit. p. 68-69.

¹⁹² BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 329-330.

¹⁹³ Cf. Soares Filho: “No processo de globalização da economia proliferam empresas multinacionais, que atuam nos Estados com meios próprios de contratualização (utilizam em suas atividades negociais contratos-padrão, que estipulam condições gerais, aplicáveis uniformemente a toas as transações dessa natureza) e instituem mecanismos particulares para solução dos litígios delas decorrentes, mediante conselhos de arbitragem, dessa forma excluindo a justiça estatal. Representam elas, destarte, uma força que se alça à do próprio Estado, concorrendo com ele e por vezes submetendo-o às suas conveniências e aos seus interesses econômicos, tanto mais quanto o país necessita do capital externo para desenvolver-se.” SOARES FILHO, José. op. cit. p. 69.

Internacional e seu crescente desenvolvimento, instituindo cada vez mais um princípio normativo superior, permitindo aos indivíduos reivindicarem sua aplicação ou mesmo realizar denúncias quanto a eventuais violações processadas pelo Estado. Como exemplos encontram-se a Corte Europeia de Direitos Humanos, bem como a multiplicação dos Tratados de Cooperação Econômica, como Nafta, Mercosul e Unasul. Desta feita, todas essas rupturas têm como consequência latente a mitigação da Soberania das Nações e da autonomia dos Estados nacionais, principalmente quanto à formulação das Políticas Públicas.¹⁹⁴

Visíveis, essas mudanças capitaneadas pela Globalização provocam outros olhares em torno das estruturas existentes. Em uma grande variedade de relações ocorreram mutações capazes de afetar em nível econômico, social e jurídico. Sob o aspecto político, o Capitalismo tornou-se consideravelmente mais fortalecido, especialmente com a queda do muro de Berlim, uma vez que já não se verifica a existência de um modelo suficientemente forte e capaz de estabelecer, ao menos, um quadro comparativo entre sistemas ou mesmo uma concorrência.¹⁹⁵

Sob esta perspectiva de Globalização, verifica-se que hoje, na oportunidade em que os Estados aderem a Tratados ou quaisquer Normas, não quer dizer que haja uma quebra da soberania. O fato é que nenhum Estado vive no isolamento. No conglomerado das Nações, resultado da Pós-modernidade, é fundamental que os Estados interajam, que troquem conhecimentos, mercadorias, informações, valores, etc. O interagir compõe a dimensão dos países no mundo de hoje.¹⁹⁶ O Estado moderno apareceu como uma dada realidade suficientemente nova para atingir os conceitos fundamentais do Direito e da política, dominando definitivamente as estruturas de poder nas sociedades ocidentais, até mesmo durante a fase de liberalismo.¹⁹⁷

A perspectiva Pós-moderna provoca na sociedade profundas alterações: nos conceitos, nas pessoas, nos comportamentos sociais, e, inclusive, nas Instituições; tudo em face da Modernidade, momento que leva a diversas reflexões, como por exemplo, a análise de Maria

¹⁹⁴ ROTH, André-Noël. op. cit. p. 18-19.

¹⁹⁵ BARROSO, Fábio Túlio. *Novo contrato de trabalho por prazo determinado: flexibilização laboral e internacionalização das relações de trabalho*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 21.

¹⁹⁶ BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA, José Roberto Franco da. *O direito internacional no terceiro milênio: estudos em homenagem ao Professor Vicente Marotta Rangel*. São Paulo: LTr, 1998. p. 233.

¹⁹⁷ SALDANHA, Nelson. *Estado de direito, liberdade e garantias: estudo de direito público e teoria política*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980. p. 7.

Rosaria Ferrarese no sentido de dividir e fixar pontos característicos, bastante definidos, nas duas fases da Modernidade, identificadas pela ela:

[...] A “primeira modernidade” foi como uma senhora madura, muito (vivaz) essencial e cheia de projetos, com um passado revolucionário, mas bastante preocupada com seus herdeiros em querer deixar para eles um futuro sólido e bem encaminhado, uma estrada certa sobre a qual endereçar os próprios passos. A “segunda modernidade” é como uma moça muito mergulhada no seu delírio de onipotência jovial por sentir-se na posição de quem tem herdeiros: invés que preocupar-se do futuro, quer saborear todos os riscos e as oportunidades do momento, sem interrogar-se muito sobre suas consequências. As instituições da primeira modernidade não podem ser as mesmas da segunda modernidade¹⁹⁸.

A valer, o Estado pós-moderno repudia as bases da Filosofia Política Liberal, mitigando, até certo ponto, atitudes paternalistas. No entanto, pretendendo ser “a providência de seu povo”, no sentido de assumir para si certas funções essenciais ligadas à vida e ao desenvolvimento nacional e dos indivíduos que a compõem¹⁹⁹. É importante ressaltar também que a crise do Estado Absoluto foi propulsora do surgimento do Estado Liberal cuja ideologia básica pugnava pela separação das funções do Estado e pelo fortalecimento da Burguesia que, àquela época, ocupava os assentos do Poder Legislativo. A estruturação da Ordem Liberal correspondeu a ideais que enalteciam a necessidade de controlar o Poder dos “príncipes”, o que veio a ser básico para os movimentos constitucionais, fundados, sobretudo, nos contornos da velha ideia de pacto social.²⁰⁰

A Pós-modernidade vem romper expectativas, quebrar paradigmas, proporcionar mudanças: a certeza e a clareza sobre certas convicções são postas em xeque em um verdadeiro relativismo e incertezas, que afetam, não apenas a população, mas, consideravelmente, o Estado e suas funções. Esses processos de mudanças, adverte Stuart Hall, representam um processo de transformação tão fundamental e abrangente que todos são compelidos a perguntarem se não é a própria Modernidade que está sendo transformada; e, assim, verifica-se uma profunda crise de identidade, uma fragmentação das experiências

¹⁹⁸ “La <<prima modernità>> è stata come una signora matura, molto vitale e piena di progetti, con un passato rivoluzionario, ma abbastanza preoccupata dei suoi eredi da voler lasciare loro un futuro solido e ben avviato, una strada certa su cui indirizzare i propri passi; la <<seconda modernità>> è come una ragazza troppo immersa nel suo delirio di onnipotenza giovanile per sentirsi nella posizione di chi ha eredi: piuttosto che preoccuparsi del futuro, vuole assaporare tutti i rischi e le opportunità del momento, senza interrogarsi molto sulle loro conseguenze. Le istituzioni della prima modernità non possono essere le stesse della seconda modernità.” FERRARESE, Maria Rosaria. *Il diritto al presente: globalizzazione e tempo delle istituzioni*. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 53-54.

¹⁹⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit. p. 43.

²⁰⁰ ROCHA, Cesar Asfor. *A luta pela efetividade da jurisdição*. São Paulo: RT, 2007. p. 37.

vividas pelo sujeito.²⁰¹ Harvey²⁰² destaca que o pós-modernismo representa uma ruptura radical com o modernismo, tendo um potencial revolucionário em virtude de sua oposição a todas as formas de metanarrativa e da sua estrita atenção a “outros mundos” e outras “vozes” que há muito estavam silenciadas.

Indubitavelmente há uma situação de crise social, inclusive sendo vivenciada, com o aumento da concentração de riqueza²⁰³, ampliado pela Globalização, uma vez que se ajustaram os elementos que assinalam sua concorrência, diante da presença de fatores estruturais e não simplesmente circunstâncias ou episódicos. Esses fatores passaram a romper os padrões tradicionais, ruptura que vem perturbar a suposta tranquilidade e organização de grupos integradores da sociedade. O homem “moderno²⁰⁴” passou a conviver com questionamentos diversos e que fundamentam outros olhares para as ferramentas processuais que contribuam para a concretização dos Direitos Fundamentais, tudo motivado pela Constitucionalização dos ramos do Direito.²⁰⁵

Nessa esteira, dizer o Direito leva o jurista a dispor de um conjunto de Leis e de Regulamentos que se revelam de fácil acesso, porquanto eivados de publicidade: a ninguém é dado desconhecer a Lei, e sua validade em geral tende a não ser contestada, exceto em sede de controle de constitucionalidade. Portanto, as variadas interpretações podem levar a conclusões

²⁰¹Cf. Hall: “O sujeito previamente vivido como tendo uma identidade unificada e estável, está se tornando fragmentado; composto não de uma única, mas de várias identidades, algumas vezes contraditórias ou não resolvidas. [...] O próprio processo de identificação, através do qual nos projetamos em nossas identidades culturais, tornou-se mais provisório, variável e problemático. Esse processo produz o sujeito pós-moderno, conceptualizado como não tendo uma identidade fixa, essencial ou permanente. A identidade torna-se uma “celebração móvel”: formada e transformada continuamente em relação às formas pelas quais somos representados ou interpelados nos sistemas culturais que nos rodeiam. [...] O sujeito assume identidades diferentes em diferentes momentos, identidades que não são unificadas ao redor de um “eu” coerente.” HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 11. ed. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guaracira Lopes Louro, Rio de Janeiro: DP&A, 2006. p. 9-13.

²⁰² HARVEY, David. op. cit. p. 47.

²⁰³ Nesse sentido Barroso adverte: “A ideia, a tradução e as características da globalização, assim como os efeitos que esta provocou foram vários, desde sua origem econômica até o seu reflexo no social. O fenômeno põe em tela de juízo a crescente concentração das riquezas em detrimento de setores, grupos econômicos e inclusive nações inteiras. A desigualdade como ponto de partida a uma livre concorrência entre economias desiguais mantém a impossibilidade de uma equiparação entre as regiões do mundo com maiores e menores riquezas, onde os países mais ricos aumentam ainda mais as diferenças econômicas com seus concorrentes menos desenvolvidos, o que chega a comprometer inclusive a soberania dos países.” BARROSO, Fábio Túlio. *Novo contrato de trabalho por prazo determinado: flexibilização laboral e internacionalização das relações de trabalho*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 23.

²⁰⁴ Stuart Hall afirma que: “o sujeito moderno “nasceu” no meio da dúvida e do ceticismo metafísico nos faz lembrar que ele nunca foi estabelecido e unificado como essa forma de descrevê-lo parece sugerir”. HALL, Stuart. op. cit. p. 26-27.

²⁰⁵ HERKENHOFF, João Baptista. *O direito processual e o resgate do humanismo*. Rio de Janeiro: TEX editora, 1997. p. 19.

muitas vezes distintas em situações similares, sendo um atributo do Poder Judiciário tentar dirimir o conflito, perseguindo uma efetivação da Pacificação Social, mas, sobretudo, proporcionar Segurança Jurídica. É importante ressaltar que, no campo da Moral, todos os integrantes da sociedade estão qualificados para dirimirem um juízo moral sobre qualquer situação humana, sendo variável essa moral segundo determinadas circunstâncias. Diante de controvérsias morais constata-se a importância dos princípios, exercendo um efeito persuasivo, uma deliberação moral, a qual sendo imparcial, não deve fazer distinção de pessoas. É imprescindível, diante da existência de um juízo moral, a apreciação de situações, inserindo-as em categorias, levando à necessária afirmação conclusiva, no sentido de tratar da mesma forma situações semelhantes; desta feita, os princípios morais e as técnicas empregadas para sua aplicação fornecem as diretrizes de ordem geral, que insistem nos elementos pertinentes e importantes na deliberação moral.²⁰⁶

Comentando os conceitos morais dos tempos modernos, Habermas é contundente ao expor sobre a liberdade subjetiva dos indivíduos em face do bem dos demais, uma vez que o Direito do indivíduo é alicerçado, no entendimento relacionado à validade, diante daquilo que é suposto fazer. Por outro lado, floresce, necessariamente, a exigência de que cada um não prossiga os fins do seu bem-estar particular, senão de acordo com o bem-estar dos outros. É facultado o entendimento sobre o qual a vontade subjetiva vem assumir uma posição de destaque e autonomia, sob as leis universais; mas, limitada enquanto vontade subjetiva, é que a liberdade e a vontade em si poderão ser efetivas.²⁰⁷

O modelo do Estado democrático, fundado na Soberania popular, idealizado à imagem e semelhança da Soberania do Príncipe, era modelo de uma sociedade monística, ao passo que a sociedade real, subjacente aos governos democráticos, é pluralista.²⁰⁸ Dessa feita, um dos avanços que a sociedade pode alcançar encontra-se inteiramente relacionado à nova perspectiva gerada com a gênese do Estado Democrático de Direito, especialmente, pelo fato de a evolução constante da Jurisdição Constitucional, até os nossos dias, proporcionar interface racional e científica compreendida entre os problemas sociais - os presentes e, até mesmo, os pretéritos - com a construção de um Positivismo crítico, necessário para os

²⁰⁶ PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. Tradução Maria Ernantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 292-293.

²⁰⁷ HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. 3. Ed. Lisboa: Publicações Don Quixote, 2000. p. 28.

²⁰⁸ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 36.

questionamentos trazidos pelo papel contemporâneo da Jurisdição Constitucional, especialmente quanto aos objetivos norteadores da necessidade de diminuição das desigualdades sociais, de valorização da cidadania e de respeito à dignidade da pessoa humana. É sem sombra de dúvida, o Estado Democrático Social de Direito²⁰⁹, principalmente, no Brasil, uma conquista de todos; o elo de ligação para humanizar a vida em sociedade. Nessa perspectiva, inquestionavelmente, o povo Brasileiro tem avançado na melhoria da qualidade de vida²¹⁰, e isso, em resumo, vem a ser exercício da cidadania com inclusão social.²¹¹

1.4 O estado como realidade permanente

O Estado exerce seu Poder, mediante atividades, por intermédio de seus múltiplos organismos; como tais, essas atividades são desenvolvidas ao legislar, ao governar e ao solucionar conflitos, das mais variadas ordens.²¹²

É fato que a sociedade conta com os serviços do Estado, como órgão através do qual consegue impor sua ordem às associações que o constituem. O enorme significado do Estado,

²⁰⁹ CR/88 Artº 1 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; Parágrafo Único. Topo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição.

²¹⁰ “A economia brasileira apresentou, nestas últimas décadas, uma clara inflexão da trajetória, emergindo como uma grande e moderna nação na nova configuração geopolítica e econômica global. A combinação de reforma do Estado, abertura externa e estabilidade econômica criou as bases para a reestruturação da economia brasileira, preparando a retomada do crescimento com estabilidade. O governo do presidente Luis Inácio Lula da Silva, bravatas à parte, deu continuidade à política macro-econômica e manteve as reformas, consolidando a trajetória e colhendo os resultados positivos de um longo processo. No mesmo período, o Brasil demonstrou também uma grande maturação política com a consolidação das instituições republicanas, embora venha sofrendo, ao mesmo tempo, um duplo e preocupante movimento: a proliferação dos negócios escusos na gestão pública e a formação de um neopopulismo messiânico e personalista na política brasileira. Este é o Brasil de grandes oportunidades e perspectivas nesta virada da década que, não obstante, convive com estrangulamentos estruturais na economia que podem travar o dinamismo futuro. Como já tem sido amplamente referido, o País precisa equacionar o elevado custo Brasil e aumentar a competitividade econômica, ampliando e melhorando a infra-estrutura e o sistema de inovações. Mas o principal entrave reside ainda nos baixos níveis de escolaridade do brasileiro, despreparado para o novo ciclo da economia do conhecimento [...]”. SOARES, José Arlindo; BUARQUE, Sérgio C. Herança eterna: a desigualdade. *O Estadão*, São Paulo, 27 set. 2010. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20100927/not_imp615796,0.php>. Acesso em: 30 set. 2010.

²¹¹ Paulo Bonavides expõe que: “o Estado social no Brasil aí está para produzir as condições e os pressupostos reais e fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais. Não há para tanto outro caminho senão reconhecer o estado atual de independência do indivíduo em relação às prestações do Estado e fazer com que este último cumpra a tarefa igualitária e distributivista, sem a qual não haverá democracia nem liberdade.” BOVAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 378-379.

²¹² DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 1. 6. ed. São Paulo: Malheiros: 2009. p. 333.

para o Direito, repousa no fato de que a sociedade se utiliza do Estado, como foi expresso acima, objetivando proporcionar um respaldo consistente ao Direito que dela emana²¹³. Evidentemente, já se arquitetou um Estado negativo, com um intervencionismo zero. No entanto, este jamais foi experimentado pela sociedade, uma vez que desde sua formação a atividade estatal sempre correu, em maior ou menor proporção, de acordo com as configurações, processadas nas diversas mutações do Estado, ao longo dos tempos²¹⁴. Portanto, o Estado é, efetivamente, uma realidade permanente na sociedade.

O debate atual, e seus contornos, entre Modernidade e Pós-modernidade, aprimorado pela onda de Globalização, direcionam para a constatação de uma motivada crise do Estado do bem estar-social²¹⁵ nos países capitalistas avançados²¹⁶, mas também nos países de Modernidade tardia, ensejando uma retomada, no campo da Ciência Política, da importância e papel do Estado nas mutações vivenciadas pela sociedade. Desta feita, ocorrem consequências de uma valorização comunicativa das categorias jurídicas, a exemplo da Soberania, não apenas para compreender as atribuições básicas do aparato estatal, como também para apontar, no Direito, saídas possíveis para a superação da crise de legitimidade, atinente ao Estado da Providência, vivenciando novas formas de regulação jurídica, uma completa centralização no debate da crise de Modernidade e seus derivativos das rupturas consagradas pela denominada racionalização política.²¹⁷

Por Direitos Humanos ou Direito do Homem, modernamente, pode-se entender aqueles Direitos Fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem. Por sua própria natureza humana, pela dignidade que nasce da própria condição humana, são Direitos que não resultam da concessão da Sociedade Política; concentram-se, necessariamente, nos Direitos que a Sociedade Política tem o dever de consagrar e garantir, são vetores que consagram, no homem, o sentimento de viver em sociedade e, assim, aceitar “consensualmente” a vontade do Estado.²¹⁸

²¹³ EUGEN, Ehrlich. op. cit. p. 120-121.

²¹⁴ Nesse sentido vide: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. op. cit. p. 68.

²¹⁵ “Também conhecido como Estado da Providência, e em sua moderna concepção os mercados dirigem as atividades específicas do dia-a-dia da vida econômica, enquanto que os governos regulamentam as condições sociais e proporcionam pensões de reforma, cuidados de saúde e outros aspectos da rede de segurança social [...]”. ESTADO de bem-estar social. **Wikipédia:** a enciclopédia livre. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Estado_de_bem-estar_social>. Acesso em: 04 dez. 2010.

²¹⁶ Expressão utilizada por Jürgen Habermas em sua obra “*A crise de legitimação no capitalismo tardio*”.

²¹⁷ VIERIA, José Ribas. op. cit. p. 29-41.

²¹⁸ HERKENHOFF, João Baptista. *Movimentos sociais e direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 94.

Com a gênese da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, o Brasil marcou a transição do Estado Democrático de Direito para o Estado Democrático Social de Direito, estabelecendo os Direitos Fundamentais da República²¹⁹, tendo contemplado a necessidade da construção de uma sociedade livre, justa, solidária e, principalmente, desenvolvida, ao se chamar a responsabilidade do Estado Brasileiro para buscar a diminuição das desigualdades sociais, e a necessidade de erradicar a pobreza, promovendo, desta feita, o bem-estar de todos, e evitando, assim, preconceitos de origem, raça, sexo e idade. Nessa perspectiva, a prevalência dos Direitos Humanos²²⁰, foi levada à condição *sine qua non*, não apenas para questões internas do País, mas, principalmente, nas relações de cunho internacional.

De um todo, ficou evidente o agigantamento do Estado Brasileiro, incrementado pelas perspectivas geradas com a gênese do Estado Democrático²²¹ Social de Direitos, inclusive a maioria das disposições Constitucionais que tratam dos aspectos materiais da dignidade da pessoa humana, especialmente aquelas que, de alguma forma, envolvem prestações positivas, assumem a estrutura de princípios.²²²

Os princípios jurídicos promovem a expansão do Ordenamento Jurídico em direção a um ideal normativo quando otimizam as possibilidades morais presentes em seu interior. O aspecto material tende a reforçar, entre os juristas, um conceito não positivista de Direito, segundo o qual o sistema jurídico se encontra conceitualmente vinculado à moral. Desta feita, a dimensão funcional do processo de constitucionalização do Sistema Jurídico, os Princípios Constitucionais, são aplicados pelo método da ponderação, que pressupõe o desenvolvimento de uma ou várias teorias da argumentação jurídica.²²³

²¹⁹ CR/88: Art.3 Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza 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.

²²⁰ CR/88: Art. 4 A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I – Independência Nacional; II – Prevalência dos direitos humanos.

²²¹ Marilena Chauí destaca que: “A democracia é a única forma política que considera o conflito legítimo e legal, permitindo que seja trabalhado politicamente pela própria sociedade”. CHAUI, Marilena de Souza. op. cit. p. 431.

²²² BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 233

²²³ VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.) *Ativismo judicial e o supremo tribunal federal*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 106.

Azevedo²²⁴ adverte, no entanto, que na América Latina se persegue, laboriosamente, a via democrática, para a superação das adversidades, enfrentando-se, porém, dificuldades presentes quanto à deficiência na infraestrutura econômica e uma geral pauperização de grandes contingentes populacionais. Atrela-se, ainda, aos problemas que afetam a América Latina, especialmente no caso do Brasil, os baixos índices educacionais, ou mesmo de aproveitamento efetivo dos meios de ensino, uma vez que é característica do Estado Neoliberal manusear as informações ao público, objetivando transparecer uma imagem ideológica de eficiência, mas que, na realidade, não procede, visto que ainda é bastante ineficiente o aproveitamento escolar dos Brasileiros, com consideráveis índices de analfabetismo, ou mesmo de pessoas alfabetizadas que não adquiriram capacidade de ler e escrever, fato que contribui ainda mais para o enfraquecimento da inclusão social, aumentando as desigualdades e facilitando a manipulação das massas pelas elites dominantes.

Marilena Chauí²²⁵ expõe com detalhes os contornos do autoritarismo social brasileiro, uma vez que a sociedade brasileira é consideravelmente hierárquica, impondo divisões entre pessoas, nas quais umas devem obedecer ao comando de outras, havendo uma considerável debilidade da prática da igualdade como um Direito. Presentes desigualdades econômicas, culturais e políticas levam o sistema brasileiro a demonstrar fragilidade no combate aos abismos sociais existentes nas diversas camadas da população brasileira.

Os diversos questionamentos, presentes em toda a complexidade que permeia a sociedade contemporânea, tornam possível indagar uma vivência em torno da Pós-modernidade, levando a um crescimento considerável do sistema estatal, influenciado por interesses de seus próprios membros e/ou gestores, diante da ampliação da atividade do Estado, das exigências da sociedade industrial e pós-industrial, bem como do ambiente em que se move o Sistema Estatal, interagindo constantemente²²⁶.²²⁷ Esse crescimento vem contribuindo consideravelmente para o surgimento de novos atores que impulsionam mudanças, na Economia, principalmente, o Capitalismo atrelado à globalização, conforme adverte Soares Filho²²⁸, que nos dias atuais, é patente a consistência de um progressivo avanço tecnológico, resvalando para uma acumulação financeira de capitais, com a

²²⁴ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicações do direito e contexto social*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998. p. 54.

²²⁵ CHAUI, Marilena de Souza. op. cit. p. 435

²²⁶ GRACIA-PELAYO, Manuel. *As transformações do estado contemporâneo*. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 161.

²²⁷ Idem ibidem

²²⁸ SOARES FILHO, José. op. cit. p. 156.

internacionalização da vida econômica, social, cultural e política, derrubando os eventuais obstáculos ao desenvolvimento das atividades dos grandes grupos econômicos, e abrindo espaço para um comércio e prestação de serviços sem barreiras. Tudo motivado pela liberação e desregulamentação processadas pelo modelo cultivado pelo Neoliberalismo.

No caso do Brasil, essa interação é arquitetada como mecanismo para legitimar o Poder a ponto de manter propostas políticas que garantam segurança no desenvolvimento dos objetivos econômicos das elites dominantes, que contam, inclusive, com os recursos públicos para ampliação do Capital em detrimento do próprio bem comum.

Outro ponto importante a se refletir está concentrado na separação dos poderes,²²⁹ desta feita, como princípio majoritário muitas vezes apresentado como um obstáculo absoluto ao conhecimento e deferimento, pelo Poder Judiciário, de prestações positivas a serem custeadas pelo Poder Público, com fundamento nos princípios vinculados à dignidade da pessoa humana. Cenário acima descrito - separação de Poderes e Princípio Majoritário - bloqueia totalmente a eficácia positiva ou simétrica dos enunciados normativos que se vêm examinar²³⁰ e, assim, nascem, consideravelmente, debates quanto à Politização do Poder Judiciário.

O Pensamento moderno se achou transformado, no Século XX, tudo motivado por um conveniente debate - evidentemente lúcido, porque historicamente maduro - em torno da condição e liame entre o Direito e o Estado; debate mesmo que, frequentemente, áspero, em virtude do comprometimento ideológico, afetado pelas oscilações conceituais que caracterizam a Teoria Política e o Saber Jurídico, que necessitam, porém, utilizar informações ligadas a situações vividas, pendentes e previsíveis, para um ajuste processado pelas mutações

²²⁹ Na clássica doutrina de Montesquieu (1689-1755), intitulada “Do Espírito das Leis”, a sociedade teve o marco inicial da teoria da separação dos poderes, tudo motivado pelo fato de a monarquia ser, a aludido pensador crítico, absolutista, podendo-se verificar em seus pensamentos a necessidade de propagar os limites ao Poder, consoante dispõe: “Há em cada Estado três tipos de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou o magistrado faz leis para certo tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que são feitas. Pelo segundo declara paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga os litígios dos particulares. Chamaremos este último de poder de julgar; e o outro, simplesmente de poder executivo do Estado.” MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do espírito das leis*. Tradução de Roberto Leal Ferreira São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 168-169.

²³⁰ BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 239.

ocorridas na sociedade e aprimoradas em virtude das consequências da mundialização das relações sociais e principalmente econômicas.²³¹

Na realidade, o que tem se desenhado quanto à divisão de Poderes do Estado fica arrimado no necessário modo de ver a concretização de Direitos. O fenômeno da concretização do Direito é gradativo. A implantação parcial ou integral das condições necessárias para a sua realização ocorre segundo um processo histórico, mais ou menos longo e cambiante, em cada sistema jurídico a ser analisado.²³² Especificamente no caso do Brasil, são grandes as expectativas geradas pelos avanços do ‘Estado Democrático Social de Direitos’: a sociedade passou a entender a importância da valorização do sentimento constitucional presente e passou a entender que os Poderes, Executivo, Legislativo e, principalmente, o Poder Judiciário, não podem permanecer inertes, quando forem provocados a densificarem tais Direitos, esculpidos nos contornos do Estado da Providência, e que, consideravelmente, se encontram firmados em princípios enraizados na gênese do Estado Brasileiro, Pós-Constituição de 1988. Portanto, é necessário que a sociedade brasileira, politicamente organizada, desbrave os obstáculos, às vezes ainda desconhecidos; é necessário ter coragem para fortalecer o reconhecimento dos Direitos, principalmente os Direitos Fundamentais, assumindo, assim, a sociedade, um verdadeiro compromisso social.

²³¹ SALDANHA, Nelson. *Estado de direito, liberdades e garantias: estudos sobre direito público e teoria política*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980. p. 6.

²³² VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). op. cit. p. 104.

2 JURISDIÇÃO – REFLEXÕES GERAIS

O Homem, conseqüentemente, encontrou no Estado certa parcela de segurança que proporciona motivos para viver socialmente. Também se tornou necessária a divisão dos Poderes e a sua repartição de funções²³³, como forma de instrumentalizar os meios para atingir o sonhado bem comum, fim colimado pelo Estado (e no caso do Brasil, em absoluto, não é possível emenda à Constituição que objetive abolir a separação dos Poderes).²³⁴ Assim, o Poder Judiciário despertou na sociedade uma grande expectativa, enquanto instrumento para uma possível concretização e densificação de Direitos. No Estado Moderno e, especialmente, no Estado Democrático Social de Direito, é o Poder Judiciário o principal vetor de concretude, última trincheira de que a sociedade dispõe para concretização dos Direitos Fundamentais.

É imperioso abordar que a Jurisdição é entendida como uma função desempenhada em regra pelo Estado Juiz, na solução dos mais variados conflitos de interesse intersubjetivos, sendo compreendida a partir do instrumento de sua manifestação, que é o processo, apresentando-se estes umbilicalmente relacionados, consoante adverte Bueno²³⁵. Portanto o processo se diferencia da Jurisdição exatamente por ser um instrumento responsável para o exercício dela.

O Constitucionalista José Afonso da Silva²³⁶ alerta que a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a Justiça Social. Naturalmente é a Jurisdição²³⁷ o principal mecanismo de que o Estado-Juiz dispõe para intervir nas relações sociais, objetivando resolver o conflito²³⁸, uma vez que a sociedade, especialmente a consumista, encontra-se

²³³ CR/88 Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo o Executivo e o Judiciário.

²³⁴ CR/88 Art.60 A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] III – a separação dos poderes;

²³⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, v. 1. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 281.

²³⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 122.

²³⁷ Cf. Ovídio: “A verdadeira e autêntica jurisdição apenas surgiu a partir do momento em que o Estado assumiu uma posição de maior independência, desvinculando-se dos valores estritamente religiosos e passando a exercer um poder mais acentuado de controle social.” SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 57

²³⁸ A eliminação dos conflitos ocorrentes na vida em sociedade pode-se verificar por obra de um ou de ambos os sujeitos dos interesses conflitantes, ou por ato de terceiro. Na primeira hipótese, um dos sujeitos(ou cada um deles) consente no sacrifício total ou parcial do próprio interesse (autocomposição) ou impõe o sacrifício do

com diversas pretensões resistidas, necessitando de uma tutela efetiva e de resultados. Desta feita o Estado Democrático de Direito²³⁹ é o legítimo representante do sentimento constitucional de realização do Estado Social, e é nessa perspectiva que ele vem a ser um “*plus*” normativo em relação ao Direito promovedor e intervencionista, caracterizador do Estado Democrático Social de Direito.

Essa intervenção, ampliada e processada pelo Estado Democrático Social de Direito, consideravelmente teve suas relevantes contribuições para as conquistas galgadas pela sociedade, especialmente pela melhoria sutil de serviços prestados pelo Estado, nos quais afloraram tentativas de diminuição das desigualdades sociais.

No entanto, no caso do Brasil, ocorreu um profundo agigantamento da máquina estatal, proporcionando um déficit público com capacidade de gerar desequilíbrios, nas contas públicas, bem como a corrupção e seus vários exemplos de desvio do dinheiro público, ou mesmo, quando ocorre de, aplicados os recursos, esses não atenderem às expectativas sociais, gerando um profundo desconforto na sociedade. As Políticas Públicas Sociais acabaram por se transformarem em importantes ferramentas de dominação e cooptação dos movimentos sociais, objetivando legitimar as elites dominantes no Poder, em uma verdadeira máquina de fabricar votos.

A Jurisdição sempre esteve incluída como responsabilidade estatal, até mesmo na Filosofia Política, desenvolvida no apogeu do Estado Liberal²⁴⁰, totalmente caracterizadora do triunfo da Burguesia. É inegável que a Jurisdição teve sua gênese no próprio fenômeno de Poder do Estado, despertando na sociedade a prerrogativa de sempre dispor desse relevante serviço público Estatal. Em linhas gerais, Fredie Didier Jr.²⁴¹ afirma que, por jurisdição pode-

interesse alheio (autodefesa ou autotutela). Na segunda hipótese, enquadram-se a defesa de terceiro, a conciliação, a mediação e o processo (estatal ou arbitral). CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit. p. 26.

²³⁹ Walber de Moura Agra esclarece que: “o Estado de Direito é uma situação jurídica onde as atividades do cidadão e do Estado estão subordinadas a lei, ou seja, nesse sistema institucional há uma observância à hierarquia normativa, à separação dos poderes e aos direitos humanos. [...] O evoluir do Estado de Direito permite a caracterização de um Estado Democrático de Direito; e, posteriormente, de um Estado Democrático Social de Direito; em uma simbiose do parâmetro legal, da preponderância dos direitos de natureza social e do regime democrático.” AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 9-11

²⁴⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit. p. 43.

²⁴¹ DIDIER Jr., Fredie. *Direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. v. 1. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 86.

se compreender tratar-se de um instrumento para realização do Direito, por meio de Terceiro Imparcial, de modo autoritário e, em última instância, com caráter inevitável próprio da Jurisdição.²⁴² Candido Rangel Dinamarco²⁴³ destaca que a Jurisdição, considerada como função, caracteriza-se pelos escopos²⁴⁴ que, mediante seu exercício, o Estado-Juiz busca realizar, notadamente o escopo social de pacificar pessoas, eliminando litígios.

Athos Gusmão Carneiro²⁴⁵ destaca que a atividade estatal da Jurisdição, além de ser um exercício da soberania estatal em face do Direito subjetivo de “ação”, permite que alguém peça ao Estado que lhe faça justiça, ocorrendo assim o cumprimento, pelo Estado, do dever de administrar a Justiça, por intermédio do devido processo legal.²⁴⁶ Pontes de Miranda, explicando o relevante papel social desempenhado pelo Serviço Público, serviço de distribuição da Justiça, destacou:

[...] O Estado, chamando a si a função de julgar, organizou o serviço público da distribuição da justiça, e seu direito público objectivo regula o funcionamento das jurisdições, determina os direitos subjectivos e cria os remédios processuais, todos tendentes a apaziguar e a realizar o direito objectivo e quasi todos a suporem a “possibilidade de direito de reclamar juridicamente” (direito privado subjectivo) e “em juízo” (acção), bem como a permanência de um e de outro, deduzida de factos diferentes espécies (ausência de actos jurídicos inter partes, como a transação, a confusão, etc.; jurídico-temporal, como a prescrição).²⁴⁷

Georg Jellinek²⁴⁸ já advertia que a Jurisdição é caracterizada como uma função do Estado para a proteção do Direito em sua totalidade. À luz do que dispõe a concepção instrumentalista do processo, a Jurisdição encontra-se com três fins, a saber: o escopo

²⁴² Nesse sentido Eduardo J. Couture explica: “Quando o homem sente-se vítima de uma injustiça, de algo que ele considera contrário à sua condição de sujeito de direitos, não lhe resta outra saída senão recorrer à autoridade. Privado como se acha do poder de fazer justiça por suas próprias mãos, fica-lhe, em substituição, o poder jurídico de solicitar a colaboração dos poderes constituídos do Estado.” COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Tradução Benedicto Giacobini. Campinas:Redlivros: 1999. p. 41.

²⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. v.1 São Paulo: Malheiros, 2009. p. 303.

²⁴⁴ Escopo: intenção objetivo; espaço ou oportunidade para um movimento. HOUAISS, Antônio. op. cit. p. 1208

²⁴⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência: exposição didática-aérea do direito processual civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 3.

²⁴⁶ Dos princípios constitucionais do Direito Processual o mais importante, sem sombra de dúvida, é o do devido processo legal, consagrado no artº 5, LIV, da Constituição da República, este princípio é, em verdade, causa de todos os demais. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 15. ed. v. 1 Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 31.

²⁴⁷ PONTES DE MIRANDA. *A Acção Rescisória contra as sentenças*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1934. p. 146.

²⁴⁸ “La jurisdicción es una función del Estado para la protección del derecho e su totalidad”. JELLINEK, Georg. op. cit. p. 947.

jurídico, o escopo social²⁴⁹ e o escopo político²⁵⁰. Nesse prisma, Fredie Didier Jr. adverte que a Jurisdição tem como fim primário realizar, em cada caso concreto, os objetivos constantes das Normas de Direito Substancial. Evidentemente, a realização do Direito Objetivo não vem a ser uma atividade privativa da Jurisdição, uma vez que os particulares, quando cumprem a lei, realizam o Direito Objetivo, assim como o gestor público, também, concretiza o Direito Objetivo ao realizar atos administrativos.²⁵¹ Couture, quanto à ação, classifica-a como complexo de faculdades jurídicas, à disposição privada ou pública, que competem aos indivíduos para reclamarem ao Estado o exercício da Jurisdição, e ao próprio Estado para instituir o processo e fazer atuar a Lei.²⁵² Desta feita, tem-se no Estado/Juiz, o principal vetor para apreciar a controvérsia, resolvendo a lide, perseguindo assim uma Pacificação Social e, sobretudo, proporcionando Segurança Jurídica.

A insatisfação de um interesse, especialmente quando decorrente da resistência de outrem, leva à formação de tensão entre os contendores, inclusive à tensão social. Sendo importante que tais conflitos sejam levados a uma tentativa de eliminação, objetivando a paz social, escopo do Estado; e, desta feita, o Direito Processual torna-se importante instrumento, tendente a proporcionar real e efetiva solução de conflitos, os quais são absolutamente, inerentes a uma vida em sociedade²⁵³. É de um todo evidente, o relevante papel desempenhado pela função estatal da Jurisdição, perseguindo uma dupla finalidade: atuando nos Direitos controvertidos e, nesse ponto, independente de quem seja seu titular - destacando, inclusive, a hipótese dos “direitos metaindividuais”;²⁵⁴ bem como realizando os

²⁴⁹ Candido Rangel Dinamarco comentando sobre escopos sociais esclarece: “Espera-se que, mediante dinâmica do poder, o Estado chegue efetivamente aos resultados propostos, influenciando favoravelmente a vida do grupo e de cada um dos seus componentes. [...] Por esse aspecto, a função jurisdicional e a legislação estão ligadas pela unidade do escopo fundamental de ambas: a paz social.” DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 193.

²⁵⁰ Alexandre Freitas Câmara em comentário aos escopos políticos da jurisdição afirma: “podem ser considerados os mais relevantes, na medida em que a jurisdição é uma manifestação do Poder do Estado, e tal poder tem, indiscutivelmente, natureza política. Estes são três: afirmação do poder estatal, culto às liberdades públicas e garantia de participação do jurisdicionado nos destinos da sociedade.” CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. 1 15. ed. Rio de Janeiro: Lumes Júris, 2006. p. 84.

²⁵¹ DIDIER JR., Fredie. *Direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 94.

²⁵² COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Tradução Benedicto Giacobini. Campinas: Redlivros, 1999. p. 44.

²⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de direito processual civil: Processo de Conhecimento*. 7. ed. v. 2 São Paulo: RT, 2008. p. 31-32.

²⁵⁴ Mais conhecidos como direitos transindividuais, Hugo Nigro Mazzilli esclarece: “que são aqueles que reúnem grupos, classes ou categorias de pessoas, como os moradores de uma região, no que diga respeito a uma questão ambiental; os consumidores do mesmo produto; os trabalhadores da mesma fábrica; os alunos do mesmo estabelecimento de ensino.” MAZZILLI, Hugo Nigro. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 4. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004. p. 17

fins sociais, políticos e jurídicos do próprio Estado. Nessa perspectiva, o Estado Democrático de Direito, adverte Cássio Scarpinella Bueno²⁵⁵, vale-se de um específico método que garanta o atingimento de seus devidos fins pelos devidos meios. Nesse prisma, este “método” é sem sombra de dúvida o processo, instrumento de luta dialética na visão de Eduardo J. Couture.²⁵⁶

A Jurisdição tem inegável relação compreendida entre Estado e suas implicações na vida social, sendo imperioso reconhecer sua utilidade no momento em que os membros da sociedade entendem por legitimar seu contexto nas Instituições Políticas da nação. Evidentemente, trata-se de uma expressão de Poder Estatal e, assim, ocasiona implicações nas estruturas políticas, como instrumento de imposição de diretrizes. No entanto, a jurisdição é indispensável para subsistência do Estado, com sua forte característica de imperatividade sobre as pessoas.²⁵⁷ Inclusive, o próprio Estado, quando sujeito passivo em um dado processo, haverá de submeter-se ao comando imperativo, proporcionado pela Jurisdição.

Com o aumento das populações, ocorreu gradativamente, até mesmo nos grupos primitivos da sociedade, a imposição de uma latente objetividade, relacionada à resolução dos conflitos interindividuais, próprios da convivência social, objetividade no sentido de que fossem levados para solução do conflito, com utilização de meios estranhos aos próprios esforços pessoais dos litigantes; e, assim, no momento em que surgem as necessidades de julgamentos externos às vontades das partes, foi, naturalmente, superada e até mesmo vencida, a fase da autotutela²⁵⁸ e da autocomposição²⁵⁹, vendo-se, simultaneamente, o surgimento de estruturas formais de Poder²⁶⁰, implicando na organização de mecanismos

²⁵⁵BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. v. 1. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 280.

²⁵⁶COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Tradução Benedicto Giacobini. Campinas: Redlivros, 1999. p. 46.

²⁵⁷DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 185.

²⁵⁸Autotutela também conhecida como autodefesa, possui dois traços característicos: a) ausência de juiz distinto das partes; b) imposição da decisão por uma das partes à outra. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVAER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit. p. 27.

²⁵⁹A autocomposição (a qual, de resto, perdura residualmente no direito moderno): uma das partes em conflito, ou ambas, abrem mão do interesse ou de parte dele. São três as formas de autocomposição (as quais, de certa maneira, sobrevivem até hoje com referência aos interesses disponíveis): a) desistência (renúncia à pretensão); b) submissão (renúncia à resistência oferecida a pretensão); c) transação (concessões recíprocas). Todas essas soluções têm em comum a circunstância de serem parciais – no sentido de que dependem da vontade e da atividade de uma ou de ambas as partes envolvidas. *Ibidem, idem*.

²⁶⁰Nesse sentido adverte COUTURE: “a) no estado de direito, a violência privada é substituída pela petição à autoridade; b) essa petição à autoridade constitui um poder jurídico do indivíduo, mas é o único meio idôneo para obter a prestação da jurisdição; c) o poder jurídico de requerer perante a autoridade não pode ser denegado a ninguém; proibida a justiça privada, é evidente que se deve dar a todo sujeito de direitos a faculdade de obtê-la por intermédio da autoridade; privá-lo de uma e de outra, seria denegar-lhe a própria justiça.” COUTURE,

também formais para pô-las em funcionamento e, ao mesmo tempo, de estilos peculiares de conduta, inclusive de linguagem, para realizar o acesso e, desta feita, a função julgadora, plenamente absolvida pelas estruturas estatais, com sua exclusividade para seu exercício. Ou seja, o monopólio da Jurisdição²⁶¹, necessariamente com o passar do tempo, veio se aprimorando e se fortalecendo com o próprio Poder Estatal, eliminando, simultaneamente, os outros focos de Poder na sociedade e destruindo os seus competidores.²⁶²

São sempre salutares as análises de Moacir Amaral Santos quanto à importância da Jurisdição para o Estado, como interesse em resolver o conflito, tendo que tomar conhecimento e valoração, para unicamente então, ser possível constatar qual interesse é juridicamente protegido, assegurando respeito à Ordem Jurídica, com a consequente atuação da Lei reguladora da espécie. Portanto, o objetivo do Estado, no exercício da função jurisdicional, é assegurar a paz jurídica pela atuação da Lei disciplinadora da relação jurídica em que se contrapõem as partes; nesse caso, atuando a Lei ao caso concreto, o Estado reconhece e delibera quanto ao Direito subjetivo, consequência natural da aludida atuação. Portanto, a finalidade da Jurisdição é resguardar a Ordem Jurídica, o império da Lei e, assim, protegê-lo dos interesses, num conflito que é tutelado, por ela, a Lei, amparando-se no Direito Objetivo.²⁶³

É inquestionável que dirimir conflitos²⁶⁴ entre pessoas é, necessariamente, uma importante função judicial, sendo necessário para tanto, que os cidadãos gozem de um eficaz serviço judiciário e de um amplo acesso a ele. Nessa perspectiva, Zaffaroni²⁶⁵ atenta-nos, de

Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Tradução Benedicto Giacobini. Campinas: Redlivros, 1999, p. 45.

²⁶¹ Acerca do Monopólio da Jurisdição Fredie Didier Jr. observa: “Muito embora a jurisdição não seja exclusiva aos órgãos do Poder Judiciário, pois indubitavelmente há órgãos do Poder Legislativo, como o Senado, que podem exercer funções jurisdicionais. Entende-se que a atividade jurisdicional é monopólio do Estado. Com a remodelação da arbitragem do direito brasileiro, essa característica perdeu o prestígio, tendo em vista que, atualmente prevalece a concepção de que a arbitragem é atividade jurisdicional, com a diferenciação apenas quanto ao elemento confiança, que preside a arbitragem, estando ausente na jurisdição estatal, cujo órgão não pode ser escolhido pelas partes e cuja sentença lhes será imposta de forma coativa.” DIDIER JR, Fredie. op. cit. p. 92-93.

²⁶² ROCHA, Cesar Asfor. *A luta pela efetividade da jurisdição*. São Paulo: RT, 2007. p. 34-35.

²⁶³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 68-69.

²⁶⁴ Cf. Gonçalves: “O Conflito social, em verdade, configura os aspectos sociativos da vida em grupo onde valores e ideias se constituem em armas para desavenças e ao mesmo tempo instrumentos de integração, por isso envolve uma falange de posições entre os prazeres do campo sociológico.” GONÇALVES, William Couto. *Uma introdução à filosofia do direito processual: estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 15-16

²⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares São Paulo: RT, 2005. p. 36

forma esclarecedora, que a solução de conflitos - ainda que fique pendente sobre que conflitos e de que forma - é, sem dúvida, uma função manifesta e inquestionável, qual seja: “a jurisdição - dizer o direito”. O Estado Democrático de Direito, em sua perspectiva de concretização dos Direitos Fundamentais, depende bastante de uma ação concreta do Judiciário, que por diversas oportunidades vem superando as expectativas dos demais Poderes, - como, por exemplo, o Poder Legislativo; sendo o Judiciário legítimo vetor, mecanismo propulsor das garantias constitucionais que asseguram, dentre outras, a dignidade da pessoa humana.

Indiscutivelmente, o Direito Processual é o ramo do Direito que proporciona, enquanto Ciência, o estudo de toda a conjuntura de Normas e Princípios que permitem a regulamentação necessária para a função jurisdicional do Estado em todos os seus aspectos, e que fixam o procedimento a seguir como meio para obter a atuação do Direito Positivo nos casos concretos, verificando as pessoas que devem se submeter à Jurisdição do Estado, e os funcionários encarregados de exercê-la.

É evidente que, diante da constitucionalização dos ramos do Direito, o processo teve que se ajustar a uma nova realidade. Nesse prisma, o acesso à Justiça, no Brasil, se encontra devidamente recepcionado e garantido como Direito Constitucional, elevado à categoria de Direito Fundamental, *ex vi*, Artigo 5º inciso XXXV, da Carta de 1988, que estabelece que a “lei não excluía da apreciação²⁶⁶ do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”. Nessa perspectiva, o sentimento constitucional parte do entendimento relacionado ao prevalecimento da efetividade do processo, como garantia da dignidade da pessoa humana; e, assim, o aludido dispositivo constitucional não se resume apenas ao direito de petição aos órgãos jurisdicionais, mas, sobretudo, a uma tutela jurisdicional efetiva, adequada, tempestiva e, principalmente, de resultados.

²⁶⁶ Cf. José Afonso da Silva: “O poder judiciário aprecia emitindo juízo de valor. “Apreciar” significa definir o valor de alguma coisa. Quando isso é feito pelo Judiciário, o que se tem é um julgamento, pelo qual se decide o sentido do objeto sob apreciação. Logo, a apreciação pelo Poder Judiciário da lesão ou ameaça de direito se traduz numa decisão que define se houve ou não lesão do direito, se há ou não ameaça a direito alegada pela pessoa ou coletividade que recorreu ao Poder Judiciário. É no signo “apreciação” que se centra a garantia individual consubstanciada na norma constitucional.” SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 132

O direito ao acesso à Justiça²⁶⁷ vem a ser uma característica constante nos Ordenamentos dos países democráticos. Desta feita, também o Brasil, após conquistar a certeza de vivenciar um Estado Democrático de Direito, fruto da luta de várias gerações, deve proporcionar, inclusive, um serviço jurisdicional célere, como condição para atingimento da tão sonhada Pacificação Social. Luiz Guilherme Marinoni,²⁶⁸ analisando a concepção contemporânea da Jurisdição, é bastante esclarecedor ao afirmar que, com o Estado Constitucional, ocorreu, naturalmente, a inversão dos papéis da Lei e da Constituição, sendo evidente que a Legislação deve ser compreendida a partir dos princípios Constitucionais de Justiça e dos Direitos Fundamentais. Como exemplo desta realidade, há o dever que o Estado-Juiz tem de interpretar a Lei²⁶⁹ de acordo com a Constituição. Outro importante dever é o de controlar a constitucionalidade da Lei, atribuindo-lhe adequado sentido, evitando, desta feita, a declaração de inconstitucionalidade, ou mesmo de suprir a omissão legal que impede a proteção de um Direito Fundamental. É nesses contornos do Estado Democrático Social de Direito que a sociedade espera a densificação dos seus direitos, quando ao ensejo da provocação da tutela jurisdicional, atuando a Lei na medida das Normas Constitucionais e dos valores nelas encerrados.²⁷⁰

Ressalta-se que, devido às consequências proporcionadas pela nova Ordem presente na sociedade dita pós-moderna, e em tempos de efervescente Globalização, fez-se originar uma formação de identidades coletivas ou mesmo universais, associadas à aquisição de Direitos, consolidando interesses e discursos sobre a sociedade em mutação, tornando-se uma linguagem comum, nas Instituições globais emergentes. Assim, os novos movimentos sociais, bem como os novos conflitos ideológicos, se organizam em torno desses vetores. Nessa

²⁶⁷ Mauro Capelletti & Garth Bryant em importante estudo quanto à temática de acesso à justiça expõem: “Podemos afirmar que a primeira 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 da 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.” CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 31.

²⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo* 3. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 136.

²⁶⁹ Interpretar na visão de Eduardo J. Couture consiste: “em extrair o sentido, desenterrar o conteúdo, que o texto encerra com relação à realidade. [...] interpretar a lei não é interpretar o Direito, mas um fragmento deste. Interpretar o Direito, isto é, averiguar o sentido de uma norma em sua acepção integral, pressupõe o conhecimento do Direito em sua totalidade, bem como a necessária coordenação entre a parte e o todo. [...] O fenômeno de interpretação não tende a revelar o pensamento do legislador, mas sim a extensão da eficácia atual da norma. O Direito prorroga, indefinidamente, a sua vigência no sentido futuro.” COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. Tradução Dr. Gilda Maciel Correa Meyer Russumano. São Paulo: Max Limonad, 1956. p. 13-23.

²⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit. p. 141.

contextualização, a Juridificação e a Judicialização²⁷¹ aparecem, como instrumentos que permitem uma articulação com os novos processos macrosociais e o Poder Judiciário. É constatada, nessa ótica, a crescente atuação do Poder Judiciário, intervindo nos demais Poderes do Estado, perseguindo a concretização dos Direitos Fundamentais, e recebendo um “*plus*” a mais, por ocasião da Constitucionalização dos Ramos do Direito.

Especificamente no caso do Brasil, a Juridificação da sociedade ocorreu, fundamentalmente, como mecanismo de substituição e/ou intervenção, tentando gerar para o Poder Judiciário uma capacidade ou um modelo cujo ponto de partida será, exatamente, a regeneração do Sistema Social, bem como a luta contra a desigualdade social e o patrimonialismo,²⁷² esperanças necessárias para a construção de uma sociedade mais justa e fraterna, proporcionando inclusão social. Nessa perspectiva, o Poder Judiciário tem se revelado como importante vetor na propagação da Densificação Constitucional, demonstrando uma tentativa de tornar os Direitos Fundamentais eficientes, e ao mesmo tempo efetivos, atributos indispensáveis para a concretização dos objetivos relacionados ao bem comum, em um Estado Democrático Social de Direito.

2.1 A presença normativa da constituição e o direito prestacional

Importante obra, que traz reflexões pertinentes quanto à presença da Constituição para a sociedade, é o trabalho apresentado por Konrad Hesse, cujo título é *A força normativa da Constituição*, obra traduzida por Gilmar Ferreira Mendes²⁷³. A noção de que a Constituição é uma Norma Jurídica dotada de caráter imperativo - proporcionando a invocação de sua tutela em Juízo, quando não forem espontaneamente respeitados os Direitos - foi necessária durante bastante tempo para que acontecesse sua densificação, e, ao mesmo tempo, surgissem diversas reivindicações. E assim já é possível perseguir os benefícios de um Direito Prestacional, especialmente, quanto aos Direitos Fundamentais. O certo é que a falta de efetividade das normas constitucionais contribui, decisivamente, para comprometer a credibilidade da

²⁷¹ De acordo com Habermas: “essa noção (Rechtstaatbestände, em alemão) surgiu na República de Weimar em referência à expansão e adensamento do direito positivo na sociedade moderna e particularmente à institucionalização do conflito de classes, à legislação trabalhista e à regulação do conflito social. O conceito de juridificação, tal como definido por Habermas, refere-se a um processo de “ondas sucessivas e cumulativas de juridificação” pelo qual as relações sociais seriam colonizadas pela crescente atividade reguladora do Estado.” HABERMAS *apud* SORJ, Bernardo. op. cit. p. 102.

²⁷² SORJ, Bernardo. op. cit. p. 115.

²⁷³ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

Constituição e impedir a difusão de um genuíno “sentimento constitucional” entre o povo.²⁷⁴ Contrapondo-se à ideia de Hesse, Ferdinand Lassale equiparava a constituição a um mero “pedaço de papel” influenciado pelos interesses do poder.²⁷⁵

Sobre o sentimento jurídico constitucional, pode-se dizer que este não seria, propriamente, a causa da necessária efetividade por si só, uma vez que dependeria da participação política da própria sociedade, reivindicando seus interesses, transformando a Norma em algo vivo, e preservando a vontade popular. Portanto, ele é uma prova significativa da consistência entre Norma e realidade, ainda que, também, ao lado de outros fatores, seja capaz de colaborar com a referida consonância. Uma Constituição vívida é assim considerada, em grande parte, porque é sentida pelo povo e aparece como símbolo que tem razão de ser em virtude de sua função integradora.²⁷⁶

Não é possível haver Democracia, em sua plenitude, quando ainda subsistem e/ou prevalecem dominações pessoais. Nesse caso, também não é possível dar-se o Estado de Direito, uma vez que tanto a Democracia - ideal social e político, discutido há milênios - quanto o Estado de Direito - solução constitucional, pensada e tentada há algumas gerações - implicam, necessariamente, em um Poder impessoalizado, mas que sempre necessitará de legitimação, frente aos diversos segmentos que compõem o corpo e/ou Tecido Social. Muito embora sua organização possa variar segundo regimes provenientes das diversas adaptações processadas pelo Estado ao longo de sua existência e evolução.²⁷⁷ Existe no Estado de Direito, um considerável aspecto formal, correspondente a um Estatuto Jurídico dominante, bem como um aspecto material que corresponde à efetivação das exigências de conteúdo. Tais exigências se prendem, politicamente, ao problema de legitimidade do Poder, como se prendem a

²⁷⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 52-53.

²⁷⁵ A teoria cética de Ferdinand Lassale, jurista alemão contemporâneo de Marx: “[...] negava qualquer valor à lei constitucional, equiparada por ele a um mero “pedaço de papel”. Afirmava Lassale que a Constituição real de um Estado consiste exclusivamente nos “fatores reais de poder que regem uma Nação”, e que a lei constitucional só teria alguma eficácia se os refletisse com fidelidade. Foi para combater, de um lado, o nihilismo de Lassale, e, do outro, certas concepções constitucionais mais tradicionais, que implicavam o amesquinamento da eficácia da Lei Maior, que Konrad Hesse esboçou sua teoria sobre a “força normativa da Constituição”. O pensamento de Hesse se opõe tanto ao normativismo kelseniano, que, no plano constitucional, isola a Constituição da realidade social, preocupando-se apenas com a primeira, como ao sociologismo de Lassale, que despreza as dimensões normativas do fenômeno constitucional. Para ele a Constituição opera a síntese dialética entre o mundo do ser e o do dever ser, que não podem ser vislumbrados isoladamente.” LASSALE, Ferdinand apud SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 54-55.

²⁷⁶ VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 7.

²⁷⁷ SALDANHA, Nelson. *Estado de Direito, liberdades e garantias*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980. p. 11.

questões dos valores jurídicos especiais, assumidos pelo Estado.²⁷⁸ Tanto no Estado Mínimo como na configuração da Providência, o Poder sempre carece de legitimação frente à sociedade, tendo que valer-se da manipulação das massas como forma de consolidar seus objetivos.

Esses valores jurídicos especiais levam a sociedade a perseguir a densificação dos preceitos constitucionais²⁷⁹, acreditando, desta feita, na presença do Estado como realidade permanente, disposto a atender e concretizar os interesses da sociedade dita pós-moderna, consumerista²⁸⁰, e com diversas pretensões resistidas.

A Constituição de um Estado solidifica-se e torna-se verdadeiramente duradoura quando as conveniências são observadas de tal modo que se tornam capazes de proporcionar, tanto nas relações naturais quanto nas Leis, uma coincidência de pontos e objetivos.²⁸¹ No entanto, quanto às Leis, estas assumem a função de assegurar, acompanhar e retificar as relações naturais, sendo totalmente comprometidas com a ideologia legitimadora dos interesses no Poder. Desta feita, se o Legislador, enganando-se em seu objeto, toma um princípio diferente do que nasceu da natureza das coisas, (como por exemplo: um legislador que é tendencioso à servidão, ao passo que outro contempla a liberdade, ou mesmo um que é

²⁷⁸ *Ibidem.* p. 23.

²⁷⁹ Nesse sentido vide: AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do supremo tribunal federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

²⁸⁰ Zygmunt Bauman refletindo sobre consumismo destaca: “Pode-se dizer que o “consumismo” é tipo de arrojo social resultante da reciclagem de vontades, desejos e anseios humanos rotineiros, permanentes e, por assim dizer “neutros quanto ao regime”, transformando-os na principal força propulsora e operativa da sociedade, uma força que coordena a reprodução sistêmica, a integração e a estratificação sociais, além da formação de indivíduos humanos, desempenhando ao mesmo tempo um papel importante nos processos de atuo-identificação individual e de grupo, assim como na seleção e execução de políticas de vida individuais. O “consumismo” chega quando o consumo assume o papel-chave que na sociedade de produtores era exercido pelo trabalho.[...] De maneira distinta do consumo, que é basicamente uma característica e uma ocupação dos seres humanos como indivíduos, o consumismo é atributo, a capacidade profundamente individual de querer, desejar e almejar deve ser, tal como a capacidade de trabalho na sociedade de produtor, destacada (“alienada”) dos indivíduos e reciclada/reificada numa força externa que coloca a “sociedade de consumidores” em movimento e a mantém em curso como uma forma específica de convívio humano, enquanto ao mesmo tempo estabelece parâmetros específicos para as estratégias individuais de vida que são eficazes e manipula as probabilidades de escolha e conduta individuais.” BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 41.

²⁸¹ Nessa perspectiva Habermas adverte: “Uma constituição pode ser entendida como projeto histórico que os cidadãos procuram cumprir a cada geração. No Estado democrático de direito, o exercício do poder político está duplamente codificado: é preciso que se possam entender tanto o processamento institucionalizado dos problemas que se apresentam quanto a mediação dos respectivos interesses, regrada segundo procedimentos claros, como efetivação de um sistema de direitos. Mas nas arenas políticas, quem se defronta são os agentes coletivos, que discutem sobre objetivos coletivos e acerca da distribuição dos bens coletivos. Apenas diante de uma tribunal e no âmbito de um discurso jurídico é que se trata imediatamente de direitos individuais cobráveis através de ação judicial.” HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2007. p. 238.

generoso com a riqueza enquanto outro o é com a população), será constatado, assim, que as Leis se enfraquecem imperceptivelmente, podendo, inclusive, haver mudanças na Constituição, tudo motivado por “forças dominadoras²⁸²” do Estado, tendentes a cessarem a agitação apenas quando a “natureza” venha a retomar seu domínio, destruindo ou modificando o resultado da pretensão legislativa²⁸³.

Por conseguinte, a opção habermasiana se funda, não mais em uma consciência desconectada das limitações e condicionamentos empíricos, mas em uma noção de interesses que, em seu conjunto, caracterizariam a reprodução da espécie humana; ou seja, a partir de uma visão renovada de uma antropologia transcendental, sendo compreendida por Habermas, é que o conhecimento é um mecanismo de autoconservação da espécie. A Política, afastada da autocompreensão cultural, estaria a se resumir à solução de questões técnicas, ou seja, à autocoisificação dos homens.²⁸⁴ O fato é que a Política é produto da capacidade do homem em interagir com seu semelhante. A este fato, com o evoluir dos tempos, aflorou naturalmente toda uma gama de argumentos, que tendiam para a acomodação de interesses, mas, sobretudo, revelavam-na como um importante instrumento de legitimação do Poder, que ajusta-se de acordo com as diversas configurações arquitetadas pelo Estado ao longo dos tempos.

Habermas entende que a irracionalidade que domina as sociedades capitalistas da atualidade poderá ser quebrada pela incorporação da Razão Comunicativa nas ideias que orientem as ações dos atores sociais, bem como em Instituições sociais adequadas.²⁸⁵ Nesse ponto, verifica-se com absoluta facilidade, a enorme contribuição da Teoria Discursiva, uma vez que, por intermédio do diálogo, voltado para o debate, a linguagem não seria apenas técnica, mas acessível à compreensão de todas as camadas sociais. A essa altura, estará havendo uma caminhada para uma situação discursiva ideal, um modelo de sociedade livre, com profundas condições de resolver, através da discussão pública, os conflitos de interesses entre os seus membros.²⁸⁶ No que tange aos países de Modernidade Tardia, como o Brasil, resta uma grande expectativa quanto à teoria capitaneada por Habermas, no sentido de que ela

²⁸² Nesse sentido vide documentário: THE CORPORATION. Direção: Jennifer Abbott e Mark Achbar. Produção: Mark Achbar e Bart Simpson. Canadá: Big Pictures Media Corporation, 2003.

²⁸³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. op. cit. p. 69.

²⁸⁴ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Habermas e o direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 66-67

²⁸⁵ BRENNAND, Edna Gusmão de Góes (org.). *Dialogando com Habermas*. João Pessoa: Editora Universitária, 2006. p. 34

²⁸⁶ ABBAGNANO, Nicola. op. cit. p. 339 - 340

seria o palco legitimado para o grande debate, com capacidade de proporcionar avanços sociais, especialmente, quanto à Pacificação Social e, sobretudo, quanto à Segurança Jurídica.

O ponto de partida habermasiano está concentrado em uma Sociologia cuja democracia visualize uma proposta de reconstrução, devendo fundamentar seus conceitos, a partir da identificação dos fragmentos da Razão existente, em formas já encaradas de práticas políticas. Mesmo do ponto de vista empírico, esse ponto de partida é necessário à compreensão e, ao mesmo tempo, é uma apresentação descritiva de como se opera um sistema político, dotado de uma estrutura constitucional, com sua dimensão de validade e força de legitimação do Estado de Direito.²⁸⁷

Todo cidadão carrega uma determinada carga de sentimento moral, tendo, dessa feita, um senso próprio de Justiça e da capacidade de ter uma concepção própria do bem, assim como de um interesse em que essas predisposições sejam levadas a um racional aperfeiçoamento. Acredita-se numa perspectiva na qual os cidadãos autônomos respeitem os interesses dos outros, à luz de princípios justos, e não apenas por interesse próprio; a possibilidade de se deixar levar para um comportamento leal, convencido pelo uso público de sua própria Razão, da legitimidade das Instituições e Políticas existentes. As partes em negociação necessitam de uma compreensão relacionada às consequências de autonomia que lhes é vedada em sua integralidade e suas implicações do uso de uma Razão Prática a que elas próprias não podem recorrer.²⁸⁸ Evidencia-se, desta feita, uma forte conotação em torno de um Direito Constitucional inclusivo, necessário para a concretização dos objetivos do Estado Democrático Social de Direito.

A perspectiva dos cidadãos de buscarem na associação, por sua própria vontade, a formação de uma dada comunidade de sujeitos de direito, livres e iguais, resultou em uma concepção de Estado de Direito que vem a ser inseparável dos conceitos de Direito Subjetivo, e em uma concepção de indivíduos que, dadas essas condições basilares, estabelecidas pelo Estado (contemporâneo)²⁸⁹, vêm a ser os sujeitos portadores desses Direitos. Há, portanto, na

²⁸⁷ BRENNAND, Edna Gusmão de Góes (org.). op. cit. p. 35.

²⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria e política*. 6. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007. p. 69.

²⁸⁹ Bobbio, quanto ao Estado Contemporâneo, esclarece: “Estado de Direito e Estado Social- uma definição de Estado contemporâneo envolve numerosos problemas, derivados principalmente da dificuldade de analisar exhaustivamente as múltiplas relações que se criaram entre o Estado e o complexo social e de captar, depois, os seus efeitos sobre a racionalidade interna do sistema político. Uma abordagem que se revela particularmente útil

origem das Constituições modernas, uma teoria do Direito, formulada em termos individualistas. Na realidade, nem mesmo os Direitos Sociais, com função nítida de compensar condições sociais desiguais, foram capazes de impor limites ao individualismo, uma vez que os bens sociais podem ser individualmente distribuídos ou, individualmente desfrutados.

O que vem se verificando na Democracia, é que houve o estabelecimento de um alargamento dos vetores iniciais para além da representação de forma de governo, mostrando-se a democracia, inteiramente inclinada para um sempre presente estilo individualista de vida, com retoques de um conveniente estado social. Valores são consideravelmente manipulados ideologicamente como forte meio de legitimação do Poder. A Democracia foi desenvolvida, *pari passu*, com interesses individualizantes²⁹⁰, como ideal valorativo, afetando a realidade esperada. A valer, observam-se as ponderações de João Mauricio Adeodato:

[...] Cada pessoa, cada espírito pessoal, é um ponto de contato ente o mundo ideal dos valores e o mundo real, é uma ponte para a realização dos valores; uma vez intuído, porém o valor escapa a qualquer determinação subjetiva e penetra na realidade seguindo suas próprias leis.²⁹¹

Platão (427 a.C-348 a.C.), ao seu tempo, viu-se diante de uma Democracia de fato vivenciada no seio do Estado: a “polis” (cidade/estado) mais “democrática” da época, Atenas; o que, em absoluto, não seria uma democracia nos moldes atuais, de um Estado Democrático Social de Direito. Mas que, segundo o filósofo, já demonstrava sinais de “lobby”, beneficiando alguns poucos em detrimento da coletividade, em uma sociedade caracterizada pela falta de Justiça.²⁹² Evidencia-se nos tempos atuais, que a Democracia passou a revelar-se um excelente escudeiro de um Capitalismo predador, motivado pelas ondas de Globalização.

na investigação referente aos problemas subjacentes ao desenvolvimento do Estado contemporâneo é a da análise da difícil coexistência das formas do Estado de direito com os conteúdos do Estado Social.” BOBBIO, Norberto et alii. *Dicionário de política*. v. 1. 13. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2007. p. 283.

²⁹⁰ Esses interesses individualizantes são um fruto característico das consequências de um Estado Liberal mínimo.

²⁹¹ ADEODATO, João Mauricio. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 181.

²⁹² No clássico “A República” Platão esclarece: “E eu sonho que a democracia surge quando os poderes se sagram vitoriosos, matando alguns de seus oponentes e expulsando outros, e dando aos cidadãos restantes uma igual participação no governo e nos cargos públicos, na maior parte dos casos atribuindo cargos de direção por meio de sorteio.” PLATÃO. *A república (ou a justiça)*. Tradução, textos complementares e notas Edson Bini. Bauru: Edipro, 2006. p. 364. Na visão de Platão, destaca Padovani e Castagnola: “A essência do estado seria então, não uma sociedade de indivíduos semelhantes e iguais, mas dessemelhantes e desiguais. Tal especificação e concretização da divisão do trabalho seria representada pela instituição da escravidão; tal instituição, consoante Platão, é necessária porquanto os trabalhos materiais, servis, são incompatíveis com a condição de um homem livre em geral. Segundo Platão, o estado ideal deveria ser dividido em classes sociais. Três são essas classes: a

Em Habermas, verifica-se que os meios e fins de uma exigência democrática são definidos, originariamente, pelo legislador político. Ao Judiciário, dentro das noções de senso e adequabilidade, cabe tão somente verificar se a medida tem caráter discricionário, violando ou não a noção de reciprocidade, inerente ao princípio da Moralidade; ou então se são mitigados os Direitos Fundamentais. Sendo possível ao discurso, desse modo, proporcionar um espaço ao debate, e, assim, construir uma mudança na interpretação dos direitos fundamentais e da própria moralidade.²⁹³

É recorrente a análise quanto ao papel do Estado na conjuntura de Poder, sendo, de um todo, evidente a enorme produção legislativa, capitaneada no Século XX, em resposta ao progressivo agravamento das condições sociais e econômicas, não atendendo às expectativas do cidadão de participar ativamente das decisões de Estado. Outro ponto considerável ocorreu no tocante à elevação da Burocracia e dos custos da máquina administrativa, sendo necessária a elaboração da gênese da reforma da Administração Pública, objetivando atender aos princípios esculpidos no texto constitucional, *ex vi*, Artigo 37, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.²⁹⁴

Paralelo ao agigantamento do Estado - ampliando cada vez mais seus fins sociais e, ao mesmo tempo, atrelado a limitações orçamentárias - é possível constatar que o Ordenamento constitucional assegura aos indivíduos certa esfera de liberdade, frente às intervenções do Poder Público, da mesma forma como garante que a personalidade humana, na busca por sua dignidade, se desenvolva livremente dentro da Comunidade Social. Não existe um elemento valorativo plenamente neutro, e assim a Constituição permite, diante de um determinado caso concreto, quando presente um dado conflito entre Direitos Fundamentais, a hipótese de Juízes e/ou Tribunais poderem recorrer aos “valores supremos” que se expressam nos Princípios Fundamentais para proporcionarem soluções para dados casos, objeto de provocação da tutela jurisdicional.²⁹⁵

dos filósofos, a dos guerreiros, a dos produtores, as quais, no organismo do estado, corresponderiam respectivamente às almas racional, irascível e concupiscível no organismo humano. À classe dos filósofos cabe dirigir a república. [...] À classe dos guerreiros cabe a defesa interna e externa do estado. [...] À classe dos produtores, enfim, agricultores e artesãos, submetida às duas precedentes, cabe a conservação econômica do estado. PADOVANI, Umberto; CASTAGNOLA, Luis. op. cit. p. 120-121.

²⁹³ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. op. cit. p. 153

²⁹⁴ CR/88 Art. 37 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, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e também o seguinte: [...].

²⁹⁵ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 46-47.

Assiste-se, portanto, determinados conflitos entre os Poderes, capitaneados pelas constantes intervenções do Poder Judiciário, em face de os demais Poderes não lograrem completamente êxito em atenderem prontamente aos objetivos do Estado do bem estar social e principalmente aos princípios e Direitos Fundamentais disciplinados no Texto Constitucional. Peter Haberle propugna a adoção de uma hermenêutica constitucional, adequada à sociedade, extremamente complexa, tudo motivado pelo papel fundante da Constituição para a sociedade e para o Estado, concluindo desta forma que todo aquele que vive a Constituição é um legítimo intérprete. Nesse prisma, os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.²⁹⁶

2.2 Acesso à justiça e a necessidade iminente de uma tutela efetiva e de resultados

Foram vivenciadas diversas análises doutrinárias e até mesmo jurisprudenciais sobre ao tema “acesso à justiça”, e principalmente, sobre o fato de se constatar a constitucionalização do processo.²⁹⁷

Um dos mais importantes trabalhos de pesquisa está na obra intitulada “Acesso à Justiça”, elaborada em conjunto por Bryant Garth e Mauro Cappelletti²⁹⁸. Apesar de haver sido realizado na Itália, especificamente, como trabalho desenvolvido no Centro de Estudos de Direito Processual Comparado de Florença, esse estudo trouxe importante contribuição para o debate em torno das necessárias reformas no Direito Processual Brasileiro. A necessidade de rever os obstáculos à efetivação do acesso à Justiça, foram consideravelmente refletidas, o que é imprescindível à necessidade de melhor aparelhamento das máquinas jurisdicionais, não simplesmente, com a construção e reformas nas instalações do Poder Judiciário, mas sobretudo diante do necessário incremento das Defensorias Públicas, para

²⁹⁶ HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2002. p. 9-13.

²⁹⁷ Para Lenio Luiz Streck: “O conceito de Estado Democrático de Direito pressupõe uma valorização do jurídico, e, fundamentalmente, exige a (re) discussão do papel destinado ao Poder Judiciário (e à justiça constitucional) nesse (novo) panorama estabelecido pelo constitucionalismo do pós-guerra, mormente em países como o Brasil, cujo processo constituinte assumiu uma postura que Cittadino denomina de “comunitarista”, onde os constitucionalistas (comunitaristas) lutaram pela incorporação dos compromissos ético-comunitários na Lei Maior, buscando não apenas reconstruir o Estado de Direito, mas também resgatar a força do Direito, cometendo à jurisdição a tarefa guardiã dos valores materiais positivados na Constituição.” STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 38.

²⁹⁸ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Graice Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

proporcionar assessoria jurídica às pessoas carentes, também uma melhor qualificação dos servidores públicos do Poder Judiciário e, principalmente, trazer o Magistrado para o debate construtivo em torno das questões sociais, tendo na efetividade e celeridade processual uma meta a ser desenvolvida pelo Estado/Juiz.

Nessa perspectiva, o uso da Conciliação, a criação de juízos e tribunais com competência para processar e julgar causas de menor relevância jurídico-financeira, utilizando-se de procedimentos, com menos rigor formal que os tradicionalmente empregados, bem como o sincretismo processual, têm sido temáticas bastante usadas na luta que trava o Poder Judiciário pela busca da concretização de uma Tutela efetiva e, sobretudo, de resultados. Nessa perspectiva, é crescente a provocação da Tutela Jurisdicional, acarretando o congestionamento²⁹⁹ da Prestação Jurisdicional. Assim, renasce o debate quanto à autocomposição, autodefesa ou autotutela, levando a reflexões no que tange a formas alternativas em soluções de controvérsias.³⁰⁰

²⁹⁹ “BRASILIA – O número de processos tramitando na Justiça brasileira aumentou em mais de dois milhões no período de um ano. Em 2008, eram 70, 1 milhões de ações ajuizadas em todo o país. No ano anterior, esse número era de 67,7 milhões. Isso significa que os 15.731 juízes brasileiros têm uma carga de trabalho que varia de 1,9 mil processos por ano, no caso dos juízes federais, a 9 mil processos por ano, no caso dos estaduais. Os dados foram revelados na manhã desta terça-feira pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que divulgou a pesquisa “Justiça em Números”. A pesquisa também constatou que a taxa de congestionamento do Judiciário continua muito alta. O caso mais grave é da Justiça estadual, onde 73, 1% dos processos que chegam à varas e tribunais permanecem nas prateleiras sem julgamento. A taxa de congestionamento é de 58,9% na Justiça Federal e de 44,6% na Justiça do Trabalho. A taxa de congestionamento e o aumento na carga de trabalho de juízes foram mais visíveis na Justiça de 1º grau, nas turmas recursais e nos juizados especiais. O presidente do CNJ e do Supremo Tribunal Federal, ministro Gilmar Ferreira Mendes, alertou sobre a necessidade de mais infra-estrutura e tecnologia para dar conta da demanda. Ele ressaltou que especialmente nos juizados especiais, a tendência nos próximos anos é de aumento de processos já que as pessoas devem ter mais acesso à Justiça. Ele também recomendou que os juízes deem prioridade à análise de processos ajuizados até 31 de dezembro de 2005. Isso vai ajudar a desafogar o Judiciário. Esse é um grande desafio. Exige de todos os magistrados e servidores um desdobramento – disse Gilmar Mendes.” BRIGIDO, Carolina. CNJ: Pesquisa revela aumento de 2 milhões de ações tramitando na Justiça em 2008. **Jornal O Globo**, Rio de Janeiro, 02 jun. 2009, Plantão. Disponível em: <www.oglobo.globo.com>. Acesso em 30 ago. 2009.

³⁰⁰ “O Processo é necessariamente formal, porque suas formas constituem o modo pelo qual as partes tem a garantia de legalidade no exercício da jurisdição. [...] o tempo é inimigo da efetividade da função pacificadora. [...] a demora na solução dos conflitos como causa de enfraquecimento do sistema. [...] tudo isso concorre para estreitar o canal de acesso à justiça através do processo. [...] A primeira característica dessas vertentes alternativas é a ruptura com o formalismo processual. A desformalização é uma tendência, quando se trata de dar pronta soluções aos litígios, constituindo fator de celeridade. Depois dada a preocupação social de levar a justiça a todos, também a gratuidade constitui característica marcante dessa tendência. [...] Constitui característica dos meios alternativos de pacificação social também a legalização. [...] Com essas características presentes em maior ou menor intensidade conforme o caso (direitos disponíveis ou indisponíveis) vão sendo incrementados os meios alternativos de pacificação social- representados essencialmente pela conciliação, mediação e arbitramento.” CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit. p. 32-33.

A norma material não muda a realidade dos fatos sociais. Não estabelece o “ser”, apenas define o “dever ser”. É que a vontade dos homens, quando bem dirigida, é a única capaz de transformar a realidade social, em algo melhor, com capacidade de evoluir em direção àquele mundo que todo homem de bem deseja deixar como herança para os seus filhos.³⁰¹

A teoria voltada para o entendimento no qual a jurisdição tem a função de atuar a vontade concreta da lei, atribuída a Chiovenda³⁰², e a teoria de que o Juiz cria a norma individual para o caso concreto, relacionada com a tese da justa composição da lide, formulada por Carneluti³⁰³, mesmo possuindo importante valoração para o estudo e entendimento do direito processual, encontram atualmente uma profunda mitigação em função da crescente necessidade de o Estado-Juiz evoluir para uma função “produtiva”, sendo relevante uma reflexão em torno do conceito de Jurisdição, reflexão que em seus contornos seja capaz de englobar uma nova realidade que vem surgindo.

A transformação pela qual foi submetida a concepção do Direito, diante das diversas mutações e exigências ocorridas na sociedade pós-moderna, foi a causa determinante para aflorar um positivismo crítico com o desenvolvimento de teorias bem definidas quanto ao objetivo de proporcionar ao Juiz a real possibilidade de afirmar o conteúdo da lei comprometido com a Constituição. As teorias desenvolvidas em torno dos direitos fundamentais, dos princípios, a técnica de interpretação de acordo, o controle de constitucionalidade e seus efeitos, tudo isso tornou capaz o Estado/Juiz de exercer uma função nitidamente “produtiva” e não mais de simplesmente declarar a aplicabilidade da lei ao caso concreto, em um processo civil nitidamente elaborado para demandas individuais. Desta feita, é pouco mais que evidente que essas condições foram a causa determinante do surgimento de um outro modelo de Juiz e de uma Jurisdição que é ou tenta ser capaz de abraçar a nova realidade que foi criada.³⁰⁴

³⁰¹ TEIXEIRA, Sergio Torres. Acesso à Justiça e crise do modelo processual brasileiro contemporâneo: superando os obstáculos à efetividade do processo trabalhista. In: GOMES NETO, José Maria Wanderley (org.) *Dimensões do acesso à justiça*. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 235.

³⁰² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 2. Campinas: BookSeller, 1998. p. 55.

³⁰³ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*. v. 1 Buenos Ayres: Editora Padova, 1936.

³⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 24.

Nessa perspectiva, a Soberania, a Cidadania e a Dignidade da Pessoa Humana³⁰⁵ receberam destaque a partir da Norma dotada de supra legalidade, sendo elevados ao status de valores estruturantes do Estado Brasileiro. O cidadão esclarecido reage contra o desrespeito à Constituição, que é uma legítima conquista sua. Está consciente de que a força de sua vontade individual cresce de significado quando se junta à dos demais cidadãos, na defesa de suas reivindicações³⁰⁶, encontrando, no Estado Providência, o principal álibi para estruturar as esperanças na densificação dos direitos fundamentais.

O Homem, numa visão genérica e evolutiva da vida sobre a Terra e, conseqüentemente, quanto ao seu comportamento, sempre esteve ligado a necessidades voltadas a certos elementos que possam contribuir para o aperfeiçoamento social, político e cultural. Na medida em que se desenvolveram meios de controle e aproveitamento da natureza, com a descoberta, a invenção e o aperfeiçoamento de instrumentos de trabalho e de defesa, a sociedade simples foi se tornando cada vez mais complexa. Dentro da própria sociedade, ocorreu a formação de grupos, os quais passaram a desenvolver tarefas específicas, ocorrendo a natural formação de um pluralismo social, extremamente complexo.³⁰⁷ A insatisfação é, sempre, um fato antissocial, independentemente de a pessoa ter ou não direito ao bem pretendido. Desta feita, a eliminação dos conflitos, ocorrentes na vida em sociedade, pode se verificar por obra de um ou de ambos os sujeitos dos interesses conflitantes, ou por ato de terceiro.³⁰⁸

Nessa perspectiva, teve presença marcante na solução dos conflitos a autotutela, que, notadamente, caracterizou-se pela imposição da vontade de uma das partes em detrimento e/ou em sacrifício do outro.

Na realidade, diante das mutações sofridas no Tecido Social ao longo da História, o conflito sempre obteve espaço nas relações humanas, levando o ser humano a viver em constantes crises e rupturas, objetivando conseguir uma sempre difícil Pacificação Social.

³⁰⁵ Marcelo Novelino destaca: “O núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo, a DPH é o valor constitucional supremo que irá informar a criação, a interpretação e a aplicação de toda a ordem normativa constitucional, sobretudo, o sistema de direitos fundamentais”. NOVELINO, Marcelo. op. cit. p. 347.

³⁰⁶ HERKENHOFF, João Baptista. *Cidadania para todos: o que toda pessoa precisa saber a respeito de cidadania*. Rio de Janeiro: Thex ed, 2002 p. 70.

³⁰⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. op. cit. p. 20.

³⁰⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit. p. 26

Nesta esteira, o Estado chamou para sua responsabilidade a necessidade de intervir nas relações, objetivando acomodar pretensões,³⁰⁹ exercendo, desta feita, a Jurisdição.

Em linhas gerais, pode-se dizer que a Jurisdição é a realização do Direito, por meio de terceiro imparcial, de modo autoritário em última instância (caráter inevitável da jurisdição).³¹⁰ O Estado buscou, por intermédio do exercício da Jurisdição, acomodar, através da intervenção do Poder Estatal, as diversas pretensões resistidas da sociedade, em constantes mutações, especialmente, quanto à enorme complexidade vivenciada. A Jurisdição é exercício de influência, sem deixar de ser manifestação de poder. O resultado do processo de conhecimento é uma decisão que, por emanar do Estado, pólo de Poder, impõe-se imperativamente aos destinatários. O Código de Processo Civil Brasileiro é particularmente explícito, a propósito, seja ao estabelecer eficácia para sentença nos confins do objeto do processo, seja traçando com clareza, os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada material.³¹¹

Notadamente, a Sociedade dispõe, como Direito Fundamental, esculpido na Constituição Federal de 1988, *ex vi*, Artº 5 Inciso LXXVIII³¹², a duração razoável do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação. A valer, a Lei Maior Pátria houve por bem dispor acerca do monopólio da Jurisdição. No entanto, é facultado inovar a tutela jurisdicional, desde que se constate a existência de um Direito lesado ou ameaçado. Nessa perspectiva, é forçoso indagar se o processo – nos moldes tradicionais, estruturado a partir da clássica divisão da Tutela Jurisdicional em Tutela de conhecimento, Tutela de execução e Tutela cautelar – atende à ânsia da sociedade conflituosa e extremamente consumeirista de obter uma tutela efetiva e de resultados. Muitas reformas foram introduzidas no Direito Processual Civil: o Estado vem buscando alternativas, às vezes meros paliativos para alcançar os objetivos necessários, no combate à morosidade da Prestação Jurisdicional.

³⁰⁹ Em Pontes de Miranda verifica-se: “É hoje princípio fundamental do direito, em geral, que a toda pretensão corresponda ação que o assegure. De modo que as espécies ou os casos, em que isso não se dá, são excepcionais, e podemos, com toda a exatidão, falar de direitos mutilados ou pretensões mutiladas.” PONTES DE MIRANDA. *Tratado das ações*. 2. ed. São Paulo: RT, 1972. p. 109

³¹⁰ DIDIER JR., Fredie. *Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 86

³¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 131-133.

³¹² CR/88 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXVII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Habermas observa, no Direito, a possibilidade de institucionalizar as condições ideais para o discurso, voltado a atender aos objetivos do Estado Democrático de Direito, mediante o exercício de uma função crítica das ideias, fundamentadas pela Razão, levantadas pela Comunidade Política justa ou pela sociedade bem ordenada. Essas ideias podem ser capazes de denunciar eventuais injustiças, ou mesmo exigir condições politicamente, mais justas.³¹³ O surgimento de um projeto de renovação da teoria crítica da sociedade proporciona novas referências críticas a respeito das formas de organização da sociedade contemporânea. As mutações sofridas no Tecido da sociedade encontram maior abrangência e força na medida em que o homem aprimora o caminho do diálogo, e, principalmente, com a Comunicação, firmando-se, consideravelmente, o marco fundamental para superar as adversidades, contribuindo, desta feita, para a diminuição das desigualdades sociais.

2.3 O juiz e a função jurisdicional

A função de julgar remete sua existência a tempos idos; sempre presente na sociedade, em todo e qualquer aglomerado humano,³¹⁴ por mais primitivo que fosse, existiu, comumente, choque de paixões e de interesses, provocando, dessa forma, desavenças que levaram à necessidade de resolução, por intermédio de alguém: esse alguém tem sido e será um Juiz. Quando se torna a grei³¹⁵ mais numerosa, crescem e se complicam as lesões humanas. O Rei, absorvido por outras atividades, não terá tempo para prover a todos os dissídios do seu povo. Cometerá tais funções a um preposto. Destaca-se, nesse momento, a entidade do Juiz, um auxiliar do Monarca, em cujo nome e por delegação de quem distribui Justiça; e assim continuará, sob a dependência dele, séculos afora. Um dia, bem mais tarde, adquirirá prestígio e autoridade para julgar os próprios reis. Tornar-se-á, espontaneamente, poder autônomo, com força que emanará, não mais da vontade dos governantes, mas da soberania da própria Nação.³¹⁶

³¹³ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*: ensaios filosóficos. Tradução de Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2009. p. 316.

³¹⁴ Cf. Rousseau: “Quando vários homens reunidos consideram-se como um só corpo, eles têm uma única vontade, relacionada à preservação comum e ao bem-estar geral. Então, todos os meios do Estado são rigorosos e simples, suas máximas são claras e luminosas, não há interesses confusos, contraditórios, o bem comum mostra-se em toda a parte com evidência e requer apenas bom senso para ser percebido. A paz, a união, e a igualdade são inimigas das sutilezas políticas.” ROUSSEAU, Jean-Jacques. op. cit. p. 115.

³¹⁵ Por “grei” o Grande dicionário Houaiss esclarece: Conjunto de súditos, vassalagem; povo; nação. HOUAISS, Antonio. op. cit. p. 1482.

³¹⁶ GUIMARAES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 19-20.

Nas palavras de Moisés³¹⁷ encontram-se ensinamentos que refletem, até os dias atuais, normas importantes para a ação dos Juízes: “Não façais acepção de pessoas no julgamento: ouvireis de igual modo o pequeno e o grande. A ninguém temais, porque a sentença é de Deus”. Diante da interpretação das Escrituras, é, de um todo, evidente a recomendação quanto à necessária imparcialidade nos julgamentos. Sabe-se que é o Estado quem exerce a Jurisdição, embora os atos do exercício, em apreço, sejam materialmente realizados pelos Juízes, e tenham, por objetivo imediato, a conotação impessoal de imparcialidade,³¹⁸ que qualifica a atuação destes.

No desempenho de sua atividade como papel de aplicador do Direito, o Jurista pode vir a ser um ator social, a reboque da estagnação ou mesmo do retrocesso, ou ainda pode ser uma força, a serviço do progresso. Pode ser construtor de uma hermenêutica, comprometida com avanço social, proporcionando melhor distribuição dos bens, com a universalização do Direito, ou pode, então, representar um sustentáculo do passado, alheio às mudanças, adepto de uma Dogmática Jurídica que cristaliza privilégios³¹⁹. Pontes de Miranda, em seus valiosos ensinamentos, afirmava:

[...] A peita e o suborno viciam a sentença, por imperativo moral. O homem, em que o Estado depositou a confiança de julgar, traindo a sua função, ele. Que no seu papel, deve ser indiferente aos grandes e aos pequenos e, até, acostumar-se a ver que o acto de justiça exige dupla coragem, a de ferir a grandes, que estão em faltas, e a pequenos, que também as cometem. À questão de saber se o preço, a que se refere a ordenação, é a *pecunia data ante sententiam ou si post*, em sendo árbitro estatal o prolator, respondiam acertadamente os velhos juristas que a distinção não procedia, desde que se deu a corrupção. Também constitui peita ou suborno a sentença proferida em sinal de gratidão, ou ambição, ou por ódio.³²⁰

³¹⁷ BÍBLIA. A.T. Livro do Deuteronômio, 1:17. *Bíblia de Jerusalém*. São Paulo: Paulus, 2002.

³¹⁸ Cunha observando a importância da imparcialidade do Juiz ao proferir decisões esclarece: “O Direito a tutela jurisdicional exige a imparcialidade do Juiz que há de conhecer e satisfazer a pretensão. [...] A exigência de imparcialidade do juiz impõe que o processo seja apreciado por magistrado investido de autoridade jurisdicional, devendo resolver o conflito submetido a seu crivo sem quaisquer pressões ou influências, sujeitando-se apenas à lei, ou melhor, ao ordenamento jurídico, composto que é por regras e princípios.” CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Jurisdição e competência*. São Paulo: RT, 2008. p. 73

³¹⁹ HERKENHOFF, João Baptista. *Movimentos sociais e direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 118.

³²⁰ PONTES DE MIRANDA. *A acção rescisória contra as sentenças*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1934. p. 159.

O Juiz não é sujeito do processo em nome próprio: ele ocupa o lugar mais importante dos sujeitos processuais, isto é do Estado. Não atua em função de seus interesses, ou de seus escopos pessoais, mas dos escopos que motivam o Estado a assumir a função jurisdicional.³²¹

Na teoria de Habermas, pode-se constatar o reconhecimento sobre o qual as Normas Jurídicas e, especialmente, os Princípios, recebem uma forte carga valorativa, uma vez que valores compõem a essência da própria humanidade. Habermas enfoca o conjunto de valores e convicções prévias pelos quais o homem poderá ser influenciado na tomada de decisões e, assim, centralizar seus interesses, utilizando-se do próprio Sistema, objetivando formar uma ordem objetiva de valores:

[...] Tal jurisprudência de valores levanta realmente o problema da legitimidade [...] Pois ela implica um tipo de concretização de normas que coloca a jurisprudência constitucional no estado de uma legislação concorrente. [...] Perry chega a essa conclusão, reinterpreta arrojadamente os direitos fundamentais que deixam de ser princípios deontológicos do direito para se tornarem bens teleológicos do direito, formando uma ordem objetiva de valores, que liga a justiça e o legislador à eticidade substancial de uma determinada vida. [...] Ao deixar-se conduzir pela ideia de realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária.³²²

Com a evolução do Estado para o modelo Constitucional de Direitos, surgiu novo conteúdo à atividade do Estado-Juiz, tendo que se moldar a uma nova realidade, assumindo uma função produtiva³²³, como vetor da concretização dos Direitos Fundamentais. O Poder Judiciário assumiu a condição de última trincheira da sociedade, sociedade essa que trava uma batalha constante, perseguindo a efetivação e densificação de seus Direitos.

³²¹ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 1. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 335

³²² HABERMANS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flavio Beno Siebeneichler. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 320.

³²³ CNJ – No 3º Encontro Nacional do Judiciário, ocorrido em fevereiro de 2010, que reuniu os dirigentes de todos os segmentos do Sistema de Justiça brasileiro, foram definidas 10 Metas Prioritárias para 2010, assim resumidas: META 1: Julgar quantidade igual à processos de conhecimento distribuídos em 2010 e parcela do estoque, com acompanhamento mensal; META 2: Julgar todos os processos de conhecimento distribuídos (em 1º grau, 2º grau e tribunais superiores) até 31 de dezembro de 2006 e, quanto aos processos trabalhistas, eleitorais, militares e da competência do tribunal do Júri, até 31 de dezembro de 2007; META 3: Reduzir em pelo menos 10% o acervo de processos na fase de cumprimento ou de execução e, em 20%, o acervo de execuções fiscais (referência: acervo em 31 de dezembro de 2009); META 4: Lavar e publicar todos os acórdãos em até 10 dias após a sessão de julgamento; META 5: Implantar método de gerenciamento de rotinas (gestão de processos de trabalho) em pelo menos 50% das unidades judiciárias de 1º Grau; META 6: Reduzir a pelo menos 2% o consumo per capita com energia, telefone, papel, água e combustível (ano de referência: 2009); META 7: Disponibilizar mensalmente a produtividade dos magistrados no portal do tribunal; META 8: Promover cursos de capacitação em administração judiciária, com no mínimo 40 horas, para 50% dos magistrados; META 9: Ampliar para 2 Mbps a velocidade dos links entre o Tribunal e 100% das unidades judiciárias instaladas na capital e, no mínimo, 20% das unidades no interior; META 10: Realizar, por meio eletrônico, 90% das comunicações oficiais entre os órgãos do Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Metas Prioritárias 2010. Disponível em <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 08 set. 2010.

Portanto, ao Poder Judiciário cabe, necessariamente, atender às demandas dos cidadãos, objetivando a proteção de seus Direitos, ou seja, por medidas tendentes a fazer densificar as Normas Jurídicas Abstratas, transformadas pela incidência sobre determinado ato ou fato, em Normas Jurídicas Concretas, que tenham seus comandos efetivamente realizados. Nessa perspectiva, o conjunto de atividades destinadas a tutelar Direitos compõe o que se costuma classificar como função jurisdicional do Estado, e que tem no Juiz o principal expoente para uma tutela efetiva e de resultados.³²⁴

Da dignidade do Juiz, pressupõe-se, conseqüentemente, a dignidade do Direito, em uma relação de total dependência. Nessa perspectiva, Eduardo J. Couture é contundente em afirmar: “o dia em que os Juízes tiverem medo, nenhum cidadão poderá dormir tranquilo”. A independência nas decisões, a autoridade para impor o resultado da apreciação meritória em um dado processo, e a responsabilidade para que a sentença não seja um ímpeto de ambição, de orgulho ou de soberania, são relevantes condições garantidoras ao Estado/Juiz, com capacidade de transformar a consciência do homem vigilante frente ao seu próprio destino.³²⁵

O Livro do Deuteronômio³²⁶ traz ao povo de Deus o Código, com seus Estatutos e Normas, no que diz respeito à posse da terra prometida. No capítulo XVI, versículos 18-20, destaca-se a ação de Juízes, constituídos pelo próprio Deus, para manterem o Direito, Justiça, nos bens partilhados. Assim, diz o Senhor:

“Estabelecerás Juízes e escribas em cada uma das cidades que Iahweh teu Deus vai dar para as tuas tribos. Eles julgarão o povo com sentenças justas. Não perverterás o direito, não farás acepção de pessoas e nem aceitaras suborno cega os olhos do sábio e falseia a causa dos justos. Busca sempre a justiça, para que vivas e possuas a terra que Iahweh teu Deus te dará”.

No decorrer do Século XX, o Juiz tornou-se figura de extrema importância na sociedade brasileira. Na visão de Herkenhoff, teve ainda mais ampliado o seu papel nas sociedades interioranas, motivado, no caso do Brasil, pelo processo de modernização das estruturas legais do país, provocando uma gradual perda de Poder dos coronéis, criando, desta feita, a necessidade de se adaptar a Lei - leis muitas vezes elaboradas com características dos

³²⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao código de processo civil: do processo de execução*, art's 566 a 645. v. 8, São Paulo: RT, 2003. p. 32-33.

³²⁵ COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. 3. ed. Tradução de Mozart Rio de Janeiro: José Konfino, 1951. p. 88.

³²⁶ BÍBLIA. A.T. Livro do Deuteronômio, 16:18-20. *Bíblia de Jerusalém*. São Paulo: Paulus, 2002.

grandes centros urbanos - para a realidade presente no meio social tradicional, predominante no interior.

Figura marcante nos rincões existentes no Brasil, o Magistrado é tendente a ser o centro das atenções, com relevante importância social e política, condição não proporcionada simplesmente pelos diplomas legais que elevam o Juiz a uma figura relevante como autoridade, mas sim com a mediação necessária, no exercício da Magistratura, adaptando a cultura dos grandes Centros à cultura local. Cultura que é eivada de tradição, diversamente oposta ao que se propaga nas metrópoles, sendo esta a causa determinante para a importância do Juiz e de seu papel desenvolvido na sociedade do interior. Imperioso é destacar um natural regresso do Direito Pátrio a suas origens, através dessa aplicação, efetivada pelos Juízes, no interior. O Direito Formal, elaborado nos Centros de decisão nacional, sofre naturalmente uma mutação quando levado à aplicação, pelos Juízes, no interior; um verdadeiro ajuste do Direito Nacional Formal ao Direito Não-formal, marcado por peculiaridades locais, aproximando o Direito à realidade social, e reduzindo, desta feita, o abismo imaginário existente entre os símbolos do legislador e os do povo interiorano; criando um elo de dupla compreensão entre a linguagem da Lei e o seu entendimento pelos seus destinatários; proporcionando ao povo a transmissão e compreensão dos valores ventilados no Sistema Jurídico do país, para a administração da Justiça, com o conhecimento dos valores imperantes na comunidade.³²⁷

A sociedade necessita de um Juiz³²⁸ atuante e comprometido com as causas sociais e, assim, tem o Estado-Juiz um relevante papel a desempenhar na sociedade brasileira, como vetor e instrumento que pode e deve contribuir para uma nova realidade social. O Juiz vem a ser o elo de ligação para adequar a Lei ao fato social, a mediação entre o Legislador e a vida, a representação na sentença dos valores populares: desafios que levam a Magistratura a atrever-se enfrentar.³²⁹

³²⁷ HERKENHOFF, João Baptista. *Movimentos sociais e direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 147-148.

³²⁸ Couture destaca: “Se para alguma coisa existem os juízes no ordenamento jurídico, é para proferir sentenças reconhecendo ou denegando razão aos que comparecem diante deles. A chamada “plenitude hermética da ordem jurídica” funda-se, justamente, no fato de que os juízes completam, com a jurisprudência, a referida ordem.” COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Campinas: Redlivros, 1999. p. 46.

³²⁹ HERKENHOFF, João Baptista. op. cit. p. 151.

Na atual conjuntura social, os problemas da sociedade Brasileira são levados ao Fórum para apreciação do Poder Judiciário, última trincheira da sociedade na luta que esta trava diariamente perseguindo a valorização da Dignidade da Pessoa Humana, a diminuição das Desigualdades Sociais, a seriedade no Processo Eleitoral e a efetivação dos Direitos Fundamentais, dentre outras convulsões que tanto atormentam as necessidades do povo brasileiro.

Rumo a uma Jurisdição que proporcione uma Tutela efetiva e de resultados, que possa atender aos anseios e objetivos da sociedade pós-moderna - complexa e com dificuldades de identidade, na qual os sólidos se liquefazem,³³⁰ - o Estado/Juiz é levado a enfrentar, corriqueiramente, os seguintes desafios³³¹: hermenêutico, ético, político, cultural e humanista; enquanto principal agente propulsor de uma Tutela efetiva e de concretização de resultados, fruto de uma Jurisdição inteiramente atendida com a nova realidade presente na sociedade Pós-moderna e Globalizada.

2.4 Jurisdição pública brasileira e seus contornos diante da busca pelo reconhecimento de direitos.

Existe uma tentação de presenciar ou mesmo depreender, com absoluta facilidade, que entre a modernidade e pós-modernidade se vivenciam desafios e incertezas, especialmente relacionados à configuração do Direito e às repercussões jurídicas daí decorrentes. É inquestionável a tarefa de pensar o hoje em transição e mutação para o amanhã. Amanhã que ainda vem eivado de indefinição, no entanto, com amarras presenciais indelegáveis do ontem, proporcionando-se margem para diversas abordagens e discussões. Está presente toda uma complexidade emergencial, arquitetada pelos novos conflitos socioinstitucionais, pela

³³⁰ Expressão utilizada por Zygmunt Bauman no livro “*Modernidade Líquida*”.

³³¹ Nesse sentido, Herkenhoff esclarece: “Para enfrentar o desafio hermenêutico, o juiz deverá fugir de uma exegese meramente liberal. [...] O poder judiciário não pode manter-se impassível em face da subtração do povo, pelas classes dominantes, pelos legisladores ordinários, de conquistas alcançadas pela organização e pela luta, no processo constituinte, e que vieram a integrar o pacto político de 1988. [...] O desafio ético suplanta o desafio hermenêutico, em sentido estrito, ou é um desafio hermenêutico finalístico. Trata-se de assegurar o valor da “Justiça”, acima simplesmente do valor “lei”. [...] A lei deve servir ao Direito. [...] Entre dois valores, a Ética nos guia, devemos decidir pelo valor da maior hierarquia. Entre o culto da lei e o culto do Direito, o valor de maior hierarquia é o culto do direito. [...] O desafio político é, em síntese, o desafio de realizar as expectativas sociais de uma Justiça que interfira positivamente no jogo de forças presentes na sociedade, que jogue um papel no aperfeiçoamento democrático, na construção democrática. O desafio político obriga o Juiz a debruçar-se sobre as necessidades sociais. [...] desafio cultural o juiz é presença cultural na sociedade, líder, educador, especialmente no vasto interior brasileiro, mas também na cidade grande. [...] desafio humanista, o Juiz não é uma máquina de produzir sentenças, não é um operador de silogismos a superpor premissas dentro de um quadro lógico. A tarefa de julgar não pode ser desligada do ser humano, feita de abstrações. Só será possível o “encontro” com a pessoa humana, se o juiz libertar-se da “memória cativa das leis”. HERKENHOFF, João Baptista. *O direito processual e o resgate do humanismo*. Rio de Janeiro: TEX editora, 1997. p. 23-30.

requalificação dinâmica dos modos de produção e consumo, bem como uma profunda tradição de se conceber e exigir do ferramental jurídico a construção de regras sociais, ou mesmo a densificação dos Direitos Fundamentais.³³²

O Poder Judiciário, baluarte da Jurisdição Pública, especificamente no caso do Brasil, teve que enfrentar, principalmente na última década, um considerável aumento da provocação da Tutela Jurisdicional, desencadeando consequências que podem ser creditadas a uma aparente estabilidade financeira, surgida com o Plano Real e à redução dos índices inflacionários a patamares suportáveis, criando, na sociedade, expectativas quanto ao aumento do consumo, motivado inclusive pelas facilidades de acesso ao crédito.

Na realidade, esses fatores econômicos que fizeram ascender o consumo, encontraram na sociedade brasileira uma roupagem de País denominado ‘emergente’ e, assim, criaram condições que levaram a sociedade a se sentir tentada a adquirir diversos bens e/ou serviços. Fatores que, no entanto, geraram, posteriormente, toda uma discussão - ou melhor, lides³³³ e/ou pretensões³³⁴ resistidas - quanto a questionamentos de cláusulas contratuais, produtos defeituosos, serviços prestados diversamente do que foi objeto da contratação, mitigação da boa-fé objetiva, empréstimos bancários, dívidas em cartões de créditos... Dentre outros questionamentos que se tornaram usuais e corriqueiros; de um modo geral, foram todos desembarcar nos setores de distribuição dos Juizados e Fóruns, encontrando, do ponto de vista institucional, um Poder Judiciário com dificuldades de atender à crescente demanda, em função, muitas vezes, da precariedade das instalações e equipamentos, da deficiência no quadro de servidores ou mesmo da desmotivação em virtude de questões salariais e limitações orçamentárias típicas de um Capitalismo Tardio³³⁵ e escudeiro do Capital externo Globalizado.

³³² BITTAR, Eduardo C. B. op. cit. p. 6.

³³³ Segundo Santos: “Lide: é conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida”. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 141.

³³⁴ Segundo Pontes: “Pretensão é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa.” PONTES DE MIRANDA. *Tratado das ações*. 2. ed. v.1 São Paulo: RT, 1972. p. 52.

³³⁵ Nesse sentido Habermas comenta: “O orçamento governamental é sobrecarregado com os custos comuns de um processo mais e mais socializado. Suporta os custos de estratégias imperativas de mercado e os custos de demandas de bens improdutivos (armamentos e viagens espaciais). Suporta os custos da infra-estrutura diretamente relacionados à produção (transporte e sistema de comunicação progresso científico-técnico, treinamento vocacional). Suporta os custos de bem estar social, especialmente desemprego. E, enfim, suporta os custos externalizados do esforço ambiental brotando da produção privada. No fim, estas despesas tem de ser financiadas através de impostos. O aparelho do Estado, portanto, enfrenta simultaneamente duas tarefas. De um lado, supõe-se que eleve o nível necessário de impostos, subtraindo lucros e rendas, e use os impostos disponíveis racionalmente de modo que os distúrbios das crises do crescimento possam ser evitados. Por outro

Por tais motivos, o maior obstáculo que a Função Jurisdicional tenta superar é exatamente a adequação do tempo que se consome entre o exercício da Jurisdição e o da sua efetividade. A Jurisdição, para ser efetiva, necessita que a Tutela por ela prestada seja eficaz, proporcionando ao vencedor da demanda a obtenção do bem da vida pleiteado no processo, observando um tempo razoável para tramitação do processo - inclusive elevado à categoria de Direitos Fundamentais, *ex vi*, Art. 5 Inciso LXXVII.³³⁶ Portanto, a sociedade carrega no Estado/Juiz as expectativas para o alcance, concretização e efetivação de seus Direitos, exigindo, assim, uma mudança a ser operada ideologicamente, uma vez que as alterações legislativas - com considerável aumento dos poderes dos Magistrados, tornando-os hábeis para enfrentarem em grande medida as decisões judiciais - em nada poderão contribuir se não ocorrer uma mudança no modo de pensar dos que compõem o Poder Judiciário, sendo necessário, também, um compromisso efetivo de resolver, seja na percepção dos problemas a ele apresentados, seja na aplicação do Direito ao caso concreto.³³⁷

Evidentemente, a crise existe e repercute na própria credibilidade da Legislação e da Justiça Brasileira. Pensar, portanto, a ordem pós-moderna é constatar que sua entrada no tempo e no espaço – às vezes sutil, às vezes rompendo paradigmas – vem causando estremecimentos típicos de uma época de transição em busca de um novo modelo³³⁸, passando de um *status quo* seguro a um projeto indefinido. Portanto, a indefinição causa angústias, incertezas e instabilidades e, nesse conjunto de inoperâncias geradas pelos sistemas político, social, econômico e cultural que culmina com a geração de uma crise sem

lado, o soerguimento seletivo de impostos, o padrão discernível de prioridades do seu uso e os próprios desempenhos administrativos precisam ser constituídos de tal maneira, que a necessidade de legitimação possa ser satisfeita. Se o Estado falha na tarefa anterior, há um déficit na racionalidade administrativa; se falha na primeira resulta um déficit de legitimação.” HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 2002. p. 82.

³³⁶ CR/88 Art. 5º [...] LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

³³⁷ ROCHA, Cesar Asfor. *A luta pela efetivação da jurisdição*. São Paulo: RT. 2007. p. 39-40.

³³⁸ Nesse sentido como consequências na busca por um novo modelo Celso Furtado destaca: “O Brasil atravessa uma fase história de desilusão e ansiedade. A ninguém escapa que nossa industrialização tardia foi conduzida no quadro de um desenvolvimento imitativo que reforçou tendências atávicas da sociedade ao elitismo e à exclusão social. É natural que nos interroguemos sobre o que houve de errado no comportamento dos dirigentes do país ou até que ponto a responsabilidade pelo impasse em que nos encontramos pode ser imputado a forças externas que condicionam nossos centros de decisão.[...] Portanto, a crise que aflige nosso povo não decorre apenas do amplo processo de reajustamento que se opera na economia mundial. Em grande medida ela é o resultado de um impasse que se manifesta necessariamente em nossa sociedade, a qual pretende reproduzir a cultura material do capitalismo mais avançado, privando assim a grande maioria da população dos meios de vida essenciais. Não sendo possível evitar que se difundam, de uma ou outra forma, certos padrões de comportamento das minorias de altas rendas, surgiu no país a contrafação de uma sociedade de massas em que coexistem formas sofisticadas de consumo supérfluo e carências essenciais no mesmo estrato social, e até na mesma família.” FURTADO, Celso. *Em busca de novo modelo: reflexões sobre a crise contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 27-36.

precedentes podendo ser capaz de gerar um colapso administrativo, com absoluta ineficácia dos sistemas de controle de conduta³³⁹, revelando-se um terreno fértil para o Neo-Liberalismo implementar seus ideais de manipulação e Poder.

Nesse ínterim, verifica-se facilmente o problema do Ordenamento Jurídico Brasileiro, uma vez que “ordem” é sinônimo de uma certa estabilidade e segurança. No entanto, esses fatores relacionados à “ordem” segundo Bittar, já deixaram de possuir importância nas abordagens pós-modernas das Práticas Jurídicas, constatação que se aborda para demonstrar que a crise é devida à própria decadência do modelo segundo o qual foram organizadas as Práticas Jurídicas. A Pós-modernidade – diversamente do que ocorria anteriormente, quando se aguardava que as mudanças sociais ocorressem exclusivamente pelas práticas estatais ou mesmo que tais iniciativas pudessem suprir todas as necessidades sociais –, trabalhando a consciência social, busca elos associativos e parceiros, com soluções alternativas e criativas que possam trazer soluções eficazes.³⁴⁰

³³⁹ BITTAR, Eduardo C. B. op. cit. p. 439-444.

³⁴⁰ *Ibidem, idem.*

3 AS MUTAÇÕES NO PROCESSO – REFLEXÕES GERAIS

Nos últimos tempos, assiste-se a certo tipo de vivência de diversas mudanças do processo brasileiro, principalmente no Processo Civil; ajustes pontuais, objetivando adaptações a uma nova realidade, processada e ampliada com a gênese da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, voltada para densificar os alicerces para um Estado Democrático Social de Direito. Especialmente quanto ao Processo Civil, que já não mais se limita à prestação da Tutela Jurisdicional nas modalidades clássicas (Tutela de conhecimento, Tutela de execução e Tutela cautelar), nem se restringe a solucionar conflitos de interesses individualizados e concretizados. A sociedade contemporânea depara-se com uma inelutável necessidade de uma Tutela efetiva e de resultados, como resposta aos anseios sociais, dando início a diversas reformas do Código de Processo Civil, reflexo de novos tempos, marcados por relações cada vez mais impessoais e coletivizadas.

Também se verificam reformas processadas no Direito Penal, com implementações relacionadas à rapidez na apreciação meritória para questões penais, adotando técnicas de transação com justificativas relacionadas a um Direito Penal Mínimo, mas que imponha ainda, desse modo, sua presença como alternativa para Pacificação Social. Ao mesmo tempo, o Direito do Trabalho vem sendo alvo das maiores repercussões, processadas pelos ideais neoliberais, tudo relacionado à flexibilização, desregulamentação, e transações que possam atender cada vez mais aos interesses dominantes das elites motivadas pela Globalização e internacionalização do Capital.

Atualmente o sistema processual é mais rico e mais sofisticado.³⁴¹ É muito forte a presença de subsistemas que complementam os mecanismos para provocação da Tutela jurisdicional, exigindo cada vez mais uma interpretação hermenêutica sistemática do operador do Direito. Nessa perspectiva nasceu a primeira onda de reformas, processadas antes mesmo da atual Constituição Brasileira, tendo havido a introdução, no sistema, de mecanismos até então desconhecidos do Direito Pátrio.

³⁴¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 14.

Desta feita, a Lei 7.347, de 24.07.1985, regulamentando as Ações Cíveis Públicas, tendo como objetivo apurar, de forma ampla, danos provocados ao meio ambiente, aos consumidores, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, bem como os Direitos e interesses difusos e coletivos, de um modo geral. Em 24.10.1989, surgiu a Lei 7.853, objetivando promover a tutela de interesses transindividuais de pessoas portadoras de deficiência; vindo em sequência o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8069, da probidade na Administração Pública, Lei 8429/92, da Ordem econômica, Lei 8.884/94, e a Lei dos interesses das pessoas idosas, Lei 10.741/2003.

Conforme se verifica, as referidas Leis objetivaram tutelar os Direitos e interesses transindividuais, direitos esses cuja titularidade é subjetivamente indeterminada, já que são pertencentes a grupos ou classes de pessoas. As Ações Cíveis Públicas caracterizam-se por terem como legitimado ativo um substituto processual: o Ministério Público, as Pessoas Jurídicas de Direito Público ou, ainda, entidades ou associações que tenham por finalidade institucional, a defesa e a proteção dos bens e valores ofendidos.³⁴²

É possível se resumir o entendimento das Categorias de Interesses ou Direitos Transindividuais, - os quais às vezes, a Doutrina classifica³⁴³ como supra, meta ou super individuais - como Direitos que se aplicam em todas as jurisdições coletivas.

Em uma segunda fase, desta feita, iniciada em 1994, perseguiu-se a concretização da efetividade processual, um reclamo mais urgente de uma sociedade com “pressa”, e, assim, foram introduzidas expressivas modificações no Processo Civil, destacando-se a Lei 8950/94 que alterou Dispositivos referentes aos Recursos; a Lei 8951/94, que tratou dos Procedimentos Especiais para as ações de Consignação em Pagamento e de Usucapião; a Lei 8.952/94, que veio modificar inúmeros Dispositivos do Processo de Conhecimento e do Processo Cautelar; a Lei 8953/94, que proporcionou alterações, no Processo de Execução; a Lei 9139/95, que reformulou o Recurso de agravo, cabível contra decisões interlocutórias; a Lei 9079/95, que inovou completamente trazendo a Ação Monitória, englobando em um único Processo a Tutela de Conhecimento e de Execução. Em 2001, a Lei 10.352 tratou dos Recursos e do Reexame Necessário; e pelas Leis 10.358/2001 e 10.444/2002 ocorreram

³⁴² ZAVASCKI, Teori Albino. op. cit. p. 15

³⁴³ Nesse prisma, vide a doutrina mais abalizada sobre o assunto: MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

inovações ao Processo de Conhecimento e da Execução. Foram constatadas profundas modificações no processo, tudo motivado por esse conjunto normativo³⁴⁴. É necessário, ainda, destacar as Leis 11.232/2005 e 11.382/2006, quanto ao cumprimento de Sentença e às mudanças na execução, concretizando a perspectiva do Sincretismo Processual, bem como proporcionando que a modalidade de Execução, por Título Judicial viesse a se constituir uma fase posterior a fase de conhecimento.

3.1 Processo Civil e suas Adaptações em face da jurisdição constitucional na contemporaneidade

Em linhas gerais, os Textos Constitucionais reconhecem o direito de acesso aos Tribunais, assim concedendo-o em sua dupla dimensão: a primeira como um Direito de defesa perseguido contra ato dos Poderes Públicos; a segunda como um Direito de Proteção dos Particulares, através dos Tribunais do Estado, no sentido de se proteger contra violação dos seus Direitos por terceiros. Em suma, trata-se de um Direito de Acesso aos Tribunais com prerrogativas de encontrar uma proteção jurisdicional adequada e eficaz.³⁴⁵

Nessa perspectiva, ao Poder Judiciário foi conferida a universalização da jurisdicional, proporcionando, assim uma melhor estruturação do Estado Democrático Social de Direito, de forma a estabelecer garantias aos componentes sociais, uma vez que são regidos por Lei (em sentido amplo) e não por árbitros voluntários. É presente, então, a existência de parâmetros racionais, direcionadores da conduta humana, evitando (ou, no mínimo, tentando evitar) uma conduta humana que degenere o mais fraco em função da força do mais forte, e protegendo, assim, o Tecido Social, especialmente pela garantia de que todos são iguais perante a Lei, *ex vi*, Art.5, CR/88.³⁴⁶

No tocante à Jurisdição Constitucional, ela vem carreada de características relevantes, assumindo destaque no Estado Democrático Social de Direito, assim identificadas com 1) uma total ligação com a existência de estrutura normativa previamente estabelecida, tendo como função primordial a concretização da Norma Constitucional, autoridade de coisa julgada, 2) bem como a inércia típica do modelo de atuação da Jurisdição adotada no Brasil, e

³⁴⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008. p. 19

³⁴⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. op. cit. p. 496.

³⁴⁶ AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 634.

3) por último, é identificável o caráter substitutivo-coercitivo que a Decisão Judicial provoca quando substitui a vontade das Partes, como prerrogativa de autoexecução imperativa.³⁴⁷

Foram grandes as lutas travadas nos Movimentos Sociais e que impulsionaram o legislador no momento da convocação para Assembléia Nacional Constituinte de 1988, buscando se revestir de um sentir constitucional, com capacidade de gerar um produto final que impulsionasse mudanças na configuração do Estado Brasileiro, abrindo as portas para avanços profundos no campo social, tudo motivado pela Norma dotada de suprallegalidade em que esta resolveu promulgar seu papel de fonte propulsora para concretização dos Direitos Fundamentais, levando o Estado a assumir seu posto de providencia.

O Princípio da Separação dos Poderes, referencial concebido nos contornos do Estado Liberal, vem enfrentando uma mitigação, motivada pelos ajustes necessários em virtude da dilação dos fins reconhecidos pelo Estado, a partir do Século XX, como expoente de concretização dos Direitos Fundamentais, papel assumido pelo Estado Democrático Social de Direitos. A gênese do Estado Social provocou uma ampliação dos Direitos Sociais e, assim, tornou-se de suma importância reconhecer a esfera necessária para assegurar a autonomia da vontade dos indivíduos como seres que necessitam uns dos outros, devendo se reconhecer reciprocamente, colaborando para assegurar o convívio democrático de liberdades com igualdade e direitos para uma sociedade em mutação, mas que necessita respeitar as diferenças, e dotada de capacidade de promover Justiça.³⁴⁸

O Judiciário, no Estado Liberal, caracterizou-se por uma neutralidade política. No entanto, com a mutação para o Estado do bem estar social, a exploração de litigiosidade, aprimorada pela constante busca por efetivação dos direitos fundamentais sociais, provocou, naturalmente, uma ampliação da visibilidade social e política da Magistratura como vetor necessário para a concretização dos Direitos Constitucionais. Evidentemente, a luta por Moradia, Saúde, Educação, e Segurança alcançou sua instrumentalização, em demandas às vezes individualizadas, ou muitas vezes coletivas, promovendo, assim, a juridificação da Justiça Distributiva, colocando o Judiciário no centro das atenções, e erguendo esperanças

³⁴⁷ *Ibidem, idem.*

³⁴⁸ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009. p. 175-176.

para a sociedade, ao desenvolver a capacidade de enfrentar a gestão entre Igualdade Formal e Justiça social.³⁴⁹

Nesse contexto da realidade brasileira, adaptada à nova ordem emergente com a Constituição de 1988, a dignidade da pessoa humana foi elevada à categoria de Princípio Fundante da Ordem Jurídica e de finalidade principal do Estado, implicando, desde então, consequências hermenêuticas, motivadas por esse nascente *status* jurídico conferido ao Princípio. Evidentemente, uma Constituição democrática busca realizar, no mínimo, dois grandes objetivos, a saber: 1) constituir-se como propulsora da tomada de decisões, em que se prestigie um consenso mínimo, assegurador do pluralismo político; e, assim, garantir o mínimo de Direitos aos indivíduos, pessoas essas colocadas pelo Poder Constituinte originário, fora do alcance da deliberação política; e, 2) assegurar o pluralismo político, garantindo que a sociedade possa indicar, a cada momento, qual o caminho a seguir.³⁵⁰ Na prática, as regras do jogo Democrático vêm sendo consolidadas exatamente pelo Capital que manipula as massas para manter o Poder, sempre, nas mãos das elites dominantes.

Evidencia-se, por outro lado, que o reconhecimento constitucional dos Direitos Fundamentais não é suficientemente capaz de efetivar a pretensão quanto à eficácia e concretização, necessitando de garantias que assegurem o livre exercício de tais Direitos. Portanto, o sistema de proteção dos Direitos Fundamentais torna-se denso, em sede de viabilização jurisdicional, vinculando o Legislativo, o Executivo e o Judiciário e a própria Jurisdição, como Direitos diretamente aplicáveis.³⁵¹

Os Princípios Constitucionais, consagradores das diversas atribuições e prerrogativas dos Órgãos Públicos do Poder, bem como o controle judicial da constitucionalidade das Disposições Legislativas, conhecido como controle abstrato das Normas Constitucionais, encontram na Jurisdição Constitucional a finalidade para a proteção direta de tais Institutos, resolvendo, desse modo, as controvérsias eventualmente existentes entre os diversos Órgãos de Poder.³⁵²

³⁴⁹ *Ibidem.* p. 178.

³⁵⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 279-280.

³⁵¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 53-54.

³⁵² *Ibidem.* p. 352.

3.2 Processo coletivo no Brasil – Uma alternativa no reconhecimento de direitos

Impossível é não refletir sobre a forma na qual os Juristas respondem aos diversos problemas que afligem a atual sociedade complexa, na qual os conflitos cada vez mais assumem um cunho transindividual. É grande a expectativa da Sociedade, nos últimos decênios, com o surgimento dos mecanismos destinados ao tratamento processual coletivo de Direitos supra-individuais. Interesses voltados para a proteção do meio ambiente, do consumidor, de valores estéticos, históricos, e artísticos, ganharam possibilidades de Tutela Judicial muito mais amplas do que aquelas que surgiram noutros tempos. Um dos grandes desafios do Processo orientado socialmente, é o desequilíbrio de forças que logo de início se exhibe entre as Partes litigantes, a comprometer, em regra, a igualdade de oportunidades de êxito no pleito. Na realidade, as ações coletivas possuem, em geral, duas grandes justificativas: uma primeira de ordem sociológica e uma segunda de ordem política; sabendo-se que os fatores sociológicos são mais abrangentes, revelando-se no princípio do acesso à Justiça, em que tempo a Ordem Política Judiciária tem, como propósito primordial, a constatação da necessidade de concretizar o Princípio da Economia Processual.³⁵³

É importante se fazer uma breve reflexão quanto às duas categorias que norteiam as ações coletivas; a primeira relacionada às ações que cuidam de Direitos Materiais de caráter essencialmente não-patrimonial em seu conteúdo, mas difuso em sua titularidade, fato que leva o processo a ser acentuadamente objetivo³⁵⁴ diante da impossibilidade de invocar um direito a título individual, tornando-se necessária a elaboração de um mecanismo de representação da comunidade ou grupo a quem são atribuídos esses Direitos, evitando, desse modo, a impossibilidade de defesa em juízo. Verifica-se, com facilidade, que nessa primeira categoria, o Direito material é desprovido de conteúdo patrimonial, levando o provimento jurisdicional, geralmente, a não possuir um conteúdo indenizatório. No entanto, certamente,

³⁵³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo* 3. ed. v. 4. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 36.

³⁵⁴ Por processo objetivo, Gilmar Ferreira Mendes dispõe: “A jurisprudência dos Tribunais Constitucionais costuma chamar de processo objetivo (objektives Verfahren), isto é, um processo sem sujeitos, destinado, pura e simplesmente, à defesa da Constituição. (Verfassungsrechtsbewahrungsverfahren) não se cogita, propriamente, da defesa de interesse do requerente (Rechtsschutzbedürfnis), que pressupõe a defesa de situações subjetivas.” MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 250.

terá uma declaração, ordem, ou mesmo, um mandamento, podendo, inclusive, se concentrar em um Provimento Jurisdicional, determinando obrigação de fazer ou não-fazer.³⁵⁵

Evidentemente haverá uma impossibilidade de distinguir os beneficiários individuais do fazer e não-fazer, levando a coisa julgada a ter um efeito *erga omnes*, mesmo que as regras processuais não determinem o aludido efeito. Desse modo, trata-se de *Ação Coletiva para Defesa de Direitos Difusos*.

Uma segunda categoria, relacionada à ação coletiva, concentra sua atenção no processo em si, mais precisamente na disciplina e escolha do representante do grupo, observando sempre os requisitos para representação, bem como a vinculação da Sentença e a consequente extensão da coisa julgada, uma vez que tais Ações Coletivas afetam Direitos Subjetivos, com titular, e que poderiam judicializar a questão em nome próprio. Evidentemente, essa segunda categoria de Ações Coletivas, à qual se pode rotular de *Ação Coletiva para defesa de Direitos Individuais*, carrega, geralmente, o Direito Material de um conteúdo patrimonial, levando a maioria dos pedidos a uma condenação de natureza indenizatória, ou mesmo declaratória de nulidade de cláusulas contratuais padronizadas.³⁵⁶

Na realidade, no plano fático, a diversidade de interesses surge com o fato de se relacionar, em torno de uma compatibilidade de concordâncias, com capacidade de produzir conflitos, tendo em vista uma determinada valoração, a cargo dos diferentes sujeitos, dentro da diversidade social. No plano jurídico, a valoração dos interesses vem fixada na Norma Jurídica, situando-se no mundo ético-normativo do Direito. O Estado faz, nitidamente, opção por atuar com autoridade sobre o indivíduo que transforma o interesse, qualificando-o, juridicamente, dentro de certas circunstâncias a ser protegido.³⁵⁷

Na seara dos interesses, justifica-se a existência de várias categorias, como os interesses públicos e interesses privados, os interesses ou Direitos difusos, “essencialmente coletivos”, os interesses ou Direitos coletivos “no sentido estrito”, e os interesses ou Direitos individuais homogêneos, “acidentalmente coletivos”. Nesse prisma, Mazzilli adverte que, no

³⁵⁵ LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 14.

³⁵⁶ *Ibidem, Idem*.

³⁵⁷ SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos: conceito de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ação civil pública, inquérito civil, estatuto da criança e do adolescente, consumidor, meio ambiente, improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 2-3.

Interesse Público predomina a presença do Estado que fixa seu conteúdo soberanamente pela Ordenação Normativa; ao passo que o Interesse Privado encontra-se, na esfera do particular, do indivíduo, cabendo a ele sua defesa, beneficiando-se ou sofrendo o prejuízo. Quanto à categoria dos Interesses ou Direitos Transindividuais, às vezes também são classificados como supra, meta ou super individuais, como Direitos que se aplicam em todas as Jurisdições coletivas. Esses Direitos, em face de sua transcendência da esfera exclusivamente individual, tornam-se motivo de atenção para toda a coletividade, para uma parcela ou grupo de pessoas ou para todos os que tenham experimentado alguma “lesão” a partir do mesmo fato. Transindividuais, porque atingem grupos de pessoas que têm algo em comum, seja relação jurídica entre si ou com a Parte contrária, seja mera circunstância ou situação fática. São coletivos, em sentido amplo, metaindividuais ou transindividuais. Portanto, é pacífico o entendimento que os interesses transindividuais constituem o gênero do qual os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos são espécies.³⁵⁸

Observa-se, com absoluta clareza, que a legitimidade para agir nas Ações Coletivas é causa bastante controversa na lide forense, tudo motivado pela complexidade temática que norteia os contornos do Processo Coletivo. Um fato bastante relevante, e que necessita, consideravelmente, de ponderações e reflexões quanto a sua aplicabilidade, deve-se à natureza hermenêutica, no que tange à pretensão de compreender os Institutos do Direito Processual Coletivo pela ótica dos tradicionais dogmas do Processo Civil Individual. Nessa perspectiva, corriqueiramente verificam-se alguns operadores do Direito, especialmente Magistrados, interpretando Dispositivos e Institutos alicerçados em Legislação relativa a Direitos Metaindividuais, mas que são aplicados segundo a sistemática do Código de Processo Civil, cunhado sobre a perspectiva de um Direito Individual. É uma demonstração clara e evidente de uma deficiência técnica ao se aplicar a Legislação Coletiva, Transindividual.³⁵⁹

³⁵⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 4. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004. p. 17-19.

³⁵⁹ Nessa perspectiva esclarece Cássio Scarpinella Bueno: “O desenvolvimento clássico e tradicional do direito processual civil, por se ocupar com a resolução de conflitos individuais, marca seu estudo e a construção de suas estruturas, o aparecimento, o crescimento e a conscientização de quem também há, no plano material, conflitos metaindividuais, isto é, que vão além dos indivíduos, dizendo respeito, simultaneamente, a um maior número de pessoas e, até mesmo, a grupos bem definidos e organizados, pôs, para o estudioso do direito processual civil, a necessidade de se ocupar das formas de resoluções destes conflitos. [...] É lembrar que os temas fundamentais do direito processual civil são, todos eles, baseados e desenvolvidos, a partir de situações individuais, de um verdadeiro padrão de litígio, onde um (ou pouco mais de um) autor pretende ver reconhecido direito seu em face de um (ou pouco mais de um) réu. E mais: saber quem é (ou poder ser) este autor e este réu é uma questão que, em última análise, remota à pesquisa relativa a saber quem, no plano material, é o titular daquele direito ou interesse. No caso do “direito processual coletivo” a premissa não é a mesma.” BUENO. Cassio Scarpinella.

A valer, uma sedimentação, no meio forense de uma principiologia própria e inerente aos Direitos Metaindividuais seria uma contribuição relevante a esta crescente e necessária provocação da Tutela Jurisdicional Coletiva. Na verdade, vivencia-se uma época de quebra de paradigmas, na qual o relativismo tende a assumir uma constante, nas Ciências Sociais e Jurídicas, levando a um caminho voltado a ajustes e adaptações, perseguindo uma sonhada e desejada efetivação e concretização de Direito; e o Processo Coletivo vem a ser mais uma ferramenta de que dispõe a Jurisdição Pública, na luta pela Pacificação Social e, sobretudo, Segurança Jurídica.

Assim, a interpretação sistêmica do hermeneuta proporciona importante ferramenta interpretativa para a aplicação do Direito, frente ao fenômeno da Pós-modernidade, no qual a sociedade, cada vez mais conflituosa e complexa, enfrenta diversas pretensões resistidas, sendo necessária a realização de meios para uma Tutela efetiva e de resultados, como mecanismo de Pacificação Social frente a essa atual sociedade de risco. O conhecimento sistemático e o diálogo das fontes³⁶⁰ vem a ser um marco a ser aprimorado pelos operadores do Direito, na busca constante pelo acesso à justiça, em todas as camadas da sociedade, especialmente na atual sociedade Brasileira, na qual ainda é grande a desigualdade social, bem como a incapacidade do Estado de semear cultura, educação e informação adequadas a toda a coletividade. Esperanças e expectativas positivas se voltam para o Processo Coletivo.

Como exemplo da complexidade que norteia a Tutela dos interesses difusos e coletivos, pode-se abordar a seguinte situação hipotética: em um incêndio de determinado centro comercial, com vítimas entre frequentadores e lojistas, ocorre, em relação aos consumidores, o interesse difuso, haja vista a necessidade de segurança; em relação às pessoas atingidas surge o interesse individual homogêneo; e, no tocante à Associação de Lojistas verifica-se o interesse coletivo. Outro exemplo, relacionado ao meio ambiente, é o da

Curso sistematizado de direito processual civil: direito processual coletivo e direito processual público. v. 2, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 197-198.

³⁶⁰ Cláudia Lima Marques, em interpretação a doutrina de Erike Jayme, esclarece: “O uso da expressão diálogo das fontes é uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, co-existent no sistema. É denominada “coerência derivada ou restaurada” que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a “antinomia”, a “incompatibilidade” ou a “não-coerência”. “Diálogo” porque há influências recíprocas, “diálogo” porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja permitindo a opção prevalente ou mesmo permitindo um opção por uma das leis em conflito abstrato – uma solução flexível e aberta, de interpretação, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes).” BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor. 2. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 89-90.*

poluição em cursos de água, no qual há, em relação ao meio ambiente, um interesse difuso, em relação aos pescadores, um interesse individual homogêneo, e em relação à cooperativa dos pescadores, um Interesse Coletivo.³⁶¹

No Processo Civil Clássico, encontra-se o nexo entre a finalidade e os objetivos institucionais, Normas fundadoras do Direito Processual Civil Brasileiro, como, por exemplo, ‘quem figura no pólo ativo’ ou ‘qual seria o objeto da demanda’. Na realidade, nos moldes tradicionais, constata-se uma tradição inteira relacionada a limitar o elenco de legitimados ativos. No entanto, com a Tutela Coletiva vem-se a romper barreiras, ela é revestida de uma nova realidade presente na sociedade. Constata-se a recepção no Ordenamento Brasileiro, representando uma quebra de paradigmas. Nasceu com objetivos bem definidos. Busca adequar a legitimidade da Tutela Coletiva ao conceito geral de legitimidade *ad causam*, do Processo Civil Tradicional, como uma espécie de adaptação do novo às regras gerais previstas, como por exemplo, o Artigo 6º do Código de Processo Civil.³⁶²

Com a Tutela Coletiva, constata-se uma verdadeira revolução nos conceitos ou mesmo no processo, condição apenas possível no Brasil, em virtude das aptidões culturais e do contexto histórico em que estava inserido o emergente Estado Democrático Social de Direito, especialmente, Pós-Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.³⁶³

Em recurso ordinário, em Mandado de Segurança, o Superior Tribunal de Justiça, RMS 15703/RS³⁶⁴, tendo como relatora a Ministra Eliana Calmon, entendeu que, havendo interesse individual de apenas alguns associados, não haveria legitimidade para o substituto

³⁶¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 4. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004. p. 19.

³⁶² CPC Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

³⁶³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo* 3. ed. v. 4. Salvador: JusPodivn, 2008. p. 33.

³⁶⁴ RMS 15703 / RJ RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2002/0165295-3, T2-SEGUNDA TURMA DATA DO JULGAMENTO 18/03/2003. EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO - LEGITIMIDADE ATIVA DA ASSOCIAÇÃO - INTERESSE INDIVIDUAL DE APENAS ALGUNS DOS ASSOCIADOS - DESCABIMENTO DO MANDAMUS.

1. A associação somente está autorizada a agir como substituto processual quando defende interesse da coletividade dos seus associados.

2. É legítimo o interesse da categoria na investigação do comportamento de seus integrantes.

3. Se parte da categoria tem interesse divergente em relação à outra parte, não há legitimidade para o substituto processual representar apenas uma delas.

4. A ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - ADEPOL não tem legitimidade para, através de mandado de segurança coletivo, impedir que alguns delegados (seus associados) sejam submetidos a inquérito civil público.

5. Recurso ordinário improvido.

processual. Desta feita, o interesse de agir³⁶⁵, enquanto condição dessa mesma ação, materializa-se na demanda e utilidade da Prestação Jurisdicional, permitindo gerar benefícios ou vantagens efetivas para o autor. Destrinchando essa ideia, vale dizer que o interesse de agir decorre da indispensabilidade da Tutela Jurisdicional, sendo imperiosa a atuação do Magistrado para que possam decorrer consequências úteis quanto à efetividade da Prestação Jurisdicional.

Na realidade, a identidade de partes nas Ações Coletivas necessita de uma análise detalhada, observando critérios bem definidos, nos contornos do Processo Coletivo, bastante diverso do tradicionalismo do Processo Civil Clássico, cunhado para lides individuais. No Processo Coletivo, é uma realidade a figura da Legitimação Ativa Extraordinária;³⁶⁶ autor da demanda. No entanto, a eventual sentença cognitiva de mérito irá afetar a toda coletividade.

Apesar de a Legislação Brasileira ser bastante, esclarecedora quanto à Legitimidade Ativa Extraordinária, o Juiz tende a desempenhar um relevante papel na avaliação de tal legitimidade, especialmente quando diante de manifesto interesse social, dispondo o Magistrado, destarte, de uma gama significativa de Poderes, seja para exame das condições de

³⁶⁵ Cf. Santos: “Interesse de Agir: É distinto do direito material a que visa tutelar. A ação se propõe a obter uma providência jurisdicional quanto a uma pretensão e, pois, quanto a um bem jurídico pretendido pelo autor. Há, assim, na ação, como seu objeto, um interesse de direito substancial consistente no bem jurídico, material ou incorpóreo, pretendido pelo autor. Chamamo-lo de interesse primário. Mas há um interesse outro, que move a ação. É o interesse em obter uma providência jurisdicional quanto àquele interesse. Por outras palavras há o interesse de agir, de reclamar a atividade jurisdicional do Estado, para que este tutele o interesse primário, que de outra forma não seria protegido. Por isso mesmo o interesse de agir se confunde, de ordinário, com a necessidade de se obter o interesse primário ou direito material pelos órgãos jurisdicionais. Diz-se, pois, que o interesse de agir é um interesse secundário, instrumental, subsidiário, de natureza processual, consistente no interesse ou necessidade de obter uma providência jurisdicional quanto ao interesse substancial contido na pretensão.” SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit. p. 166.

³⁶⁶ Por legitimidade ativa extraordinária no processo coletivo, Marinoni esclarece: “A lei processual brasileira concede, para as ações coletivas, um sistema de legitimação extraordinária, atribuindo a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos a determinados organismos que, supõe-se, tenham condições de adequadamente protegê-los. O sistema tem, em certa medida, inspiração na disciplina existente para as *class actions* do direito anglo-americano, no qual se prevê a chamada “representatividade adequada”. Para esse sistema legal, a avaliação da condição de certo(s) autores(s) para representar os interesses de todo o grupo é feita pelo magistrado, caso a caso, conforme expressem efetivamente os interesses da categoria e sejam dignos de agir em nome dela em juízo. O direito brasileiro, surgiu em parte com inúmeras adaptações diante da realidade nacional, a experiência do direito anglo-americano, estabelecendo uma dualidade entre as condições de legitimação. De um lado, buscou efetivamente atender a critério semelhante ao da “representatividade adequada”, autorizando a propositura das ações coletivas às associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses específicos. [...] Também confere aos agentes públicos determinados o poder de exercer a ação coletiva. [...] i) O Ministério Público; ii) A União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; e iii) as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (art.82 do CDC). A Lei 11.448/2007 conferiu legitimidade à Defensoria pública para a ação coletiva, eliminando polêmica existente sobre a extensão das atribuições deste órgão.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 745-746.

admissibilidade da demanda ou adequada representação, ostentada pelos demandantes, seja para o controle dos pressupostos para o seu desenvolvimento e a sua Instrução. Desta feita, constatado o atendido dos requisitos de admissibilidade e de desenvolvimento do processo, a Sentença fará jus à coisa julgada, com eficácia geral, vinculando a todos os membros da classe, inclusive os que não foram dela notificados. Para tanto, é necessário que tenha ficado reconhecida a adequada representação.³⁶⁷

A Lei 6513/77 tratou de produzir importantes modificações na Ação Popular, disciplinada pela Lei 4.717/65, iniciando mecanismos para se introduzir a gênese da viabilidade processual dos Direitos de Natureza Difusa. No entanto, a Lei 7347/85 veio a firmar marco fundamental na busca de instrumentos processuais para a Tutela dos Direitos e Interesses Difusos e Coletivos. A Constituição Federal, Norma dotada de supralegalidade, teve uma marca relevante para a Tutela Material de diversos Direitos com natureza transindividual, como o Direito ao meio ambiente sadio,³⁶⁸ à manutenção do patrimônio cultural³⁶⁹, à preservação da probidade administrativa³⁷⁰ e à proteção do consumidor.³⁷¹

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, tratou de complementar importantes mecanismos disciplinadores da Tutela Jurisdicional dos Direitos Difusos e Coletivos, nos quais, dentre outras inovações, pode-se destacar o procedimento que arrimou a Ação Coletiva prevista no artigo 91 da mencionada Legislação consumeirista, bem como a defesa conjunta de Direitos Individuais homogêneos, utilizando-se a técnica da Legitimação mediante substituição Processual, consoante esculpido no artigo 82 de Lei *in* comento. Não há como deixar de constatar que no Sistema Processual Brasileiro verifica-se a existência de um subsistema dotado de especificidade, bastante sofisticado e muito complexo, tudo voltado para atender aos conflitos coletivos característicos da sociedade Pós-moderna, na qual ocorre uma crescente migração, voltada, cada vez mais, em torno de Direitos Difusos sobre os

³⁶⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3. ed. São Paulo; RT, 2008. p. 29-30.

³⁶⁸ CR/1988: 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 as presentes e futuras gerações.

³⁶⁹ CR/1988 Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem.

³⁷⁰ CR/1988 § 4 do Artº 37. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

³⁷¹ CR/1988 Inciso XXXII do Artº 5. O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

Direitos do homem: afinal, todos se encontram na era dos Direitos, conforme adverte Bobbio.³⁷²

A análise do interesse processual de atuar nas ações de cunho coletivo, requer um Juízo de admissibilidade da pertinência temática na qual não deve ser específico e pontual, mas genérico e sutil, sob pena de limitar, sobretudo, o acesso à Justiça.

3.3 Processo Penal – e suas modificações em face dos aspectos jurídicos e políticos contemporâneos

É justificável que o homem, ao longo de sua História, tenha desenvolvido um contrato, aceitando renunciar a parcela de sua liberdade em favor do Estado. Assim, desde a formação, este sempre esteve presente, impondo ordem em maior ou menor extensão, tudo processado, de acordo com as configurações ocorridas especialmente no campo político e ideológico,³⁷³ objetivando legitimar o Poder. Desta feita, o Direito Penal sempre se apresentou como a força, na tentativa de resolver o conflito, mesmo diante do fato de que esse Ramo do Direito é consideravelmente garantista,³⁷⁴ mas quando convocado para aplicabilidade, ele se processa de forma nada vacilante, impondo sanção e/ou punição em uma demonstração clara de ser a força extrema do Estado, inclusive com capacidade de romper a liberdade do cidadão, podendo levá-lo à segregação.

Ao enfoque de um Direito Penal do equilíbrio, observando os fundamentos do princípio da dignidade da pessoa humana, são de um todo evidentes suas raízes no

³⁷² Cf. Bobbio: “[...] Os direitos do homem constituem no dia de hoje um novo ethos mundial. Naturalmente, é necessário não esquecer que um ethos representa o mundo do dever ser. O mundo real nos oferece, infelizmente, um espetáculo muito diferente. À visionária consciência a respeito da centralidade de um política tendente a uma formulação, assim como a uma proteção, cada vez melhor dos direitos do homem, corresponde a sua sistemática violação em quase todos os países do mundo, nas relações entre um país e outro, entre uma raça e outra, entre poderosos e fracos, entre ricos e pobres, entre maiorias e minorias, entre violentos e conformados. O ethos dos direitos do homem resplandece nas declarações solenes que permanecem quase sempre, e quase em toda parte, letra morta. O desejo de potência dominou e continua a dominar o curso da história.” BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 210.

³⁷³ Zaffaroni expõe: “Toda ciência é ideologia (porque qualquer saber é ideológico) e o poder, em cada caso, a manipulará segundo convenha à sua conservação, privilegiando uma ideologia e descartando (ou reprimindo, limitando o desenvolvimento ou ocultando) as que considere perigosas ou negativas para ela. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral v.1. 6. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 58.

³⁷⁴ Nesse sentido expõe Ferrajoli: “De garantismo liberal e especificamente penal, para designar as técnicas estabelecidas para a defesa dos direitos de liberdade, sobre toda liberdade pessoal, frente a intervenções policiais ou judiciais arbitrárias.” (Tradução nossa de “de garantismo liberal, y específicamente penal, para designar las técnicas establecidas para la defensa de los derechos de libertad, sobre todo la libertad personal, frente a intervenciones policiales o judiciales arbitrarias”). FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madri: Trotta, 2008. p. 192.

Cristianismo³⁷⁵, vetor de outros Princípios. Como exemplos, especificamente no Direito Penal, temos os seguintes princípios: o da individualização da pena, da responsabilidade pessoal, da culpabilidade, ou mesmo o princípio da proporcionalidade, que encontra alicerce seguro para fundamentar sua validade na dignidade da pessoa humana. Por seu turno, a própria Constituição da República Federativa do Brasil³⁷⁶ eleva à condição de Princípio fundante da República, a dignidade da pessoa humana, e, assim, no âmago da natureza humana, radica a liberdade para se agir com discernimento, tendo em vista o fim de sua elevação³⁷⁷. Portanto, devido à sua racionalidade, o homem, consideravelmente, possui o atributo da liberdade, centelha da causa eficiente, razão suprema que proporciona um agir com fim ético.³⁷⁸

Vivenciando-se os tempos de Globalização, nos quais a Economia vem ditando as regras, o que se verifica, como repercussão na seara penal e seus aspectos jurídicos e políticos, é exatamente a mercantilização do Direito de punir do Estado, o que, à primeira vista, causa um impacto profundo nos conceitos e costumes existentes na sociedade. Inclusive, a população amedrontada pela enorme onda de violência que assola a comunidade, passa, a cada dia, a exigir um endurecimento das Normas Penais,³⁷⁹ ocupando o epicentro dos debates jurídicos.

Imprescindível é salientar que o clamor social por uma Prestação Jurisdicional célere e efetiva, especialmente quando a todos são assegurados a razoável duração do processo e os

³⁷⁵ Cf. Greco: “Apontar a origem da dignidade da pessoa humana, como um valor a ser respeitado por todos, não é tarefa das mais fáceis. No entanto, analisando a história, podemos dizer que uma de suas raízes mais fortes encontra-se no cristianismo. A ideia, por exemplo, de igualdade e respeito entre os homens, fossem eles livres ou escravos, demonstra que o verdadeiro cristianismo, aquele personificado na pessoa de Jesus, pode ser um dos alicerces desse complexo edifício da dignidade da pessoa humana.” GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009. p. 55.

³⁷⁶ Vide CR/88 Art.1 Inciso III.

³⁷⁷ ZENNI, Alessandro Severino Vallér. *A crise do direito liberal na pós-modernidade*. Porto Alegre: Fabris ed., 2006. p. 106.

³⁷⁸ Cf. Herkenhoff: “A Ética resulta de um esforço do espírito humano através de uma caminhada histórica. A Ética é “construída”, não é “dada”. Profetas, filósofos, comunidades nacionais ou regionais, gente humilde do povo, milhares ou milhões de pessoas contribuíram no desenrolar dos milênios, para erguer esse patrimônio que chamamos de “Ética”. A Ética procura formular juízos tendentes a iluminar a conduta das pessoas, dos grupos humanos, dos países, sob a luz de um critério de Bem e de Justiça.” HERKENHOFF, João Baptista. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro; GZ ed. p. 116.

³⁷⁹ Já se cultiva na doutrina a teoria do direito penal do inimigo, capitaneada por seu maior expoente Günter Jakobs; Cf. Greco essa teoria destaca: “Jakobs por meio dessa dominação, procura traçar uma distinção entre um Direito Penal do Cidadão e um Direito Penal do Inimigo. O primeiro, em uma visão tradicional, garantista, com observância de todos os princípios fundamentais que lhe são pertinentes; o segundo, intitulado Direito Penal do Inimigo, seria um Direito Penal despreocupado com seus princípios fundamentais, pois que não estaríamos diante de cidadãos, mas sim de inimigos do Estado.” GRECO, Rogério. op. cit. p. 18.

meios que garantam, neste “tom”, sua tramitação³⁸⁰. Justificando-se que não é do interesse social a perpetuação de conflitos de interesses resistidos que conturbam, indubitavelmente, a paz social, tem sido utilizado esse “tom” como mote para justificar profundas mudanças, representando verdadeiras quebras de paradigmas, especialmente no Direito Penal; mudanças nas quais é, de um todo, evidente a mercantilização do Direito de punir, exercitado pelo Estado. Por outro lado, ele próprio, o Estado, é tentado a inovar em sua pretensão secular de distribuir segurança. A valer, são diversas as alternativas perseguidas na busca por uma solução no mínimo emergencial e, talvez, paliativa para acomodar interesses.

Ocorre que - de carona na moda da flexibilização, desregulamentação, vetores de uma nova roupagem de um Estado Mínimo, arquitetado pelo Neoliberalismo, ao argumento sempre presente de eficiência - a Lei 9.099/95³⁸¹ inaugurou a celeridade processual penal, inclusive, tendo sido ampliada a abrangência, com a Lei 10.259/2001³⁸², exatamente, premiando os Institutos da Transação, Conciliação ou mesmo da Composição Civil, como forma de resolver rapidamente os conflitos de Ordem Penal, mediante aceitação, por parte do infrator, da proposta ofertada pelo Ministério Público, uma verdadeira institucionalização da ruptura no direito de punir, exercido pelo Estado.

Nessa perspectiva, merece destaque a assertiva de que a sociedade, em sua plenitude, almeja que o disposto em nossa Constituição Federal, no que tange à obediência da Defesa

³⁸⁰ CR/88 Art. 5º [...] inciso LXXVIII – a todos, no âmbito judicial ou administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

³⁸¹ Lei 9099/95 [...] Art. 60 O Juizado Especial Criminal, promovido por juízes togados ou togados leigos, tem competência para a conciliação e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência; [...] Art.61 Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para efeitos deste Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa; [...] Art.69 A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários; [...] Art.72 Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade; Art.73 A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação; [...] Art.76 Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

³⁸² Lei 10.259/2001 Art. 10 As partes poderão designar por escrito, representantes para a causa, advogado ou não. Parágrafo único. Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Federais; Art.11 A entidade pública ré deverá fornecer ao Juizado a documentação de que disponha para o esclarecimento da causa, apresentando-a até a instalação da audiência de conciliação. Parágrafo único. Para a audiência de composição dos danos resultantes de ilícito criminal (arts.71,72 e 74 da Lei nº 9099/95 de 26 de setembro de 1995), o representante da entidade que comparecer terá poderes para acordar, desistir, na forma no art.10.

dos Direitos dos acusados, seja protegido e obedecido, pois, assim o fazendo, estará se ressaltando o respeito para com o homem. Sabe-se que o Processo Penal está intimamente, arraigado no desejo de proteção ao homem e não é apenas o anseio de instrumentalizar o Direito Penal.³⁸³

Imperioso é não imaginar se a sociedade estaria prestes a assistir à privatização do Poder Judiciário, sendo tudo motivado pela justificação de meios necessários para atender aos conflitos, como sempre emergentes, da sociedade Pós-moderna, em tempos de efervescente Globalização e diante da ideologia Neoliberal. Na lide forense, quando utilizado o Instituto da Transação Penal, os usuários do sistema, quer sejam vítimas ou réus, sentem-se muitas vezes como se estivessem em um mercado persa. Os conflitos são resolvidos com sinais de mercancia, na qual o próprio *parquet* propõe uma transação, que extingue a punibilidade, quando aceita e cumprida, constituindo-se, assim, numa forma de despenalização.

Verifica-se, diante da atual conjuntura legal pátria, que o Princípio da Intervenção Mínima passa a ter caráter de Princípio Penal, haja vista a patente aplicação da racionalidade da intervenção penal, para assim estar em consonância ao apregoado em um Estado Democrático Social de Direito³⁸⁴, mas que aos poucos vem cedendo espaço para propostas neoliberais, consoante se verifica com inegável facilidade no Brasil.

Constitui lição comezinha, no Direito, que a presença em regra do Princípio da Indisponibilidade é causa de obrigatoriedade da Ação Penal Pública. No entanto, a Transação

³⁸³ A par destes fatores Gomes esclarece: “A criminologia socialista proclamou com objetivo prioritário o seguinte: da apoio imediato à “práxis” e colocar seus conhecimentos e experiências à disposição dos órgãos da persecução penal, preocupando-se em “não ficar no meio do caminho”, reprovando com isso o academicismo teórico da Criminologia “burguesa”, exclusivamente obcecada por “explicar” o delito, em lugar de combatê-lo.” GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução às bases criminológicas da Lei 9099/95, lei dos juizados especiais criminais*. v. 5. 6. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 366.

³⁸⁴ Zaffaroni alerta que: “A palavra liberal tem sido vítima de um emprego abusivo e, portanto, deletério. Em sua relação como direito penal, seu uso é bastante confuso e perigoso. [...] O direito penal liberal como sinônimo de direito penal do Estado de Direito (que é quase uma expressão técnica), e o direito penal liberal como direito penal do Estado “gendarme”. Se por “Estado de direito” entendemos aquele que autolimita a autoridade, em que todos estão submetidos à lei de modo mais ou menos racional, ou aspirando a que assim seja; e por “Estado Gendarme” entendemos aquele que responde a uma concepção política que pretende reduzir a ingerência do Estado à sua mínima expressão em todas as duas ordens – particularmente econômica, baseada na afirmação dogmática de que, entregues ao seu próprio arbítrio, as coisas tendem a recompor-se por si mesmas. [...] No Estado “gendarme”, o Estado deve abster-se ao máximo de intervir nas relações sociais, cuidando somente que não sejam excedidos os limites de uma luta social generalizada, em que o “livre” jogo das forças fará com que se acomodem de um modo “natural”. É um conceito que surge da contra-Revolução Francesa, quando a burguesia francesa necessitava de um Estado que garantisse a sua supremacia econômica, deixando-a livre para agir.” ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*. v. 1. 6. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 285-286.

prevista no Artigo 76 da Lei 9099/95, com fundamento no Princípio da Discricionariedade regulada, constitui exceção a essa regra. É que o Instituto da Transação reside no espaço do consenso e da autonomia da vontade, levando as Partes à pressuposição de anuência mútua quanto às questões conflituosas existentes, pondo termo à querela, e pretendendo, assim “fortalecer” a Pacificação Social. Já é possível comprovar que o homem passou a ter um valor de Mercado, ao mesmo tempo em que a liberdade torna-se a fictícia, uma vez que só pode ser totalmente desfrutada, apenas por quem tem Poder; e ter Poder é sinônimo de ter dinheiro, uma vez que nem todos os membros da sociedade possuem condições pecuniárias para aceitarem certas propostas de transações penais.

Na realidade, a Constituição da República de 1988 demonstrou claros objetivos de desinstitucionalização das infrações penais, com menor potencial ofensivo, premiando a Justiça, desta feita, com um dos patrimônios de uma sociedade que necessita ser mais humanizada, primando pela superação das adversidades, especialmente os preconceitos raciais, acreditando na possibilidade de uma solução pacífica para os conflitos e, assim, preservando o exercício dos Direitos Individuais e Coletivos, com suas respectivas garantias.

Sem sombra de dúvida, a cidadania foi, até certo ponto, premiada, especialmente a dignidade da pessoa humana, quando a Constituição de República Federativa do Brasil³⁸⁵ estabeleceu a criação dos Juizados Especiais, no âmbito da União, Estados e Distrito Federal. Nesse prisma, o Poder Judiciário experimentou, no início, uma ferramenta eficaz na solução rápida dos conflitos, com a qual os segmentos mais humildes da população puderam dispor da presença do Estado, corporificado na figura do Juiz leigo ou togado; uma esperança momentânea de solução dos clamores, decepções e expectativas em relação à Justiça.

Com a nova Ordem, trazida à conjuntura jurisdicional com a Lei 9099/95 e os Juizados Especiais, na forma de Transação Penal, ocorre, naturalmente, uma restrição de Direitos das Partes envolvidas, especialmente para manifestarem-se, contradizerem, lançarem oposição ou buscarem recurso, mecanismos típicos de defesa, e preceito constitucional,

³⁸⁵ CR/88 Art.98 A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I Juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, componentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

disponibilizado para todo cidadão, com prerrogativa do Estado Democrático de Direitos, no entanto, mitigado em face da nova procedimentalização.

Naturalmente, a depuração dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, consolidados “a prima facie”, com uma estrutura dinâmica, rápida, desburocratizada, com procedimentos atrelados à otimização e baixos custos, ficou na ficção, uma vez que facilmente se constata, especialmente nos Juizados Estaduais, que o Sistema entrou em parafuso, um colapso geral, mais uma alternativa sufocada pelo crescente e evolutivo número de litígios, controvérsias e pretensões resistidas. Os Princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, almejados no Artigo 2º da Lei 9099/95, não foram suficientes para suportarem o elevado número de processos, tramitando nos Juizados.

Mesmo assim, é reconhecido que ao compor o dano social, resultante do fato, prevendo-se a sua reparação imediata, no todo ou em parte, com a composição ou a transação, é, inegavelmente, um avanço para sociedade, na medida em que é possível uma rápida solução do conflito de interesses, com a aquiescência das Partes envolvidas. Inclusive nas Ações Penais Públicas, mesmo diante do completo colapso do Sistema, o consenso e a contemplação ao Princípio da Oportunidade levam a uma momentânea e difícil Pacificação Social, mas que deve ser observado com cautela, o que é difícil de verificar nesta sociedade com “pressa”, na qual, contrariamente ao argumento da “eficiência”, tem-se assistido, na realidade, ao aumento das desigualdades sociais e ao ressurgimento do triunfo da Burguesia.

Em nome do Direito Penal, o Estado cometeu as maiores atrocidades, contra a humanidade: basta lembrar os horrores do holocausto, sob a doutrina nazista do III Reich. A política anti-semita do Nazismo visou, especialmente, os judeus, homossexuais, comunistas e doentes mentais.

Mais recentemente, podem-se destacar as ações dos Estados Unidos contra o Iraque; nas quais se percebe que o objetivo principal não foi, simplesmente, desarmar Saddam Hussein e retirá-lo do Poder, mas, sim, controlar reservas de petróleo naquele país. No Brasil, impossível não lembrar os anos de opressão da ditadura militar, cuja justificativa, para sua implantação, foi restabelecer a Ordem e a Democracia, assegurando proteção contra um inimigo imaginário, rotulado de comunista. No âmbito desse raciocínio acerca do controle social, destaca-se uma rigidez inerente.

A ideologia expandida na sociedade, certamente pretende induzir a população a escolhas, tomada de posição, como por exemplo: entre escolher um suposto bem ou mesmo um indesejado mal, dependendo, para tanto, de certa afirmação ou mesmo um caminho a ser escolhido. Essa tomada de posição tem, efetivamente, objetivo de legitimação do Poder, levando o Estado a se tornar-se subserviente a quem dispõe da gestão e/ou monopólio do Capital. É vivenciada nos contornos da Pós-modernidade, uma época de dessimbolização, constata-se um sentimento de crise profunda, na qual valores e certezas antes intocáveis, são colocados em xeque.

O Capitalismo Pós-moderno precede um ideal de fluidez, busca a transparência, a renovação que vai completamente de encontro ao peso histórico de valores culturais. O homem almeja estar liberado de toda ligação de valores. Portanto, a dessimbolização tem, consideravelmente, o objetivo de erradicar, por intermédio das trocas, o componente cultural, até então particular em cada sujeito, uma vez que é característica do ser humano cultivar suas crenças e conceitos próprios, adquiridos ao longo da Tradição e Costumes de cada povo, componentes Culturais transmitidos de geração a geração, mas que mesmo assim vêm sofrendo modificações.³⁸⁶

O dinheiro, por exemplo, é o principal símbolo de qualquer Nação, uma prerrogativa fundamental da Soberania. No entanto, com Acordos Internacionais envolvendo a Comunidade Europeia, culminou o nascimento do Euro. Uma exaltação à necessidade da Europa de possuir um símbolo forte. A sociedade assistiu ao maior exemplo de dessimbolização, na qual países com suas moedas, já consolidadas adotaram uma moeda conjunta, estabelecida para a Europa.³⁸⁷

Por outro lado, setores da sociedade, especialmente os mais jovens, já se questionam, quanto à impossibilidade de galgar espaço mais confortável financeiramente, uma vez que não é fácil ganhar dinheiro, e as opções de emprego se tornam escassas, exigindo uma busca constante por qualificação profissional³⁸⁸. O trabalho já não define mais o valor econômico,

³⁸⁶ Cf. Dufour: “Em resumo, tem-se tendência a dizer que a destruição das antigas sinalizações simbólicas (religião, o patriarcado, a família, a nação...) nada mais ocasiona que um abrir de olhos dolorosos, mas salvador do sujeito, passando subitamente da modernidade para a pós-modernidade.” DUFOUR, Dany-Robert. *A arte de reduzir as cabeças: sobre a nova servidão na sociedade ultraliberal*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005. p. 190.

³⁸⁷ *Ibidem*. p. 202-203.

³⁸⁸ *Ibidem, idem*.

junto às novas teorias financeiras e, como consequência, não define o lugar social na produção de riquezas. No entanto, as pessoas necessitam consumir novos produtos e serviços, nunca antes imaginados ou conhecidos, mas que se tornaram, no momento atual, por força do Mercado consumista, bens de extrema necessidade, uma das primeiras fontes de controvérsias e conflitos que culminam no colapso do Poder Judiciário.

Por parte dos Governos e suas Políticas assistencialistas, sopram ventos de uma melhoria nas condições de vida da população. No entanto, analisando o comportamento da sociedade e suas mutações, deixando de lado a ideologia semeada pelo sistema governamental, é possível constatar a origem das diversas controvérsias e querelas da sociedade Pós-moderna, tudo motivado pela enorme necessidade de consumir até mesmo o que não necessitam.

Todos estão mergulhados até o pescoço na ideologia do tal sistema globalizado, que está posto. Desse modo, não haveria mais o que se fazer: isso nada mais é que ideologia, como distorção proporcional da realidade, como mecanismo(s) que impede(m) as pessoas de verem as coisas como realmente elas são. O mundo é sempre posicionado a partir dos valores e da história e, nesse ponto, o Neoliberalismo persegue um terreno de incertezas, como facilitador da manipulação.

Destaca-se que as garantias constitucionais penais – enumeradas sob a forma de princípios pela Constituição da República de 1988, especialmente no aspecto processual criminal – são seguranças para os cidadãos, submetidos a inquérito ou a processo, tendo, como o exercício do contraditório e da ampla defesa, uma forma de evitar injustiças. Sabe-se que é visível - quando da leitura da Constituição Federal, no tocante aos Juizados Especiais, no âmbito criminal, quanto às infrações penais de menor potencial ofensivo - que ocorre a possibilidade de, em certas oportunidades legalmente explicitadas³⁸⁹, vir o titular do *jus puniendi* a mitigar a obrigatoriedade quanto ao marco inaugural ou continuidade da persecução penal, o que é viabilizado através da Transação.

Iniciada a audiência preliminar, tentando o magistrado obter a composição dos danos entre as Partes integrantes dos pólos antagônicos do Processo, o representante do Ministério Público vem a ofertar proposta, no sentido de aplicar ao autor do delito, de imediato, uma

³⁸⁹ Lei 9099/95 Art. 76.

sanção não privativa de liberdade, ou seja, uma pena restritiva de Direitos e multa, valendo frisar que, mesmo informalmente, a proposta do *parquet* deve ser submetida ao crivo do suposto autor do fato e, assim sendo, possibilitar que as Partes cheguem a um consenso, a um ponto de equilíbrio dos anseios das partes. Isso é denominado de Transação.

Caso o representante ministerial venha a quedar-se inerte, quando do oferecimento de proposta ao suposto autor do fato, não pode o magistrado tomar para si tal atribuição, realizando acordo com o autor do fato, pois tal atribuição é privativa do *parquet*, desde que isso vem preconizado na Constituição Federal. Todavia, levando-se em consideração a gravidade do delito, o Órgão encarregado da persecução criminal pode pedir que o Estado seja autorizado a utilizar instrumentos mais contundentes, necessários à elucidação e aplicação da resposta penal adequada para o caso. A sociedade, atormentada com a crescente violência, exige do Poder Estatal respostas mais enérgicas, especialmente de segregação e isolamento celular: a comunidade carcerária, a cada dia, vem aumentando e, como consequência da superlotação, ocorre a implosão do sistema, com mais violência.

A literatura criminal vem sinalizando, como maior êxito para soluções desses conflitos, a utilização de medidas alternativas, tais como as penas alternativas, uma vez que possuem prerrogativas mais eficazes de recuperação do delinquente. A ideia da intervenção mínima torna-se realmente Princípio de Direito Penal, ao se orientar para a estrutura de um Estado Democrático de Direito, compatibilizando-a com a supramencionada estrutura de um Estado Democrático de Direito. Nessa perspectiva, a Lei 9099/95 confere especial relevância aos Institutos da Composição Civil (Artº 74 Parágrafo único), da Transação Penal (Artº 76), da representação nos delitos de lesões culposas ou dolosas de natureza leve (Artsº 88 e 91) e da suspensão condicional do processo (Artº 89), consistindo-se, dessa maneira, em Normas de caráter híbrido que estão se revelando como alternativas na perseguição de uma sonhada Pacificação Social.

A Nação Brasileira, enquanto País emergente em termos econômicos, com uma sociedade de grandes disparidades sociais, tem o Direito Penal contraditório por excelência. A referida conclusão está arrimada na realidade que aflora desse Ramo do Direito, o qual está longe de poder ser considerado como uma manifestação resguardada dentro de limites

democráticos. No entanto, o modelo Neoliberal consideravelmente persegue a confecção de um sujeito desprovido de símbolos, como facilitador da manipulação ideológica.³⁹⁰

3.4 Processo do Trabalho – e suas expectativas no reconhecimento de direitos

De todos os ramos do Direito, o Direito do Trabalho, consideravelmente, tem uma elevada importância na sociedade, especialmente pelos seus contornos que envolvem o Capital e o Trabalho, atributo que por si mesmo se revela já como ambiente propício ao conflito. Destaca-se que diante da capacidade evolutiva, relacionada à industrialização - em seu apogeu na Revolução Industrial, superando as influências das atividades rurais, na legitimação do Poder, - foram grandes as marcas dos conflitos sociais, objetivando densificação dos Direitos Laborais, com capacidade de garantirem conquistas aos trabalhadores, especialmente, quanto à inclusão social,³⁹¹ com a diminuição das desigualdades.

Na atualidade, tanto os trabalhadores das indústrias, como os do campo, ascenderam, praticamente, a um patamar semelhante, quanto aos padrões de exigência no trabalho: praticamente, o campo vem adotando técnicas similares às desenvolvidas, nos ambientes industriais, exigindo, cada vez mais, o cumprimento de metas e objetivos, atrelados à produção em série, objetivando atender à demanda, cada vez mais, emergente, tudo motivado em função dos constantes aumentos do consumo, inclusive com a manipulação genética de sementes e espécies, destinadas à Pecuária, por exemplo. E, assim, foram capazes de proporcionar uma profunda ligação da indústria com o campo, condições que impõem uma, sempre, elevada divergência, quanto a salários e melhores condições de trabalho, especialmente no Brasil, onde a segmentação entre o campo e a indústria, praticamente, estão, completamente, interligadas, na escala de produção. Evidentemente que o Capital, tem, sempre, a sua disposição, mecanismos destinados a imporem manipulações, com capacidade de acomodação dos conflitos sociais, principalmente, os de cunho laboral. Desta feita, o Neoliberalismo não encontra, praticamente, barreiras que entrem, mesmo que seja,

³⁹⁰ Cf. Dufour: “O que o neoliberalismo quer é o sujeito dessimbolizado, que não esteja mais nem sujeito à culpabilidade, nem suscetível de constantemente jogar com um livre arbítrio crítico. Ele quer um sujeito incerto, privado de toda ligação simbólica.” DUFOUR, Dany-Robert. op. cit. p. 208.

³⁹¹ Cf. Marilena Chauí: “Nas revoluções modernas, a face popular é sufocada pela face liberal, embora esta última seja obrigada a introduzir e garantir alguns direitos políticos e sociais para o povo, de modo a conseguir manter a ordem e evitar a exploração contínua de revoltas populares. A face popular vencida não desaparece. Ressurge periodicamente em lutas isoladas por melhores condições de vida, de trabalho, de salários e com reivindicações isoladas de participação política.” CHAUI, Marilena de Souza. op. cit. p. 406.

minimamente, a estruturação de um projeto, destinado à configuração do Poder e, conseqüentemente, legitima-se interesses econômicos, agora, internacionais e impulsionados pela Globalização, totalmente, desprovido de identificação quanto à nacionalidade. Portanto o Direito do Trabalho é dos Ramos do Direito o que mais vem sofrendo com as adaptações processadas, com a Globalização e o Neoliberalismo.

Os países de Modernidade Tardia, como no caso do Brasil, revelam-se eficientes no loteamento de sua Soberania para atender a interesses do Capital Externo, passando a ideia interna de desenvolvimento da Economia, gerando riqueza e que nunca se “ampliaram” tanto os postos de trabalho. Mas, na realidade, o que é possível constatar é cada vez mais uma progressiva diminuição da capacidade de investimento interno, especialmente quanto à indústria nacional, ou mesmo quanto ao comércio varejista, o que em alguns segmentos, como os destinados à comercialização de gêneros alimentícios, assiste a uma presença cada vez marcante das grandes corporações internacionais como Carrefour, Wal Mart, Makro, dentre outras, e que aos poucos sufocam o Comércio Nacional, principalmente o do microempresário, uma vez que as grandes Corporações, em larga escala, vêm conquistando o Mercado com políticas predadoras e estratégias de marketing, diminuindo os espaços das empresas nacionais, além de imporem flexibilidade³⁹² dos Direitos Laborais, objetivando um completo triunfo da Burguesia, principalmente, por encontrar um Estado Mínimo e subserviente aos interesses econômicos internacionais e, o que é pior, um Estado com disposição para sufocar os pequenos e médios empreendimentos nacionais, em função de uma excessiva carga tributária.

Especificamente, quanto ao trabalhador e seus direitos, a nova roupagem liberal, denominada de Neoliberalismo, da qual o Estado Brasileiro resolveu transformar-se em

³⁹² Cf. Monereo Pérez: “A flexibilidade não é um conceito jurídico, é um conceito de extração eminentemente econômica e de utilização no âmbito da política de Direito do Trabalho em recentes processos de reforma (para fixar os objetivos que devem ser perseguidos com as medidas lobarias) E uma noção imprecisa. Em um sentido amplo é um conceito que remete a um conjunto de respostas que se exigem da força de trabalho diante das mudanças produzidas no ambiência econômico e nos mercados produtores. Esse conceito reflete em si uma realidade natural na formação social do capitalismo, a saber: a subordinação dinâmica e permanente da força de trabalho as exigências do capital”. (Tradução nossa de “La flexibilidad no es un concepto jurídico, es un concepto de extracción eminentemente económica y de utilización en el ámbito de la política del Derecho del Trabajo en los recientes procesos de reforma (para señalar los objetivos que deben ser perseguidos con las medidas laborales). Es una noción imprecisa. En un sentido amplio es un concepto que remite al conjunto de respuestas que se exigen a la fuerza de trabajo ante los cambio producidos en el ambiente económico y en los mercados de productos. Este concepto refleja en si una realidad con natural a las formaciones sociales del capitalismo, a saber: la subordinación dinámica y permanente de la fuerza de trabajo a las exigencias del capital”). PÉREZ, José Luis Monereo. *Introducción al nuevo derecho del trabajo: una reflexión crítica sobre el derecho flexible del trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 99-100.

escudeiro, passou a adotar um modelo destinado à estruturação da representatividade corporativa, sob o argumento de compor demandas conflitantes, promovendo a cooperação, No entanto, o que se observa com absoluta facilidade, é, exatamente, o controle do Poder Político sobre as entidades de representação dos grupos sociais, transformando-se em segmentos minimamente organizados, tudo motivado pela fragilidade de sua autonomia, totalmente dependentes: os sindicatos do Estado, principalmente financeiramente, são verdadeiros mecanismos de cooptação e tutela, conforme destaca Barroso.³⁹³ A fragilização das entidades sindicais tem sido capaz de atingir um nível de descrédito junto à sociedade, o que torna possível constatar indagações quanto à flagrante diminuição do interesse pelas entidades sindicais, sendo comum que trabalhadores questionem que não vale a pena contribuir para os sindicatos, tudo provocado pela completa mitigação da legitimação junto aos trabalhadores.

Outro fenômeno que vem ocorrendo com bastante frequência é, exatamente, a presença constante de mão de obra terceirizada,³⁹⁴ inclusive prestando serviços para o Estado, suas autarquias e empresas públicas, em que, muitas vezes, participam das concorrências públicas, “cooperativas”, mas que não representam efetivamente os objetivos dos cooperados, apenas se formam com o intuito de burlarem os processos licitatórios, e nessa, perspectiva, por ocasião da ruptura do contrato de trabalho, dificilmente o trabalhador tem garantidos seus direitos trabalhistas, a não ser quando buscam incluir na eventual reclamação trabalhista os entes públicos, nos quais prestavam serviços.

As mutações ocorridas no cenário mundial, com a criação de espaços transnacionais, influenciam consideravelmente na internacionalização dos campos jurídicos,³⁹⁵ isso tudo motivado por fatores como as mudanças nos padrões produtivos, com sistemas de especialização flexível e a perspectiva de uma “fabrica global”, facilitando, desta feita, a produção local e sua interação com outras atividades industriais, relacionadas ao mesmo produto final, mas que essas outras indústrias se localizam em outras partes do mundo e,

³⁹³ BARROSO, Fábio Túlio. *Neocorporativismo e concertação social: análise político-jurídica das atuais relações coletivas de trabalho no Brasil*. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2010. p. 24.

³⁹⁴ Cf. Barroso: “A horizontalização da produção, que bem pode ser representada pela adoção cada vez mais alargada do instituto da terceirização, determinou a mais do que evidente fragmentação das categorias”. *Ibidem*. p. 26.

³⁹⁵ SOARES FILHO adverte: “A globalização da economia favorece demasiadamente os detentores do grande capital, especialmente as empresas transnacionais de maior porte, os conglomerados econômicos, e, precarizando o contrato de trabalho, penaliza os trabalhadores, que constituem um dos fatores basilares da produção e o insumo mais importante do respectivo processo.” SOARES FILHO, José. op. cit. p. 181.

assim, impõem uma nova Divisão Internacional do Trabalho para atender aos interesses do Capital transnacional. Outro vetor, impulsionado pela globalização, concentra-se na união mundializada dos mercados financeiros, galgando a capacidade de livre circulação de Capital, um fluxo de “investimentos” sem fronteiras. Nessas condições, comumente verifica-se a carona que o Neoliberalismo encontra para propagar a hegemonia de seus conceitos, principalmente no campo econômico, como o consenso de Washington, totalmente voltado a enfatizar os Mercados privados na desregulamentação da atividade econômica e na redução do papel do Governo, com propagação do Livre Comércio Internacional, atributos que nos países de Modernidade Tardia influenciam ainda mais no aumento das desigualdades sociais.³⁹⁶

Sabe-se que o Movimento Sindical, no Brasil teve sua organização e fomento, desenvolvido mediante a mão intervencionista do Estado, com a Constituição da República de 1988,³⁹⁷ premiando-se uma tentativa de autonomia sindical. Mas, nos últimos anos, principalmente em face do Modelo Neoliberal aos poucos arquitetado pelo Poder, o Estado vem mitigando a plena liberdade sindical, fazendo surgir um novo Corporativismo, com plena ratificação da vontade política e ideológica de controle da atividade associativa, especialmente, no tocante à administração e outras funções. Na realidade, o Estado veio para dentro do Movimento Sindical.³⁹⁸

Propaga-se, também, a necessidade de reduzir, ou mesmo flexibilizar os Direitos Trabalhistas,³⁹⁹ com objetivo de ampliar a oferta de emprego, motivada pela redução de custos, podendo-se, desta feita, atender aos interesses da Economia, inclusive internacional, perseguindo-se uma diminuição das Normas heterônomas de cunho imperativo, abrindo espaço para Acordos Coletivos ou mesmo Convenções. Por tais motivos, é importante, para o Estado ter os sindicatos, em suas mãos. E, assim, na hipótese de flexibilizar Normas laborais,

³⁹⁶ DEZALAY, Yves; TRUBEK, David M. A internacionalização dos campos jurídicos e a criação de espaços transnacionais. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*, São Paulo: Malheiros, 1996. p. 29-30.

³⁹⁷ CR/88 Art.8 É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: I – A lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a intervenção na organização sindical.

³⁹⁸ DEZALAY, Yves; TRUBEK, David M. op. cit. p. 36.

³⁹⁹ Cf. Barroso: “Entra na estrutura do Direito Trabalhista uma perspectiva jurídico-econômica de traços radicais da órbita capitalista que se entende mais por seu caráter funcional que por uma distinção conceitual jurídica, dada sua diversidade constitutiva e sua pluralidade de objetivos, que pode perseguir as políticas de flexibilidade laboral na dicotomia da força de trabalho e as exigências de multiplicação do capital.” BARROSO, Fábio Túlio. *Novo contrato de trabalho por prazo determinado: flexibilização laboral e internacionalização das relações de trabalho*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 49.

privilegiando os Acordos Coletivos, esses atenderão consideravelmente, aos interesses do Poder, mantendo a possibilidade de cooptação dos Movimentos Sociais. Adverte Monereo Perez,⁴⁰⁰ que determinadas Instituições e Princípios que pareciam consolidados, estão sofrendo novas orientações. Fruto de um Capitalismo globalizado, e, no caso do Brasil, para atender aos interesses de um Modelo, adotado pelo Neoliberalismo.

De pronto foi arquitetado, como flexibilização, um novo Contrato de Trabalho por tempo determinado,⁴⁰¹ pressupondo, para tanto, uma prévia negociação coletiva. No entanto, revela-se um experimento forte de mitigação desastrosa de Direitos Adquiridos dos obreiros, configurando-se como atentado contra o Princípio da Norma mais favorável, e, sobretudo, contra o Princípio da Continuidade da relação de emprego⁴⁰², que sempre esteve presente de forma densa nos contornos de qualquer Contrato de Trabalho, uma verdadeira segurança jurídica que agora é posta em xeque.

Outra alteração, com os mesmos objetivos Neoliberais, ocorreu com a Medida Provisória 2.164-41 de 2001, incluindo, na CLT, o Artigo 58-A, quanto ao Trabalho em Regime de Tempo Parcial, com jornada não excedente a vinte e cinco horas semanais, estabelecendo a necessidade de negociação coletiva para alcançar os atuais empregados. E, assim, a flexibilização é processada, nesse caso, sobre mecanismos reguladores da Relação de Trabalho, ocorrendo no curso do vínculo empregatício. Imperioso é destacar, portanto, que as Normas Coletivas possuem como principal objetivo exatamente o estabelecimento de condições de trabalho mais benéficas às previstas em Lei, possibilitando, assim, o atingimento de melhoria da condição social do trabalhador, uma adequação social negociada, podendo acarretar consequências positivas ou negativas. As condições positivas se tornam presentes naturalmente, quando proporcionam condições vantajosas para o trabalhador, mais do que as previstas minimamente em Lei. No entanto, tornam-se negativas quando afetam, em uma negociação, as garantias sociais mínimas estabelecidas para as relações laborais. Portanto, nessa perspectiva, a relativização da indisponibilidade das Regras de Direito do Trabalho, alcança exatamente as hipóteses, previstas pela própria Legislação do Trabalho, como os

⁴⁰⁰ “En efecto, determinadas instituciones y principios que parecían consolidadas están sufriendo nuevas orientaciones”. PÉREZ, José Luis Monereo. *Introducción al nuevo derecho del trabajo: una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 195.

⁴⁰¹ De acordo com a Lei 9601/1998 Art.1º As convenções e os acordos coletivos de trabalho poderão instituir contrato de trabalho por prazo determinado, de que trata o art.443 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, independentemente das condições estabelecidas em seu § 2º, em qualquer atividade desenvolvida pela empresa ou estabelecimento, para admissões que representem acréscimo no número de empregos.

⁴⁰² SARAIVA, Renato. *Direito do trabalho: versão universitária*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 133.

incisos XIII e XIV do Artigo 7º da CR/88, e o Artigo 58-A § 2º e Artigo 59 § 2º, ambos da CLT, e o Artº 1º da Lei 9601/98, juntamente com a Portaria 42 do Ministério do Trabalho e Emprego, possibilitando a redução das garantias sociais por meio de Convenção ou Acordo Coletivo.⁴⁰³

Em suma, o Modelo Neoliberal presta-se como imposição ao desenvolvimento econômico, proporcionando uma melhora gradual da hegemonia da classe empresarial e a institucionalização legal de Modelos que sirvam ou mesmo contribuam com eficiência para o aperfeiçoamento e exercício democrático do antagonismo das forças econômicas profissionais. No Direito do Trabalho, o Neoliberalismo tratou de fixar suas âncoras exatamente na flexibilização laboral, desenvolvendo suas particularidades normativas de acordo com a conjuntura econômica de cada país, fragmentando os trabalhadores em segmentos diferenciados e imobilizando o Setor Profissional da sociedade, uma vez que não é viável que a sociedade civilmente se organize, visto que isto poderia ameaçar a legitimação do Poder, rompendo com o sentimento de unidade de interesses.⁴⁰⁴

⁴⁰³ BARROSO, Fábio Túlio. *Manual de direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010. p. 231-232.

⁴⁰⁴ BARROSO, Fábio Túlio. *Estudo sobre o direito sindical*. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2010. p. 37-38.

4 JURISDIÇÃO PRIVADA – REFLEXÕES GERAIS

As formas alternativas à Jurisdição Pública, de soluções das controvérsias, a *prima facie*, levantam uma preocupação subjacente, voltada a uma iminente privatização da função do Poder Judiciário, tudo motivado pela presença constante da força do Capital das Grandes Corporações, inconformadas com a segurança aparente, ocasionada por uma Decisão Judicial. Eis que surge uma temática, inteiramente, relacionada com os termos, flexibilização e desregulamentação, vetores caracterizadores de um Modelo Neoliberal e que apregoa a imagem, relacionada ao seguinte silogismo: “o privado é mais eficiente que o público”,⁴⁰⁵ mitigando, dessa feita, a atuação do Estado de seu serviço público e de suas funções sociais. Afinal, o Poder Judiciário é um Serviço Público e a Jurisdição, como consequência configura-se como espelho deste referido serviço, prestado pelo Estado.

Verifica-se, de modo especial, que os interessados (Partes) em um dado processo, possuem um sentimento sobre o qual o Estado não faz, pelo Processo, tudo a que estaria obrigado, ou seja, o mecanismo que impulsiona o processo funciona mal. É Direito de todos a uma Prestação Jurisdicional célere na solução dos litígios. Por isso, não deveria haver nenhum Serviço Público ao qual o Estado dedicasse tantos cuidados, quanto ao que leva o nome de Processo.

As ferramentas postas em evidência nos contornos da Jurisdição Privada, como tais a arbitragem, a mediação e a transação, representam uma alternativa, que no mundo desenvolvido,⁴⁰⁶ são corriqueiramente utilizadas, com sinais de relevante eficiência. Nessa perspectiva é evidente que o Brasil, também busca atender a essas expectativas geradas pelas

⁴⁰⁵ Em posicionamento crítico a onda de privatização Barroso aduz: “Pois bem, no que tange às dificuldades de se efetivar o processo judicial célere e dinâmico, denota-se, por outro lado, um deliberado fenômeno de sua privatização, com o fomento às formas extrajudiciais de solução de controvérsias, inclusive com a positivação de preceitos contrários à finalidade de alguns deles, como a obrigatoriedade de solução mediada nas comissões de conciliação prévia, tendo como paradigma um questionável sistema jurídico democrático (real). Assim, em vez de se efetivar uma reestruturação física e legal do judiciário e do Direito Processual, respectivamente, aposta-se em uma exteriorização ou, por vezes, na privatização de sua finalidade, qual seja, pacificar com justiça.” BARROSO, Fábio Túlio. *Extrajudicialização dos conflitos de trabalho*. São Paulo: LTr, 2010. p. 59.

⁴⁰⁶ Cf. Alvin: “Em maior ou menor extensão, os maios modernos e importantes ordenamentos jurídicos consagram, atualmente, a arbitragem dentre as modalidades de resolução dos conflitos. As diferenças entre eles correm, as mais das vezes, na forma de sua constituição, da nomeação de árbitros (número par ou ímpar), das regras de procedimento, da homologação e da eficácia da sentença arbitral. Apesar da acentuada divergência sobre a natureza jurídica da arbitragem, quase sempre vem ela, nos sistemas do *ius scriptum*, disciplinada nos respectivos Códigos de Processo Civil, ou em leis especiais. ALVIM, J. E. Carreira. *Direito Arbitral*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 7.

informações positivas processadas na utilização da solução dos conflitos como forma alternativa de solução, em paralelo com a Jurisdição Pública.

O Instrumento para prestação Jurisdicional Privada se realiza, na maior parte, sem vínculo institucional, uma vez que o Juízo arbitral, não é inserido entre os órgãos que participam da estrutura judiciária estatal,⁴⁰⁷ surgindo assim, traços distintos, em relação à Justiça Estatal, como por exemplo, quando da escolha do foro competente, revelando-se diverso das regras de competência firmada na Jurisdição Pública, uma vez que o Poder Jurisdicional do Árbitro se restringe ao atribuído pela convenção de arbitragem, para a solução de determinada controvérsia. Nessa perspectiva, as questões que extrapolarem os limites da convenção poderão ser encaminhadas para esfera jurisdicional do Estado.⁴⁰⁸

Permeia quanto à utilização da modalidade de arbitragem como solução dos conflitos, uma ampla liberdade de escolha da Lei, aplicável, ao mérito da lide, ou mesmo, quanto ao procedimento arbitral a ser utilizado, premiando assim a autonomia da vontade, conforme adverte Valença Filho,⁴⁰⁹ inclusive a Lei 9307/96,⁴¹⁰ contempla a livre escolha das regras que serão aplicadas na arbitragem, inclusive utilizando regras internacionais do comércio, tendo como restrição apenas eventual violação aos bons costumes, e à ordem pública, o que nesse ponto, demonstra mais eficiência do que a Jurisdição Pública⁴¹¹, dada a sua ampla liberdade de escolha das regras pelas partes contratantes, em que se elege a arbitragem, como forma de solução de eventual conflito.

No caso a arbitragem, embora com origem contratual, é desenvolvida observando a garantia do Devido Processo Legal terminando assim com ato revestido de características

⁴⁰⁷ CR/88 Artigo 92 São órgão do Poder Judiciário: I – o Supremo Tribunal Federal; I –A O Conselho Nacional de Justiça; II- O Superior Tribunal de Justiça; III – Os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV – Os Tribunais e Juízes do Trabalho; V- Os Tribunais e Justiças Eleitorais; VI – Os Tribunais e Juízes Militares; VII – Os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

⁴⁰⁸ VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Poder judiciário e sentença arbitral*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 34.

⁴⁰⁹ *Ibidem*. p. 35.

⁴¹⁰ Lei 9307/96 Art. 2 A Arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

⁴¹¹ Defendendo pontos positivos nos contornos da Jurisdição Privada, Valença Filho destaca quanto à formação da jurisdição pública que: “A visão errônea e totalitária da jurisdição como atividade exclusiva do Estado sedimentou-se entre nós, a partir da influência do ordenamento jurídico fascista italiano na formação do nosso direito processual civil moderno. Encontramos, com frequência, em matéria arbitral, referência à doutrina de Chiovenda, Liebmann e Carneluti, autores que, decididamente, participaram da concepção excessivamente publicista que estrutura nosso processo civil.” VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *op. cit.* p. 47.

similares a mesma função tradicionalmente assumida pela Sentença de Cunho Judicial, uma vez que é a decisão arbitral, reconhecida, como título executivo judicial,⁴¹² uma inovação que evidentemente proporcionou robustecimento para arbitragem.⁴¹³

Na realidade, querer que o processo seja efetivo é pretender que ele venha a desempenhar, com eficiência, o papel que lhe compete, no Ordenamento Jurídico. Um instrumento será bom, na medida em que sirva, de modo prestimoso, à consecução dos fins da obra a que se ordena, na medida em que seja efetivo ou eficaz. Ressalta-se que será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do Direito Material. Nessa perspectiva, efetivo, socialmente, será o processo e, como consequência, a Tutela, que se mostre capaz de veicular aspiração, na Sociedade como um todo, e de permitir-lhe a satisfação, por meio da Justiça e nessa perspectiva, o Estado-Juiz, quando assume a função produtiva, consideravelmente, não deixa espaço para alucinações Neoliberais, quanto à possível Jurisdição Privada.⁴¹⁴

Portanto, é, totalmente, pertinente, uma reflexão, no tocante a rotular o Processo como efetivo, do ponto de vista social. Vale dizer, o processo que consinta, aos membros da sociedade, com seus poucos recursos financeiros e, muitas vezes carentes de cultura, ter a Persecução Judicial de seus interesses, em pé de igualdade com os dotados de maiores forças – não só econômicas, senão também, políticas e culturais.

Nesse permeio, é contumaz destacar soluções dos conflitos sociais existentes, pondo em foco a classificação alertada por Barroso⁴¹⁵, como: (I) Autotutela ou autodefesa caracterizada pelo fato de uma das partes objetivar fazer valer suas pretensões diante de outrem podendo assumir a roupagem de institucional ou não institucional; (II) Autocomposição como forma de solução dos conflitos em que ocorre apenas a participação

⁴¹² Vide CPC Artigo 475-N.

⁴¹³ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 46.

⁴¹⁴ Cf. Marinoni: “Não há dúvida de que a jurisdição, atualmente, tem a função de tutelar(ou proteger) os direitos, especialmente os direitos fundamentais. Isto não quer dizer, como é óbvio, que a jurisdição não se preocupe em garantir a idoneidade da defesa ou a adequada participação do réu. O que se deseja evidenciar é que a função jurisdicional é uma consequência natural do dever estatal de proteger os direitos, o qual constitui a essência do Estado contemporâneo. Sem ela seria impossível ao Estado não apenas dar tutela aos direitos fundamentais e permitir a participação do povo na reivindicação dos direitos transindividuais e na correção dos desvios na gestão da coisa pública, mas sobretudo garantir a razão de ser do ordenamento jurídico, dos direitos e das suas próprias formas de tutela ou proteção.” MARINONI, Luis Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3. ed. v. 1. São Paulo: RT, 2008. p. 137-138.

⁴¹⁵ BARROSO, Fábio Túlio. *Manual de direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010. p. 190-198.

dos envolvidos, interessados, com disposição para resolverem entre si, sem que nenhum terceiro estranho participe, seja diretamente, dando a solução para o conflito, seja indiretamente, sugerindo, a solução do dissenso; (III) Heterossolução, ou heterônoma, revestida de profunda complexidade, envolvendo institutos, com marcantes peculiaridades, de acordo com o tipo de solução utilizada para por termo ao conflito, sendo possível constatar, utilização de instrumento, com participação pública ou privada, singular ou mesmo colegiada, de acordo com o que foi disposto para solução, estando assim como instrumentos presentes a Arbitragem, e a Mediação.

Verifica-se que as formas alternativas de solução das controvérsias, dentre elas: a Arbitragem e a Mediação, demonstram, consideravelmente, a presença de um conhecimento cultural e de maior condição financeira para atender ao complexo mecanismo da referida tutela, afeta a um reduzido número da Sociedade bem mais aquinhado. Por outro lado, uma das principais garantias de Pacificação Social, processadas pelo Estado, é, efetivamente, a Jurisdição, em sua forma pública. No entanto, a onda Neoliberal semeia uma ideologia de efetividade da Jurisdição Privada,⁴¹⁶ ao argumento de que é eficiente, e célere, mecanismo que demonstra, claramente, os contornos dos objetivos da Burguesia, em tempos de globalização em que o Poder Econômico, cada vez mais, pretende romper certas garantias e conquistas da sociedade, nos países de Modernidade Tardia.

Um exemplo marcante da presença da privatização da função do Poder Judiciário, com implantação definitiva da Jurisdição Privada, entre nós, ocorreu com a Lei 11.232/2005, em que, sob o argumento de tornar a fase de execução mais ágil e célere, tratou de remeter a possibilidade de resolução da fase de conhecimento, em um dado conflito, para as vias alternativas da Jurisdição Privada, não restando dúvida de que a introdução do Artigo 475-N⁴¹⁷ no CPC tratou de consolidar os interesses Neoliberais, no Brasil.

⁴¹⁶ Nesse sentido Barroso expõe: “A tendência de privatização da jurisdição pode parecer em um primeiro momento esdrúxula, contudo, possui uma característica bastante flagrante em face ao movimento de externalização da responsabilidade social do Estado brasileiro, neoliberal, proporcionado uma extrajudicialização da solução das controvérsias de natureza trabalhista, pois é resultado do abandono do sentido social protetor previsto na nossa Constituição e na legislação trabalhista do período industrial, moderno, já ultrapassado, ao menos axiológica e teleologicamente para a lei.” BARROSO, Fábio Túlio. *Extrajudicialização dos conflitos de trabalho*. São Paulo: LTr, 2010. p. 13.

⁴¹⁷ CPC Art. 475-N São títulos executivos judiciais.[...] III – A sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo; IV – A sentença arbitral;V- acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologada judicialmente.

4.1 Formas alternativas de solução das controvérsias

Fica evidenciada, na sociedade, toda uma pertinência para formulação de conflitos, controvérsias que nem sempre alcançam uma solução, de forma pacífica e, assim, desde a gênese do Estado, mesmo em sua mutação de Estado Natureza para Estado Civil Medieval, já se constatava uma parcela de intervenção, impondo uma Ordem, apaziguando o conflito, atributos que, em maior ou menor consistência, sempre, teve, por parte do Estado, em suas diversas adaptações, a característica interventiva, a ponto de a Jurisdição Pública galgar importância substancial, na pacificação dos conflitos. Com a Pós-modernidade e uma sociedade, em tempos de mundialização, o Estado, entrando na onda do Neoliberalismo, de modo contraproducente, se permite ao fomento de espaços para alternativas que possam resolver o conflito, de forma paralela à Jurisdição Pública. Nessa perspectiva, os meios alternativos de Pacificação Social são representados, essencialmente, pela Conciliação, Mediação e Arbitramento.⁴¹⁸ Amauri Mascaro⁴¹⁹ adverte: “As sociedades coexistem com os conflitos e descobrem técnicas de solução que, teoricamente, podem ser reunidas em três tipos fundamentais, a autodefesa, a autocomposição e a heterocomposição”.

Nesse prisma, a autodefesa, também conhecida como autotutela, é caracterizada pela solução dos conflitos em que uma das Partes tentará fazer valer sua pretensão, em detrimento da outra, constante em uma determinada relação, condições que há muito, já ocuparam seu papel, na sociedade, especialmente, nos idos do Estado Natureza ou mesmo no Estado Civil, período em que era comum a imposição da vontade do mais forte sobre o mais fraco. Com a evolução dos tempos, a força tendente a predominar, consideravelmente, é a capacidade da Economia na geração de riqueza, beneficiando as elites, no Poder. Barroso⁴²⁰ destaca que a autotutela poderá ser institucional ou não institucional. Na verdade, verifica-se um ato forte e uma conduta unilateral, praticada por um dos conflitantes, a ponto de levar o outro lado a ceder à pressão, aceitando uma possível composição. Claro que o Estado, de alguma forma, tenta coibir ou mesmo diminuir a utilização da autotutela, permitindo, em alguns casos,⁴²¹ a sua utilização, sutilmente e sem excessos.

⁴¹⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit. p. 33.

⁴¹⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3.

⁴²⁰ BARROSO, Fábio Túlio. *Manual de direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010. p. 189.

⁴²¹ Nesse sentido Didier alerta: “Trata-se de solução vedada, como regra, nos ordenamentos jurídicos civilizados. É conduta tipificada como crime: exercício arbitrário das próprias razões (se for um particular) e exercício

A autocomposição,⁴²² vem se apresentando, como perspectiva de uma alternativa para Pacificação Social, ao lado da Jurisdição Pública, pretendendo, claramente, romper o paradigma da exclusividade estatal para solução dos conflitos de interesses. No entanto, adverte Dinamarco⁴²³: “Como função estatal, a jurisdição tem conotações próprias, de imperatividade e inevitabilidade, ausentes nos outros meios de solução dos conflitos”. Nessa perspectiva a Jurisdição Estatal possui inclusive a prerrogativa de coação, em suas determinações, objetivando explicitamente, efetivar suas determinações, sendo diversas as previsões legais⁴²⁴ que possibilitam a aplicação de multa e/ou arras, inclusive não tendo caráter indenizatório, mas sim, como meio coativo de cumprimento decisório, consoante, já, se manifestou o STF em RE-94966/RJ.⁴²⁵

arbitrário ao abuso de poder (se for o Estado). Como mecanismo de solução de conflitos, entretanto, ainda vige em alguns pontos do ordenamento. [...] são exemplos: a legítima defesa, o direito de greve, o direito de retenção, o estado de necessidade, o privilégio do poder público de executar os seus próprios atos, a guerra. etc.” DIDIER JR, Fredie, *Direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento* 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 88. No tocante a ato unilateral que caracteriza uma possível eficiência a ponto de provocar por parte de um dos conflitantes a aceitação da vontade do outro, Fábio Túlio Barroso esclarece quanto a greve: “Possuindo a negociação coletiva a finalidade de melhorar a condição mínima dos trabalhadores, a greve, consubstancia um ato de defesa dos interesses dos trabalhadores, contra a impossibilidade patronal de se atingir a finalidade prevista no *caput* do art. 7 da Constituição, com utilização complementar do seu inciso XXVI.” BARROSO, Fábio Túlio. *Manual de direito coletivo do trabalho*, São Paulo: LTr, 2010. p. 190.

⁴²² Cf. Fredie Didier Jr.: “Autocomposição é o gênero, do qual são espécies: a) a transação: concessões mútuas; b) submissão: de um à pretensão do outro: reconhecimento da procedência do pedido; c) renúncia da pretensão deduzida.” DIDIER JR, Fredie. *Direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento* 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 89.

⁴²³ DINAMACRICO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. v.1 São Paulo: Malheiros, 2009. p. 122.

⁴²⁴Exemplos: CPC Art. 461 [...] § 5 Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial; Art.621 [...] Parágrafo único. O juiz, ao despachar a inicial, poderá fixar multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação, ficando o respectivo valor sujeito a alteração, caso se revele insuficiente ou excessivo; Art.645 Na execução de obrigação de fazer ou não fazer fundada em título extrajudicial, o juiz ao despachar a inicial, fixará multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida; Art. 921 É lícito ao autor cumular ao pedido possessório o de: [...] II – cominação de pena para caso de nova turbacão ou esbulho; Art.932 O possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbacão ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito.

⁴²⁵ Ementa: “ASTREINTES” HONORÁRIOS DE ADVOGADO. A pena pecuniária que, a título de astreintes, se comina não tem caráter de indenização pelo inadimplemento da obrigação de fazer ou de não fazer, mas, sim, o de meio coativo de cumprimento da sentença, como resulta expresso na parte final do artigo 287 do CPC; conseqüentemente, não pode essa pena retroagir a data anterior ao do transito em julgado da sentença que a cominou. Aplicação do óbice do inciso VII do artigo 325 do Regimento Interno do STF quanto à questão referente a honorários de advogado. Recurso extraordinário conhecido em parte e nela provido. RE94966/RJ – Rio de Janeiro – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – Relator (a): Min. MOREIRA ALVES – Julgamento: 20/11/1981 Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA – Publicação – DJ 26-03-1982 P- 12565 EMENT VOL-01247-03 P-00663-RTJ VOL-00103-02 P-00774 Ementa.

Quanto às formas de solução das controvérsias, fica evidenciado, com bastante facilidade, que a heterônoma, também, conhecida como heterossolução⁴²⁶ ou mesmo heterocomposição, revela-se como das mais complexas, especialmente, por concentrar a mediação e arbitragem, essa mais contraproducente, do ponto de vista de Segurança Jurídica, uma vez que tem capacidade de mitigar ou mesmo bloquear o acesso à Justiça, na fase de conhecimento, conforme já se manifestou o STJ nos Autos do REsp. 791260/RS⁴²⁷, quando as partes contratantes elegem, como competente, o Juízo Arbitral, para dirimir eventuais conflitos. Com o Estado Absolutista, vindo a se ultimar e toda efervescência, arquitetada pelo Estado Liberal, especialmente, em sua tradição dos séculos 1700/1800, em que se semeava a ideologia sobre a qual o Poder Público era percebido como inimigo da liberdade individual, tudo processado pela Burguesia enriquecida e, dessa forma, a liberdade contratual era vista, como um direito natural dos indivíduos.⁴²⁸ Agora, aproveitando a carona na efervescente globalização em que seus contornos aparentam a presença de um Estado individual mínimo, uma vez que para se fortalecer, necessita de tornar-se comunitário, loteando sua soberania o Poder econômico, o Neoliberalismo parente do Liberalismo tendo herdado seu DNA em sua forma mais perversa de individualismo, propaga na onda de eficiência a possibilidade de uma Jurisdição Privada, inclusive aproveitando mudanças na Legislação⁴²⁹ para incrementar a manipulação da sociedade, demonstrando que é “eficiente”.

4.2 Arbitragem e Mediação – Aspectos jurídicos e políticos no reconhecimento de direitos

Revela-se, de início, que esses vetores da Jurisdição Privada provocam determinada celeuma, quanto sua identificação, no contexto, forma de aplicabilidade e natureza jurídica,⁴³⁰

⁴²⁶ Vide classificação realizada por Barroso *in* Manual de Direito Coletivo do Trabalho p. 189.

⁴²⁷ Ementa: PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAGEM. OBRIGATORIEDADE DA SOLUÇÃO DO LITÍGIO PELA VIA ARBITRAL, QUANDO EXISTENTE CLÁUSULA PREVIAMENTE AJUSTADA ENTRE AS PARTES NESTE SENTIDO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS.1º, 3º e 7º DA LEI 9.307/96. PRECEDENTES. PROVIMENTO NESTE PONTO. ALEGADA OFENSA AO ART.535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. REsp 791.260/RS Número registro 2005/0175166-1 Julgado em 22/06/2010 Relator Ministro Paulo Furtado(Desembargador convocado do TJ/BA) Órgão Julgador:TERCEIRA TURMA – Publicação DJ -01-07-2010.

⁴²⁸ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. op. cit. p. 68.

⁴²⁹ Nesse contexto o CPC foi alterado de acordo com a Lei 11.232/2005 no artigo 475 acrescentando letras e A – R e desta feita no Art. 475N – São títulos executivos judiciais: [...] III – A sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo; IV – A sentença arbitral; V – acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente; Evidenciam-se toda uma engenharia neoliberal objetivando legitimação de seus objetivos claros em enfraquecer a Jurisdição Pública.

⁴³⁰ Marinoni esclarece acerca da natureza jurídica da arbitragem: “ Costuma-se dizer que a arbitragem é meio alternativo de pacificação social(e de solução dos conflitos), colocada ao lado da estrutura jurisdicional do Estado, através da qual se atribui a alguém – por iniciativa e manifestação de vontade dos interessados – o poder

sendo, eminentemente, de cunho contratual e, assim, bilateral, em face da vontade das Partes⁴³¹. Desse modo, a arbitragem revela-se, como forma de solução de controvérsia na qual as Partes elegem um terceiro estranho ao conflito, objetivando uma solução com capacidade de viabilizar a Pacificação Social. No entanto, esse terceiro será invariavelmente privado, podendo tratar-se de singular ou mesmo colegiado, decidindo portanto, qual das partes tem razão, emitindo uma “sentença” arbitral que, por força de Lei,⁴³² recebeu a condição de Título Executivo Judicial. Destaca-se que o Árbitro será investido de Poder de acordo com a autonomia da vontade, uma vez que os envolvidos escolhem, livremente, o Árbitro legitimando-o para exercer seu próprio múnus, naquele conflito específico, bloqueando, nesse ponto, o acesso ao Poder Judiciário.⁴³³

No entanto a natureza da função arbitral, enquanto atividade exercida por particular, em face de mútuo consenso das partes, tutorada pelo Estado por meio de regras procedimentais, ao lado de um devido processo legal judicial, expõe um devido processo legal arbitral, apto a proporcionar, jurisdicionalidade, observando o contraditório a ampla defesa consoante destaca Carreira Alvin.⁴³⁴ Em defesa da arbitragem, Fernandes⁴³⁵, aborda a capacidade que essa possui, em proporcionar uma tutela jurisdicional com inúmeras vantagens sobre o processo jurisdicional, com instrumento de pacificação social, uma vez que

de decidir certo litígio a respeito de interesses disponíveis, de forma cogente. Trata-se de instrumento de natureza privada – não no sentido de que o Poder Público não o possa prover, mas sim porque é instalada exclusivamente pela vontade das partes, que optam por esta via de solução de litígios – em que se busca, em um terceiro(ou terceiros) imparcial, a solução pra certo conflito surgido em relações intersubjetivas. Constitui-se também, em instrumento de ordem convencional, já que compete aos interessados decidirem sujeitar certa controvérsia à decisão de um árbitro – renunciado à tutela jurisdicional tradicional – decidindo-se, outrossim, a respeito da extensão dos poderes outorgados àquele para eliminar conflitos.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de direito processual civil: processo de conhecimento* 7. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 774.

⁴³¹ Cf. Alvin: “Sem dúvida a arbitragem brasileira, por natureza e por definição, tem indiscutível caráter jurisdicional, não cabendo mais, depois de Lei nº 9.307/96, falar-se em contratualidade, salvo no que concerne à sua origem, por resultar da vontade das partes.” ALVIM, J. E. Carreira. op. cit. p. 46.

⁴³² Lei 11.232/2005 c/c Lei 9307/96.

⁴³³ Nesse sentido expõe Barroso: “A utilização da arbitragem vem tomando vulto desde o último decênio do século XX, em decorrência de uma série de fatores. [...] o fenômeno da privatização do Direito Público se fortalece com o neoliberalismo, que no aspecto jurídico, se estabelece com a externalização das responsabilidades sociais presentes nas normas criadas durante o período moderno ou industrial. A globalização expande o elemento material ideológico do neoliberalismo para a maioria dos países, o que por consequência justifica o papel minimista do Estado para suas funções sociais.” BARROSO, Fábio Túlio. *Manual de direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010. p. 193.

⁴³⁴ ALVIN, J. E. Carreira. op. cit. p. 249.

⁴³⁵ FERNANDES, Marcus Vinicius Tenório da Costa. *Anulação da sentença arbitral*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 5.

estabelece a Lei de Arbitragem⁴³⁶ o prazo de seis meses para prolação de sentença contados da data de instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

Quanto à mediação, ela se caracteriza pela existência de um mediador, Terceiro imparcial, que assumirá a condição de estimulador dos envolvidos para conclamarem o fim do litígio eventual existente. Na realidade, o Terceiro deverá ouvir as Partes e, assim, formular a proposta, de acordo com suas conclusões, objetivando, apreciação dos pontos controvertidos, apresentados por ambas as Partes. É também entendida como um componente de negociação, destacando que o mediador não decide, coisa alguma, apenas, interfere, buscando aproximar a vontade das Partes divergentes dos litigantes.⁴³⁷

Destaca-se, nas lições de Amauri Mascaro,⁴³⁸ uma abordagem, bastante, pertinente, quanto à diferença sutil, envolvendo a Mediação e a Conciliação, uma vez que ambas as técnicas se destinam à composição do conflito, pela aproximação das Partes. No entanto, a Conciliação é como regra judicial,⁴³⁹ ao passo que a Mediação pode ser judicial ou extrajudicial. Por isso, pode vir a ser utilizada, previamente ou mesmo incidentalmente, na medida em que apareça, durante a Instrução do Processo Judicial típico. No entanto, dependerá, sempre, de manifesto consenso entre os interessados.⁴⁴⁰ Barroso⁴⁴¹ adverte que instrumentalizar a Mediação leva a se alcançar a finalidade de Conciliação.

⁴³⁶ Lei 9307/96 Artigo 23 A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convenionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

⁴³⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 15-16.

⁴³⁸ Nesse sentido exemplifica: “Se o acordo é em juízo, o nome é conciliação. Se é em dissídio coletivo, denomina-se acordo em dissídio coletivo. Se é fora dos tribunais e há um terceiro que o intermediou, é mediação. O Ministério do Trabalho e Emprego faz mediações, e a Justiça do Trabalho faz conciliações. Na conciliação geralmente atua um órgão permanente destinado a esse fim, enquanto na mediação pode surgir a figura do mediador para cada caso concreto.” *Ibidem*. p. 18.

⁴³⁹ O CPC quanto à conciliação prevê: Art.277 O Juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de 30(trinta) dias citando-se o réu com a antecedência mínima de 10(dez) dias e sob a advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro. § 1º A conciliação será reduzida a termo e homologada por sentença, podendo o juiz ser auxiliado por conciliador; Art. 331 Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30(trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. § 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença; Art. 448 Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo.

⁴⁴⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. v. 1. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 44.

⁴⁴¹ BARROSO, Fábio Túlio. *Manual de direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010. p. 192.

Na prática, o que se pode verificar, quanto à Arbitragem, e que ela exige que as Partes pactuantes, de comum acordo⁴⁴² estejam convergindo para acomodação de um dado interesse e, assim, espontaneamente, tenham optado, como foro competente, para dirimir eventuais conflitos, o Juízo Arbitral. Evidentemente por se tratar de um Contrato, seus contornos necessitam estar, bastante, definidos e com clareza, pelo fato de que a sua interpretação denota uma atenção crucial para evitar questionamentos posteriores, os quais na maioria das vezes, ocorrem e certamente fomentarão conflitos. Nesse ponto, a interpretação, inclusive, quando possível, de forma hermenêutica, nem sempre se encontra à disposição de todas as camadas sociais. Daí por que revela-se, a arbitragem, importante ferramenta, a serviço dos interesses das elites dominantes, mais um escudeiro da Burguesia e que não representa instrumento eficaz para a Pacificação Social. No tocante à Mediação, ela se concentra, em uma ferramenta que usada com responsabilidade, poderá ser um profundo aliado da Jurisdição Pública no reconhecimento de Direitos, mesmo que venha a ocorrer certa margem de renúncia entre as partes, mas que essa renúncia não imponha sacrifícios elevados, e assim, tenha, como objetivo, a sonhada Densificação da Pacificação Social.

⁴⁴² Nesse sentido a Lei 9.307/96, em seu Art.3 As partes interessadas podem submeter-se a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

CONCLUSÃO

É inteiramente verificável que por ocasião da passagem do Estado Liberal para o Estado Social, ocorreu um natural crescimento dos fins e objetivos do Estado e sua propagação intitulada, “bem comum”, isto é, uma expressão de origem escolástica, que se encontra em uso, sobretudo, na Igreja Católica, para fornecer os fundamentos de uma doutrina social, que se baseia, sobre uma concepção, ao mesmo tempo, personalista e comunitária, da ordem social. Portanto revela-se como base e fundamento de uma moral social e política, o ponto de referencia e o critério que permite o julgamento do justo e do injusto, em toda sociedade, razão de ser da ordem política, com empenho em sua realização.

Nessa perspectiva, objetivamente, essa mutação da configuração do Modelo Estatal, objetivava potencializar mais uma nova Ordem vigente. A Constituição, de início com objetivos claros em limitar, e ao mesmo tempo, disciplinar Poderes, se expandiu assumindo também, um posto de Norma, dotada de Supralegalidade, ocupando um papel relevante, na luta pela Pacificação Social, ampliando os Direitos Fundamentais, com mecanismos claros que impulsionam sua Densificação, de modo que a população aprendeu a dispor de Princípios Fundantes do Estado Democrático Social de Direitos, expectativas para as quais sua concretização, tornou-se necessária a realização de novas Políticas Públicas que efetivem a diminuição das desigualdades sociais, impondo Inclusão Social.

A crescente onda de Globalização, impulsionada pela propagação da fonte material nos contornos do neoliberalismo, reunindo assim uma enorme capacidade de provocar consideráveis transformações, outro olhar, para conceitos tidos antes como certos e intocáveis, especialmente na esfera institucional, tem provocando mitigação da própria Soberania nacional, gerado a propagação de um discurso que pega carona na ideologia do moderno e no desenvolvimento, mas que, na verdade, é de um todo evidente, a presença de um Capitalismo predador, que, cada vez mais, impõe a ausência de barreiras para facilitar a livre transferência e circulação de Capital entre os Países ou, mesmo, de tecnologia. Ampliando, consideravelmente, a concentração de riqueza, ao custo do aumento das desigualdades sociais, características que se propagam, com maior facilidade, nos Países de Modernidade Tardia, rotulados como emergentes e que se tornaram um verdadeiro terreno fértil para propagação dos interesses de um Capital cada vez mais, internacionalizado e que

tem, como único objetivo, ampliar o Poder das elites dominantes, sempre dispostas a arquitetarem mecanismos de manipulação das massas, como Legitimação do Poder.

Nesses contornos globalizantes, fica evidenciada, toda uma temática, relacionada ao surgimento da universalização de culturas, realização de um comércio e industrialização, com presença intercontinental, pretensões quanto à utilização de moeda única e uma Legislação que possa atender a todos, de forma universal, independente de nacionalidade, tudo motivado pela crescente mitigação da Soberania interna das nações, uma verdadeira propagação da dessimbolização dos Países, com o surgimento de um novo Modelo feudal, desta feita, globalizado. Efetivamente, a Economia é que vem ditando as regras e tem se posicionado, de forma nada, vacilante, na influência ideológica da gestão governamental.

O Estado, sofrendo imposições do modelo Neoliberal, em tempos de renovada globalização, praticamente se submete, a um leilão da própria soberania, uma alteração dos conceitos formais tidos antes como intocáveis, tudo motivado pela necessidade iminente de Legitimação do Poder, para o qual são travadas verdadeiras batalhas, no sentido de descortinar o verdadeiro Plenário que venha a impulsionar o grande debate na sociedade, capaz de solucionar os problemas sociais, com inclusão Social, e melhorias das condições de vida, especialmente no caso Brasileiro, no qual definitivamente não existe imunidade as sequelas, provocadas pelo Modelo Neoliberal e os Poderes que há muito andam com dificuldade de legitimação, perante a sociedade, mesmo tendo semeado o acompanhamento rigoroso das propostas de “eficiência”, propagadas pela hegemonia Neoliberal.

Nessa perspectiva, vêm sendo utilizados paliativos emergenciais para acomodação do Tecido Social. As massas são manipuladas, ideologicamente, para legitimarem o Poder, inclusive com cooptação dos movimentos sociais processado pelo Estado, e ao mesmo tempo, se constata profundas dificuldades no aspecto de credibilidade perante a sociedade, por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, desgastados pelos muitos escândalos e denúncias de corrupção. Nesse prisma o Poder Judiciário, vem chamando, para si, as responsabilidades necessárias para efetivação dos Direitos Sociais, originando a figura do Ativismo Judicial, necessário para alguns e bastante criticado por muitos outros. Na verdade, a sociedade almeja uma certeza, quanto à concretização dos fins colimados pelo Estado Democrático Social de Direito.

No caso do Brasil, com a opção pela seara dos Objetivos do Estado, a concretização dos Direitos Fundamentais, *ex vi*, Artigos 3º e 4º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sua densificação não pode quedar-se inerte: todos os cidadãos Brasileiros têm a responsabilidade de lutarem pela concretização de seus Direitos. Por isso, as autoridades são, diretamente, responsáveis pela efetivação das propostas, elencadas, na conjuntura de Direitos Sociais.

Para tanto, os Brasileiros, em sua totalidade, necessitam de se revestirem de compromissos para com a própria cidadania, uma vez que, jamais, se deve perder o referencial de que o Estado é produto da capacidade intelectual do Homem e dessa forma, a Sociedade é, inteiramente, responsável pelas escolhas que faz.

Haverá, sempre um centro de tensão, entre o Homem e o Estado. No entanto, ao se revestirem de um sentimento de compromisso, para com a cidadania, necessariamente, todos estarão dando um passo significativo para resolverem seus problemas ou, pelo menos, amenizarem uma realidade drástica que tenta ameaçar.

Compromisso que as autoridades devem assumir para com as Instituições e/ou entes Políticos os quais representam, quando, por exemplo, o Estado/Juiz, busca assumir seu posto de produtividade, como elo entre a pretensão, posta em Juízo e a efetivação, no reconhecimento desse eventual Direito, mesmo que sejam precárias as condições de trabalho, com deficiência de servidores às vezes, mal remunerados, carentes de qualificação, mas é necessário entender-se tratar-se de um Serviço Público, dos mais relevantes a ser prestado à sociedade, principal propulsor da Pacificação Social, e assim, todos os Juizes, Serventuários, Ministério Público e, principalmente, os Advogados, jamais devendo perder de vista este sentimento de compromisso para com a própria cidadania, como elo da ligação para o Reconhecimento de Direitos.

Compromisso, também, necessário e que não deve faltar ao Representante do Poder Executivo, quando o Gestor, por exemplo, ao impor aos seus assessores, a necessidade de transparência, nas Contas e Gastos Públicos, agindo, com probidade, implementando Políticas Públicas, com capacidade de proporcionarem inclusão social, primando pela ausência de corrupção, na máquina estatal. Fazendo valer a legitimação que a sociedade lhe proporcionou,

quando da escolha, mediante um Processo Eleitoral sério, em que é contemplado o exercício da Cidadania.

Também, compromisso necessário em que se deve, conclamar, invariavelmente sua presença, junto ao verdadeiro Poder que deve representar, via de regra, o povo, uma vez que o Poder Legislativo, e seu Plenário, é o local propício para o grande debate social, capaz de resolver as muitas questões de interesse da sociedade, contribuindo, especialmente para valorização da Dignidade da Pessoa Humana, mas que, ao contrário, de há muito, o Legislativo vem perdendo credibilidade, nos Meios Sociais, sendo necessário o estabelecimento de metas que possam contribuir para o resgate supramencionado, junto à Sociedade, estabelecendo uma nova Legitimação, com capacidade de se estatuir, desprovida de manipulação das massas, e que possa contribuir para melhorias das condições de vida.

Essas modas de Privatização, como sinônimo de eficiência, arquitetada pelo Modelo Neoliberal, põem em teste, a potencial capacidade da sociedade em se organizar para superar as manipulações ideológicas, processadas pelas elites dominantes, as quais sempre, encontram um espaço para aprimorarem suas estratégias de dominação pelo Poder: o fato é que a sociedade Brasileira, necessita, urgentemente, de superar suas adversidades, diminuindo as desigualdades sociais, especialmente, pelo fato de estar emergindo para uma situação econômica mais fortalecida. No entanto, o Povo Brasileiro, ainda, não despertou de todo, para necessidade de adquirir cultura, educação, humanização dos relacionamentos e as estratégias do Poder Econômico, favoráveis, em uma Burguesia fortalecida pelo Capitalismo predador reinante, empurrando para baixo, as esperanças de evolução da Sociedade Brasileira, ao menos no terreno da educação e em termos de formação geral.

Diante do exposto, a uma tendência espontânea de se extrapolar do campo exclusivamente objetivo e adotar uma linguagem intersubjetiva, diante da possibilidade de mudanças substantivas no cenário aqui analisado, é preciso acreditar em que a sociedade é capaz de superar as dificuldades, rumo a uma, sempre, pretendida Segurança e Ordem, motivo pelo qual o homem fez opção por viver em sociedade. Se esse panorama pode acenar para a defesa de uma utopia, cumpre salientar, que utopia, não significa ilusão, mas um sonho de perfeição social, possível, embora, de difícil realização, o Direito não deixa de representar algo utópico, no sentido de um projeto de melhoria política, e social, que visa estabelecer uma ordem que não exista ainda.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do supremo tribunal federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- _____. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- ALVES, Antonio. **História: o mundo – idade moderna: o Brasil colônia e império**. Recife: Líder, 1982.
- ALVIM, J. E. Carreira. **Direito arbitral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ARISTÓTELES. **A política**. 3. ed. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- AZEVEDO, Plauto Faraco. **Aplicação do direito e contexto social**. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.
- _____. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. São Paulo: RT, 2000.
- BAPTISTA, Luis Olavo; FONSECA, José Roberto Franco da. **O direito internacional no terceiro milênio: estudos em homenagem ao professor Vicente Marotta Rangel**. São Paulo: LTr, 1998.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. **Curso sistematizado de direito processual civil: direito processual coletivo e direito processual público**. v. 2, São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARROSO, Fábio Túlio. **Direito flexível do trabalho: abordagens críticas**. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2009.
- _____. **Estudo sobre o direito sindical**. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2010.
- _____. **Extrajudicialização dos conflitos de trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.
- _____. **Manual de direito coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.
- _____. **Neocorporativismo e concentração social: análise político-jurídica das atuais relações coletivas de trabalho no Brasil**. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2010.

_____. **Novo contrato de trabalho por prazo determinado:** flexibilização laboral e internacionalização das relações de trabalho. Curitiba: Juruá, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário:** e outros temas contemporâneos. Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

_____. **Modernidade líquida.** Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. **Vida para o consumo:** a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas.** Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

BERNANKE e Trichet veem papel fundamental de países emergentes. **Jornal O Globo**, Rio de Janeiro, 31 maio 2010, Economia Global. Disponível em <www.oglobo.com.br>. Acesso em: 06 jun. 2010.

BÍBLIA. A.T. Livro do Deuteronômio. **Bíblia de Jerusalém.** São Paulo: Paulus, 2002.

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Liberalismo e democracia.** Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1988.

_____. **O futuro da democracia.** Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues São Paulo: Ícone, 2006,

_____ et alii. **Dicionário de política.** 13. ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Curso de direito constitucional.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Do estado liberal ao estado social.** 8. ed. São Paulo. Malheiros, 2007.

_____. **Os poderes desarmados:** à margem da ciência política, do direito constitucional e da história – figuras do passado e do presente. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. REsp 212346/RJ.** Disponível em <<http://www.stj.jus.br/portal/processo.html>>. Acesso em: 23 ago. 2009.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. REsp 791.260/RS.** Disponível em <<http://www.stj.jus.br/portal/processo.html>>. Acesso em: 20 fev. 2011.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. AgRg – AI 553.712-4/RG.** Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo.html>>. Acesso em: 23 ago. 2009.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. RE-94966/RJ.** Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo.html>>. Acesso em: 20 fev. 2011.

BRENNAND, Edna Gusmão de Góes (org.). **Dialogando com Habermas.** João Pessoa: Editora Universitária, 2006.

BRIGIDO, Carolina. CNJ: Pesquisa revela aumento de 2 milhões de ações tramitando na Justiça em 2008. **Jornal O Globo**, Rio de Janeiro, 02 jun. 2009, Plantão. Disponível em <www.oglobo.globo.com>. Acesso em 25 ago. 2009.

BRIGIDO, Carolina. Em 17 anos, 1311 agentes públicos foram condenados por improbidade administrativa. **Jornal O Globo**, Rio de Janeiro, 14 ago. 2009, Máquina Pública. Disponível em <www.oglobo.globo.com>. Acesso em 25 ago. 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil.** São Paulo: Saraiva, 2010.

CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista.** 2. ed. Campinas: Millennium Editora, 2006.

CALADO, Alder Júlio Ferreira. Movimentos sociais rumo a uma nova sociedade: do consenso ideológico ao dissenso alternativo. In: GONÇALVES, Moises Augusto; FÁTIMA, Geraldo Magela de (orgs.). **Outros olhares – debates contemporâneos.** v. 1. Belo Horizonte: Leeditathi, 2008.

CALDAS, Maria Esteves Caldas et alii (orgs.). **Documentos acadêmicos: um padrão de qualidade.** 2. ed. ver. e ampl. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil.** 15. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** São Paulo: RT, 2009.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia.** São Paulo: Max Limond, 1997.

_____. **Política, sistema jurídico e decisão judicial.** São Paulo, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999.

_____. **Processo, ideologias e sociedade.** Tradução e notas do Prof. Dr. Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008.

_____; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo:** um comentário à Lei nº 9.307/96. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência:** exposição didática: área do direito processual civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema del diritto processuale civile.** v. 1. Buenos Ayres: Editora Padova, 1936.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário:** fundamentos jurídicos da incidência. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CATHARINO, José Martins. **Neoliberalismo e sequela:** privatização, desregulamentação, flexibilização, terceirização. São Paulo: LTR, 1997.

CHAUÍ, Marilena de Souza. **Convite à filosofia.** São Paulo: Ática, 1994.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** v. 2. Campinas: BookSeller, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CITADINO, Gisele. “Invisibilidade”, Estado de Direito e política de reconhecimento. In: MAIA, Antonio Cavalcanti (org.). **Perspectivas atuais da filosofia do direito.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

_____. **Interpretação das leis processuais.** Tradução Dr. Gilda Maciel Correa Meyer Russumano. São Paulo: Max Limonad, 1956.

_____. **Pluralismo, direito e justiça distributiva:** elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CONSELHO Nacional de Justiça. **Metas Prioritárias 2010.** Disponível em <www.cnj.jus.br>. Acesso em 08 set. 2010.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil.** Campinas: Redlivros, 1999.

_____. **Introdução ao estudo do processo civil.** 3. ed. Tradução de Mozart Rio de Janeiro: José Konfino, 1951.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Jurisdição e competência**. São Paulo: RT, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DANTAS, Ivo. **Constituição & processo**. 2. ed. Curitiba:Juruá,2007.

DEZALAY, Yves; TRUBEK, David M. A internacionalização dos campos jurídicos e a criação de espaços transnacionais. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas**, São Paulo: Malheiros, 1996.

DIAS, Reinaldo. **Ciência política** São Paulo: Atlas, 2008.

DIDIER JR., Fredie. **Direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 6. ed. v. 1. Salvador: JusPodium, 2006.

_____; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 3. ed. v.4 Salvador: Juspodvm, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão (org.). **Direitos fundamentais e estudo constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. 6. ed. São Paulo: Malheiros: 2009.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DUFOUR, Dany-Robert. **A arte de reduzir as cabeças: sobre a nova servidão na sociedade ultraliberal**. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Tradução de Márcio Pugliese. São Paulo: Martin Claret, 2009.

ELIAS, Norbert. **O processo civilizador**. v. 2. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.

ESCÂNDALO do mensalão. **Wikipédia: a enciclopédia livre**. Disponível em <<http://pt.wikipedia.org/wiki/escandalodomensalao>>. Acesso em: 16 ago. 2009.

ESTADO de bem-estar social. **Wikipédia: a enciclopédia livre**. Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Estado_de_bem-estar_social>. Acesso em: 04 dez. 2010.

EUGEN, Ehrlich. **Fundamentos da sociologia do direito**. Tradução René Ernani Gertz. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madri: Trotta, 2008.

FERRARESE, Maria Rosaria. **Il diritto al presente: Globalizzazione e tempo delle istituzioni**. Bologna: Il Mulino, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998,

_____. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERNANDES, Marcus Vinicius Tenorio da Costa. **Anulação da sentença arbitral**. São Paulo: Atlas, 2007.

FILHO, José Soares. **Elementos da ordem jurídica internacional e comunitária: enfoque dos direitos sociais e trabalhistas no plano supranacional e em face da globalização da economia**. Curitiba: Jurúa, 2003.

FURTADO, Celso. **Em busca de novo modelo: reflexões sobre a crise contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

GARCIA-PELAYO, Manuel. **As transformações do estado contemporâneo**. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GOMES JR., Luiz Manoel. **Curso de direito processual civil coletivo**. 2. ed. São Paulo: SRS, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia: introdução às bases criminológicas da Lei 9099/95, lei dos juizados especiais criminais**. v. 5. 6. ed. São Paulo: RT, 2008.

GONÇALVES, William Couto. **Uma introdução à filosofia do direito processual: estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo poder judiciário. *Revista Magister de Direito Processual Civil*, Porto Alegre, v. 30, p. 9, maio-jun. 2009.

GROPPALI, Alexandre. **Doutrina do estado**. 2. ed. Tradução de Paulo Edmur de Souza Queiroz. São Paulo: Saraiva, 1968.

GUIMARAES, Mário. **O juiz e a função jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. 2. ed. Tradução de Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

_____. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. 3. ed. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2007.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução Flavio Beno Siebeneichler. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **O discurso filosófico da modernidade**. Tradução de Ana Maria Bernardo, José Rui Meirelles Pereira, Manuel José Simões Loureiro, Maria Antonia Espadinha Soares, Maria Helena Rodrigues Carvalho, Maria Leopoldina de Almeida e Sara Cabral Seruya. 3. ed. Lisboa: Publicações Don Quixote, 2000.

_____. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. 2. ed. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2009.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 11. ed. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guaracira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

HARVEY, David. **A condição pós-moderna**: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. Tradução Abail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 1989.

HERKENHOFF, João Baptista. **Cidadania para todos**: o que toda pessoa precisa saber a respeito de cidadania. Rio de Janeiro: Thex Ed., 2002.

_____. **Como aplicar o direito**: à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Filosofia do direito**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

_____. **Movimentos sociais e direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

_____. **O direito processual e o resgate do humanismo**. Rio de Janeiro: TEX editora, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HESSEN, Joannes. **Teoria do conhecimento**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

HOLANDA, Sergio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olímpio, 1956.

HOUAISS, Antônio. **Grande dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

IPEA – Instituto de pesquisa econômica aplicada, **Diário do Nordeste** (assinatura) (CE): Recorde em 2008 (08/07/2009 – 09:28). Disponível em <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 16 ago. 2009.

JELLINEK, Georg. **Teoria general del estado**. Buenos Aires: Julio César Faira, 2005.

JUSTAMAND, Michel. **Neoliberalismo: a máscara atual do capital**. Rio de Janeiro: Achiamé, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução Luiz Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 14.

LIMA, Eusébio de Queiroz. **Teoria do estado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. 2. ed. Tradução Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de direito processual civil: processo de conhecimento**. v. 2. 7. ed. São Paulo: RT, 2008

MICHIARELLI, Niccolò. **O príncipe: com as notas de Napoleão Bonaparte**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. ver. São Paulo: RT, 1997.

MARITAIN, Jacques. **O homem e o estado**. Rio de Janeiro: Agir, 1956.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses.** 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Tutela dos interesses difusos e coletivos.** 4. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

MELLO DE, Celso Antonio Bandeira. **Curso de direito administrativo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos.** São Paulo: Saraiva, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis.** Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MOREIRA, Alexandre Mussoi. **A transformação do estado: neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo.** 3. ed. Tradução Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2007.

_____. **O paradigma perdido: a natureza humana.** Tradução de Hermano Neves. Lisboa: Europa-América, 1973.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEGRI, Antonio. **O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade.** Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional.** 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

PADOVANI, Umberto; CASTAGNOLA, Luis. **História da filosofia: com o estudo “o problema da história da filosofia” do Prof. Artur Versiani Velloso.** 17. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1995.

PERELMAN, Chaim. **Ética e direito.** Tradução Maria Ernantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PÉREZ, José Luis Monereo. **Introducción al nuevo derecho del trabajo: una reflexión crítica sobre el derecho flexible del trabajo.** Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

_____. **La defensa del estado social de derecho: la teoría política de Hermann Heller.** España: El Viejo Topo, 2009.

_____. **Lógica de las normas.** Granada: Comares, 2000.

PLATÃO. **A república (ou a justiça)**. Tradução, textos complementares e notas Edson Bini. Bauru: Edipro, 2006.

PONTES DE MIRANDA. **A acção rescisória contra as sentenças**. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1934.

_____. **Tratado das ações**. Tomo I. São Paulo: RT, 1972.

PUCEIRO, Zuleta. O processo de globalização e a reforma do estado. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1996.

QUEIROZ, Cristina. **Direito constitucional: as instituições do estado democrático e constitucional**. São Paulo: RT, 2009.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do estado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

REPÚBLICA Popular da China. **Wikipédia: a enciclopédia livre**. Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/república_popular_da_china>. Acesso em 16 ago. 2009.

ROCHA, Cesar Asfor. **A luta pela efetividade da jurisdição**. São Paulo: RT, 2007.

ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do estado moderno? In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas**, São Paulo: Malheiros, 1996.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Apresentação de João Carlos Brum Torres; tradução Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2009.

SALDANHA, Nelson. **Estado de direito, liberdades e garantias: estudos de direito público e teoria política**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

_____. **O estado moderno e o constitucionalismo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

_____. **Pequeno dicionário de teoria do direito e filosofia política**. Porto Alegre, Fabris, 1987.

_____. **Sociologia do Direito**. São Paulo: RT, 1970.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1995.

SARAIVA, Renato. **Direito do trabalho: versão universitária**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Comentário contextual à constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. 5. ed. São Paulo: RT, 2009.

SILVA, Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 15. ed. Rio de Janeiro, 1999.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e racionalidade comunicativa**. Curitiba: Juruá, 2007.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Interesses difusos e coletivos: conceito de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ação civil pública, inquérito civil, estatuto da criança e do adolescente, consumidor, meio ambiente, improbidade administrativa**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SORJ, Bernardo. **A nova sociedade brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 5. Ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2010.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. Acesso à Justiça, proporcionalidade e a “pílula vermelha” entre racionalidade e hermenêutica. In: GOMES NETO, José Maria Wanderley (org.). **Dimensões do acesso à justiça**. Salvador: Jus Podivm, 2008.

_____. **Racionalidade das decisões judiciais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. Acesso a Justiça e crise do modelo processual brasileiro contemporâneo: superando os obstáculos à efetividade do processo trabalhista. In: GOMES NETO, José Maria Wanderley (org.). **Dimensões do acesso à justiça**. Salvador: Jus Podivm, 2008.

THE CORPORATION. Direção: Jennifer Abbott e Mark Achbar. Produção: Mark Achbar e Bart Simpson. Canadá: Big Pictures Media Corporation, 2003.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.) **Ativismo judicial e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **Poder judiciário e sentença arbitral**. Curitiba: Juruá, 2002.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Tradução Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VIERIA, José Ribas. **Teoria do estado:** A regulação jurídica. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1995.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo.** São Paulo: Noeses, 2005.

_____. **Causalidade e relação no direito.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Escritos jurídicos e filosóficos.** v. 1 São Paulo: Axis Mundi IBET, 2003.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvin. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória.** 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário:** crise, acertos e desacertos. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: RT, 2005.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro:** parte geral. v. 1. 6. ed. São Paulo: RT, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil:** do processo de execução, arts 566 a 645. v. 8. São Paulo: RT, 2003

_____. **Processo coletivo:** tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.

ZENNI, Alessandro Severino Vallér. **A crise do direito liberal na pós-modernidade.** Porto Alegre: Fabris, 2006.