



**UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR**  
**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO**  
**MESTRADO EM POLÍTICAS SOCIAIS E CIDADANIA**

**FREDERICO JOSE ANDRADE DE MACEDO PINHO**

**ACESSO À JUSTIÇA, ESTADO E CIDADANIA:  
PARA ALÉM DE UM PARADIGMA NORMATIVISTA**

**Salvador  
2017**

**FREDERICO JOSE ANDRADE DE MACEDO PINHO**

**ACESSO À JUSTIÇA, ESTADO E CIDADANIA:  
PARA ALÉM DE UM PARADIGMA NORMATIVISTA**

Dissertação apresentada ao Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania da Universidade Católica do Salvador, como requisito parcial para obtenção do Grau de Mestre.

Orientador: Professor Doutor Antônio Adonias Aguiar Bastos

**Salvador  
2017**

UCSal. Sistema de Bibliotecas.

P654 Pinho, Frederico Jose Andrade de Macedo.

Acesso à Justiça, Estado e Cidadania: para além de um paradigma normativista/ Frederico José Andrade de Macedo Pinho. – Salvador, 2017.

127 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica do Salvador.  
Superintendência de Pesquisa e Pós-Graduação. Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania.

Orientação: Prof. Dr. Antônio Adonias Aguiar Bastos.

1. Acesso à justiça 2. Estado 3. Cidadania 4. Política 5. Democracia  
I. Título. .

CDU 342.71:321.7

**TERMO DE APROVAÇÃO**


**FREDERICO JOSÉ ANDRADE DE MACEDO PINHO**

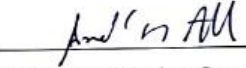
**“ACESSO À JUSTIÇA, ESTADO E CIDADANIA: PARA ALÉM DE UM  
PARADIGMA NORMATIVISTA”.**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Políticas  
Sociais e Cidadania da Universidade Católica do Salvador.

Salvador, 21 de fevereiro de 2017.

Banca Examinadora:

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Antônio Adonias Aguiar Bastos – Orientador/UCSal

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. André Alves Portella - UCSal

  
\_\_\_\_\_  
Profa. Dra. Maria Elisa Villas-Bôas – UFBA - ~~UNEB~~

## DEDICATÓRIA

Este trabalho é dedicado aos meus pais, Antônio e Eliene, pelos ensinamentos da vida e que superam as lições acadêmicas, e por me fazerem enxergar que, alegre ou triste, o nosso destino deve ser a vida, a felicidade.

## AGRADECIMENTOS

José Saramago escreveu, no seu livro o ensaio sobre a cegueira, “se podes olhar, vê. Se podes ver, repara”.

Entre o início e término do mestrado, puder olhar, ver e reparar que algumas pessoas, de uma forma mais ou menos intensa, foram importantes nesta trajetória e por isso sou extremamente grato.

Primeiramente agradeço a Deus, por permitir que a minha caminhada, até este momento, tenho sido tranquila, como um barco que navega em águas calmas.

Fica registrado um agradecimento especial ao meu orientador, Professor Antônio Adonias, pelo fato de me aceitar como orientando e também por todo acompanhamento e diálogo durante o curso. Do mesmo modo, agradeço especialmente ao Professor Antônio Carlos da Silva, por sua atenção e estímulo acadêmico, bem como à exigente banca examinadora, composta pelos professores, André Portella e Maria Elisa Vilas-Boas pelas observações, críticas e elogios.

Agradeço, também, aos meus amigos da Unijorge pela sempre agradável companhia e aos meus amigos do mestrado, especificamente a um grupo muito especial, formado por Bruno Coelho, Diogo Dantas e Djalma Silva.

Ao meu amigo e exemplo de Professor, Ricardo Malfati, que foi meu orientador na graduação e especialização, e que sempre me incentivou na carreira acadêmica. Sou muito grato também aos meus grandes amigos, Archimedes Pedreira Franco e Marcelo Travassos pelo incentivo e constante apoio.

Por fim, um agradecimento mais do que especial aos meus pais, Antônio e Eliene e a minha irmã Francine, pelo estímulo constante, apoio em todas as facetas da vida e, de um modo maior, por sempre estarem ao meu lado nos momentos de tristeza e felicidade.

À Polly, por olhar e andar comigo na mesma direção, de mãos dadas, e assim fazer a caminhada da vida mais bela.

Para as coisas importantes, nunca é tarde demais, ou no meu caso, muito cedo, para sermos quem queremos. Não há um limite de tempo, comece quando quiser. Você pode mudar ou não. Não há regras. Podemos fazer o melhor ou o pior. Espero que você faça o melhor. Espero que veja as coisas que a assustam. Espero que sinta coisas que nunca sentiu antes. Espero que conheça pessoas com diferentes opiniões. Espero que viva uma vida da qual se orgulhe. Se você achar que não tem, espero que tenha a força para começar novamente.

O Curioso Caso de Benjamin Button

Pinho, Frederico Jose Andrade de Macedo. **Acesso à Justiça, Estado e Cidadania: para além de um paradigma normativista**. 127 f. Dissertação (Mestrado) - em Políticas Sociais e Cidadania. Universidade Católica do Salvador – UCSAL, 2017.

## RESUMO

As pesquisas e trabalhos sobre o acesso à justiça, ao longo dos tempos, têm-se concentrado, primordialmente, no plano da ampliação dos direitos ou da efetivação do direito posto, isto é, a atenção dispensada pela doutrina em relação a evolução e concepção do acesso à justiça se concentra, em muitos aspectos, na esfera normativa. Este quadro é pautado na seguinte lógica: os direitos positivados não são aplicados no plano social, principalmente pela ineficiência dos poderes constituídos, com especial destaque para o Poder Executivo e Poder Legislativo, o que faz gerar uma alta demanda para o Poder Judiciário em busca da concretização destes direitos. A linha de raciocínio aqui adotada parte de premissas teóricas totalmente distintas do que aquelas usualmente utilizadas para o estudo do acesso à justiça. Defende-se que a plena realização do acesso à justiça está na dinâmica das relações sociais. A noção de cidadania está imbricada com a participação política e com os movimentos sociais para a conquista de direitos. Não existe possibilidade de mudanças efetivas e, em larga escala, no que tange especificamente ao acesso à justiça, se não houver mobilização popular, conscientização do povo em relação aos conflitos e dificuldades que devem ser vencidas. É preciso entender que a busca pela implementação e efetivação dos direitos, em uma ampla dimensão, passa por uma cultura política ativa das bases sociais e não pela via exclusiva dos poderes constituídos. A cidadania e a emancipação social devem ser buscadas e conquistadas na base das relações sociais, de modo que ela, a cidadania, não pode ser terceirizada pelo Poder Judiciário, pois este fenômeno acarretará reflexos na democracia.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Estado – Cidadania. – Política – Democracia.



Pinho, Frederico Jose Andrade de Macedo. **Access to Justice, State and Citizenship: beyond a normativist paradigm.** 127 f. Dissertation (Master degree) - in Social Policies and Citizenship. Catholic University of Salvador - UCSAL, 2017

## **ABSTRACT**

The researches and the studies about access to justice - through the time – have been concentrated, priority, in the law ampliation plan or the positive law effectiveness, it means, the attention dispensed by the doctrine about the access to justice conception and evolution, is focused, in many aspects, on the normative area. This situation is lined in the following logic: the positive law are not applied in the social plan – mainly because the inefficiency of the constituted powers, with special featured to the executive and legislative power -, what makes creating a high demand to the judicial power in the intention to concretization of this rights. The reasoning line adopted star to the theoretical premises totally different from that ones usually used for the access to justice studies. It have deffended that the full accomplishment of the access to justice is into the dynamics of social relations. The notion of citizenship is imbricated with the politic participation and with social movements for the conquest of rights. There is no possibility of effective changes and, in large scale, what refers specifically to the access to justice, if does not exist popular mobilization, awareness of the people in relation to the conflicts and difficulties that must be overdue. It-s necessary to understand that the research for the implementation aod effectiveness of rights, in a large dimension, demand a political culture active of the social bases and not from the exclusive way of the constituted powers. The citizenship and the social emancipation must be request and conquered in the base of the social relations, in the inttention that the citizenship can not be outsourced by the Judicial Power because this phenomenon will bring reflexes into the democracy.

Keywords: Access to justice. State - Citizenship. Political - Democracy.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>CONSIDERAÇÕES INICIAIS</b> .....	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>A CRISE DO ESTADO E DO CAPITAL</b> .....	<b>15</b>
2.1	O CAPITALISMO COMO PROCESSO TOTALIZADOR E IRRESISTÍVEL DAS RELAÇÕES SOCIAIS .....	16
2.2	A EXPROPRIAÇÃO E APROPRIAÇÃO DO TRABALHO EXCEDENTE E A CRISE DO ESTADO .....	17
<b>3</b>	<b>(RE)DISCUTINDO AS FUNÇÕES DO ESTADO: ESTADO, CAPITALISMO, FORMA POLÍTICA E SOCIEDADE</b> .....	<b>24</b>
3.1	A AUTONOMIA RELATIVA DO ESTADO, O DECLÍNIO DO ESTADO NACIONAL E O PROCESSO DE JURIDIFICAÇÃO DO ESTADO .....	34
<b>4</b>	<b>CIDADANIA E DEMOCRACIA</b> .....	<b>49</b>
4.1	A CIDADANIA EMANCIPATÓRIA (INSURGENTE) E A DEMOCRACIA .....	50
<b>5 A</b>	<b>DIMENSÃO JURÍDICA DO ACESSO À JUSTIÇA NAS CONCEPÇÕES DO ESTADO DE DIREITO E DO ESTADO CONSTITUCIONAL E O SENSO COMUM TEÓRICO</b> .....	<b>63</b>
5.1	O ACESSO À JUSTIÇA E O SEU ENQUADRAMENTO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL .....	69
5.2	UMA DISCUSSÃO SOBRE O ÂMBITO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O ACESSO À JUSTIÇA .....	75
5.3	O ACESSO À JUSTIÇA, DIREITOS SOCIAIS E A RESERVA DO POSSÍVEL ..	86
5.4	UM DEBATE NECESSÁRIO SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL .....	90
5.5	O ACESSO À JUSTIÇA E A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS .....	95
<b>6</b>	<b>A DIMENSÃO POLÍTICA E SOCIAL DO ACESSO À JUSTIÇA: A NECESSIDADE DE CONSTRUÇÃO DE UMA POLÍTICA ATIVA NAS ESTRUTURAS SOCIAIS PARA UM EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA</b> .....	<b>102</b>
<b>7</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>118</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>121</b>

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O acesso à justiça é, certamente, um dos temas mais estudados no direito, especialmente no âmbito do direito constitucional e do direito processual. Em virtude do seu alto significado *constitucional* e social, as pesquisas desenvolvidas – embora não limitem o seu sentido e alcance ao ingresso aos tribunais – quase sempre detêm a sua análise na busca de efetividade dos direitos consagrados no plano constitucional e infraconstitucional, seja na criação de mais direitos, seja no aperfeiçoamento de técnicas processuais, nas formas alternativas de resolução dos conflitos ou no aparelhamento das funções essenciais à justiça, entre outras coisas. Ou seja, invariavelmente, o objeto de análise concentra-se no plano do direito posto, seja na constituição ou na legislação infraconstitucional, bem como na busca de formas não jurisdicionais para solução dos conflitos.<sup>1</sup>

São estas características que refletem seu valor no Estado contemporâneo, de acordo com uma proposta jurídica. Nesta ordem de ideias, um dos fatores de desenvolvimento do acesso à justiça, nesta perspectiva, deve-se, sobretudo, pela mudança de entendimento promovida pelo constitucionalismo. A Constituição passa a ser dirigente, documento vinculante em relação a todos os poderes constituídos e não somente um diploma de mera exortação política. Essa noção causou fortes impactos no tema do acesso à justiça.

Um fenômeno que pode ser constatado, de acordo com a afirmação descrita, refere-se ao aumento da judicialização da política ou ativismo judiciário, tema controverso e que tem raízes fincadas no acesso à justiça.

A crescente onda de litigiosidade, muito impulsionada pela falta de justiça social e pela distribuição desigual de direitos básicos, deixando escancarada uma situação de contradição social, termina por impactar no Judiciário que, certamente, será demandado para se pronunciar sobre a falta de aplicabilidade das normas constitucionais.

---

<sup>1</sup>Na doutrina brasileira, percebe-se o aumento de trabalhos doutrinários que se debruçam sobre a mediação e conciliação. Conferir, CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 25-112.

Pode-se constatar, numa análise inicial e sumária, que este quadro gera um ciclo vicioso. Os órgãos de diretrizes políticas não cumprem as proclamações previstas no ordenamento jurídico e o judiciário é provocado para concretizar, mediante um processo jurisdicional, os direitos básicos previstos no ordenamento jurídico. É como se todas as mazelas sociais fossem desaguar na esfera do Judiciário e os problemas sociais, então, pudessem ser resolvidos ou atenuados sensivelmente.

Daí, então, percebe-se uma vertiginosa onda de litigiosidade que brota constantemente do tecido social. Esta litigiosidade exarcebada, por sua vez, não é fruto de um determinismo ou de um evento de caráter singular, mas acontece em decorrência de um processo histórico que se encontra estruturalmente ligado ao sistema capitalista que rege a sociedade. Trata-se, pois, de uma crise estrutural.

No quadro traçado pela doutrina tradicional, o Estado aparece como provedor de direitos, principalmente de direitos sociais. Em virtude da impossibilidade dos direitos e das políticas públicas abarcarem, igualmente, todos os setores da sociedade, o protagonismo do acesso à justiça e da efetivação dos direitos passa a ser deslocado para o Judiciário e a aposta para a sua efetivação concentra-se, em muitos aspectos, na busca ou criação de instrumentos para efetivar as suas decisões, bem como no melhoramento da justiça.

É necessário, contudo, redimensionar o estudo e desenvolvimento do acesso à justiça. Os estudos do acesso à justiça devem estar, inexoravelmente, pautados em critérios de justiça social, voltados à percepção das desigualdades.

E não é só: é elementar compreender que as raízes e as causas constituintes da desigualdade e exploração derivam da forma de reprodução social, que é ordenada por um sistema capitalista e que, também, é totalizador e desigual.

Neste aspecto, como será demonstrado, o Estado através de suas instituições políticas e jurídicas funciona como um terceiro garantidor deste sistema complexo. Explica-se: o Estado, no âmbito das sociedades capitalistas, aparece como um ente separado da sociedade e das classes sociais. A dinâmica das relações sociais é pautada sob a forma de valor, expressada no dinheiro e sob a forma política, expressada na existência de um Estado separado da sociedade. Nesta ordem de ideias, os institutos jurídicos funcionam, ainda que de modo não exclusivo, como forma de legitimar a dinâmica capitalista e as formas sociais. Eis a tese deste trabalho.

É preciso compreender, a toda evidência, que o desenvolvimento real que não se confunde com o crescimento econômico, é elemento que se encontra indissociável do conceito de acesso à justiça.

A pesquisa desenvolvida se distancia da concepção predominante do acesso à justiça, sobretudo, por dois fundamentos básicos. Em primeiro lugar, parte-se da premissa de que o Estado não é uma coisa ou um ente racional, mas sim um complexo de relações sociais, ou seja, o Estado surge como entidade separada das classes sociais, mas que reflete em sua conjuntura relações de domínio, de desigualdade e exploração, por isso, o Estado não pode ser compreendido de forma direta.

A ideia de Estado como pessoa jurídica de direito público, dotado de soberania e de uma Constituição, além de outros elementos, é uma ideia de predominância jurídica e que, aqui, será objeto de crítica por ser insuficiente para explicar a atuação do Estado na sociedade e com o acesso à justiça.

As instituições estatais e o processo político refletem esse quadro de luta e desigualdade existente no tecido social e, desse modo, pode-se afirmar que, por si só, o Estado não tem peso fundamental para modificar a realidade através do seu aparato jurídico e governamental.

O Estado não é o ente que vem para contrapor o modo de produção capitalista, mas sim uma instância corretiva e de administração do sistema de exploração, sistema este que será a principal causa das desigualdades sociais e da situação de escassez.

Na realidade mais profunda, a sociedade capitalista é permeada pelo conflito e contradição, fruto da exploração inerente ao sistema. A rigor, modifica-se a forma de governo, mas não se muda a natureza do Estado. É necessário compreender o Estado dentro das relações sociais, através das suas estruturas e funções atuais. Esta reflexão deve ser um componente obrigatório no tema do acesso à justiça.

O senso comum teórico que permeia o imaginário de muitos estudiosos sobre o acesso à justiça, é que o Estado tem por função promover o bem comum e dar conta de uma totalidade social e quando as prescrições legais não atingem as camadas mais desfavorecidas da sociedade, pelos mais diversos motivos, o próprio Estado concede

um arcabouço jurídico para os cidadãos para o alcance de determinados direitos, contudo, ao mesmo tempo, não opera de modo universal esse mesmo arcabouço.

Nestes termos, torna-se um problema insolúvel pensar que o Estado, através do ordenamento jurídico e das políticas públicas, efetivará os direitos proclamados na Constituição Federal e quando não concretizados, o próprio Estado – por meio do Poder Judiciário – promoverá a transformação social tão almejada. Trata-se, efetivamente, de um quadro complexo.

Como segundo fundamento, a ideia de acesso à justiça deve estar inexoravelmente ligada à ideia de justiça social, de forma que o direito funciona como um componente vital para a preservação das conquistas obtidas. A justiça social deve ser entendida como uma sociedade pautada num ambiente de liberdade, de emancipação das pessoas, onde nenhuma seja tratada como cliente ou consumidora, mas sim como sujeitos capazes de decidir sobre aquilo que realmente necessitam. Deste modo, haveria uma transformação radical na relação entre indivíduo e sociedade, e a ideia de consumo coletivo e produção coletiva obedeceria a uma nova diretriz.

Em outros termos, deve-se ampliar substancialmente as formas de vida, de modo a não deixar as formas de interação social adstritas a forma mercantil. Deve-se construir novos paradigmas de serviços essenciais às pessoas, como saúde, educação, lazer, transporte público, moradia, entre outros. Para a finalidade aqui proposta, o acesso à justiça deve ser estudado na perspectiva das bases sociais através da promoção de uma cultura política ativa, ou seja, a conquista de uma sociedade mais igualitária deve passar por uma reformulação radical das relações sociais, sendo que a cidadania emancipatória passa a ser vista como um componente importante do conceito de acesso à justiça. Esse aspecto tem especial relevância.

O exercício da cidadania desempenha um fator de promoção para o estabelecimento pleno do acesso à justiça. São conceitos que se encontram, à toda evidência, imbricados na proposta defendida nesta pesquisa. Destaca-se que o Judiciário não deve funcionar como um elemento substitutivo do cidadão na luta por uma melhor condição de vida. Essa luta se faz através de movimentos sociais e na modificação das relações sociais pautadas em um sistema de exploração.

O Judiciário, em tema de acesso à justiça, desempenha ou deve desempenhar a importante função de preservar as conquistas obtidas num cenário

social e político adequado para a concretização do direito posto. O acesso à justiça, apto a propiciar uma justiça social, não ocorrerá através da modificação dos arranjos institucionais (de caráter jurídico), mas sim através da ruptura das relações sociais, com uma cidadania plena.

## 2 A CRISE DO ESTADO E DO CAPITAL

O capital está permeado como elemento totalizador no âmbito da dinâmica das relações sociais e, como será demonstrado mais adiante, também na esfera política.

Interessante é a passagem no preâmbulo do livro *O Enigma do Capital* de David Harvey, onde o geógrafo americano aponta que:

O capital é o sangue que flui através do corpo político de todas as sociedades que chamamos de capitalistas, espalhando-se, às vezes como um filete e outras vezes como uma inundação, em cada canto e recanto do mundo habitado. É graças a esse fluxo que nós, que vivemos no capitalismo, adquirimos nosso pão de cada dia, assim como nossas casas, carros, telefones celulares, camisas, sapatos e todos os outros bens necessários para garantir nossa vida no dia a dia.<sup>2</sup>

O Estado passou a assumir o controle sobre todas ou quase todas as facetas da vida social e este Estado, portanto, atua por meios das suas instituições e órgãos que reflete os estágios de acumulação do capital e da dinâmica social.

No capitalismo, invariavelmente, o Estado é interventor e sua forma política é capitalista, pois os meios de financiamento das ações sociais e para custeio da máquina pública são retirados do processo capitalista de produção e de valorização e, por conseguinte, como o processo de acumulação do capital encontra-se propenso a crises e colapsos, em decorrência de alguma paralisação deste fluxo de circulação do dinheiro, o Estado, também, entra em crise.

Deste modo, como ente estatal surge como um reflexo e uma condensação das relações sociais contraditórias, que são estruturadas na desigualdade, esta conjuntura acarreta sempre novas crises institucionais e, do mesmo modo, propicia novos arranjos no sistema jurídico e político. Nestes termos, a crise do capital enseja no tempo e no espaço uma modificação e uma intervenção do Estado como forma de manutenção do sistema.

Estas ideias serão desenvolvidas nos itens e capítulos a seguir.

---

<sup>2</sup>HARVEY, David. *O enigma do capital e as crises do capitalismo*. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 7.



## 2.1 O CAPITALISMO COMO PROCESSO TOTALIZADOR E IRRESISTÍVEL DAS RELAÇÕES SOCIAIS

O capital, como destacado por David Harvey, não é um bem que possa ser apreendido pelos nossos sentidos, não é uma coisa, mas um processo em que o dinheiro entra em uma dinâmica constante de circulação objetivando a busca de mais dinheiro. Os capitalistas, então, os protagonistas desse processo de circulação do dinheiro, assumem identidades diferentes e estratégias distintas.<sup>3</sup>

Sendo o capital um processo de acumulação constante, ainda de acordo com o pensamento de David Harvey, nunca resolve suas tendências às crises, mas as contorna de uma parte do mundo para outra e de um tipo de problema para outro.<sup>4</sup>

O capital aparece no curso da história como uma forma de controle social, uma espécie de dominação sem sujeito, onde todos ou quase todos os aspectos da vida e das formas de interação social sofrem um processo de mercantilização.

A forma-mercadoria passa a reger os laços sociais e de realização de direitos e políticas públicas. Com efeito, torna-se impossível realizar justiça social ou uma distribuição igualitária dos direitos, através da lógica fundada no sistema capitalista. O processo capitalista encontra-se enraizado na estrutura social, subordinando todos os aspectos da vida à sua lógica de exploração e acumulação.

Esta constatação, por conseguinte, ocasionará profundos reflexos naquilo que se entende por acesso à justiça. Um acesso à justiça entendido como justiça social, numa perspectiva de igualdade substantiva, não poderá ser alcançado, como será demonstrado adiante, através da forma jurídica.

Não há como dissociar a crise do Estado e o aumento de demanda por acesso à justiça, pois existe uma relação de causa e efeito. Ou seja, quanto mais se agrava a crise do Estado mais o Judiciário é provocado para resolver todas as mazelas sociais. Daí, então, procura-se criar mecanismos de resolução dos conflitos e de ampliação de acesso à justiça.

---

<sup>3</sup>HARVEY, David. *O enigma do capital e as crises do capitalismo* cit., p. 41.

<sup>4</sup>Idem, p. 212.

Trata-se, com efeito, de um ciclo vicioso e que envolve um paradoxo, pois as mazelas sociais tendem a aumentar com a crise do capital, por sua vez, a crise do capital que permeia e reflete no tecido social passa a reverberar no judiciário que se encontra obrigado e pressionado para dar respostas a questões que estão muito além do seu alcance.

Nestes termos, é imprescindível estudar a função do Estado contemporâneo no atual momento histórico e entender aquilo que se denomina por crise.

Com efeito, deve-se entender as instituições e os processos sociais e políticos como um reflexo de relações de domínio e de exploração. O Estado não deve ser explicado através de uma visão procedimental, de acordo com as normas jurídicas que o regula, ou seja, não se trata de ver o Estado como ele funciona ou como deve funcionar, mas sim de estudar qual o tipo de dinâmica social ele apresenta por meio das suas instituições e da forma política.

Para fins de entendimento da crise do capital, torna-se essencial verificar sua relação com o trabalho excedente, portanto, passa-se a tecer comentários a esse respeito.

## 2.2 A EXPROPRIAÇÃO E APROPRIAÇÃO DO TRABALHO EXCEDENTE E A CRISE DO ESTADO

É possível afirmar que a exploração do trabalho excedente constitui uma das bases materiais para o capital. A relação entre trabalho de um lado, e o capital de outro, não se faz sem um permanente quadro de tensão e contradição.

Este quadro de exploração do trabalho passou por transformações ao longo da História. Ou seja, a circulação do capital e as suas transformações têm uma relação direta e intrínseca com a exploração do trabalho. Neste contexto, assume especial relevo, para a perpetuação do sistema de exploração, a manutenção do trabalho excedente.

Destaca-se, contudo, que a forma de exploração do trabalho excedente apresentou formas distintas. Através de uma observação da fase inicial do liberalismo

e das formas de captação da mão de obra assalariada, percebe-se que é distinta a exploração do trabalho excedente no neoliberalismo.

Desta forma, o estudo do trabalho excedente deve ser feito a partir de uma análise histórica, ainda que breve, do liberalismo ao neoliberalismo e das formas pelas quais essas transformações ocorrem no tecido social, destacando, ainda, o papel do Estado nesse processo de exploração.

Na economia ainda não industrial, de natureza agrícola ou pastoril, o trabalho era tratado como necessidade vital, de modo que as pessoas exerciam o seu labor de acordo com o necessário para sobreviver. Todavia, com o processo de industrialização, o trabalho passou a ter uma outra conotação, o trabalho passou a figurar como uma mercadoria.

Ricardo Antunes, fazendo um estudo sobre o conceito de trabalho em Karl Marx, anota que, é pelo trabalho, no seu aspecto cotidiano, que o homem torna-se um ser social, apartando-se das outras formas não humanas. O trabalho deve refletir um momento fundante de realização do ser social, instrumento de concretização da sua existência.<sup>5</sup>

Na dinâmica capitalista, contudo, o trabalho não é visto como forma de humanização do ser social, mas é degradado e alçado à condição de mercadoria.

A exclusão da massa das pessoas do acesso e controle dos meios de produção, libera a força de trabalho como uma mercadoria no mercado. A população, na sua grande maioria, é colocada a vender sua força de trabalho para sobreviver.<sup>6</sup>

A principal forma do capitalismo é a mercadoria. O que estrutura a lógica do mundo capitalista é a forma mercantil. Tudo ou quase tudo pode ser vendido e comprado. Nas demais organizações sociais predecessoras do capitalismo, o proprietário da terra mandava o escravo ou servo plantar para consumo próprio, assim o objeto tinha um valor de uso. No capitalismo, contudo, o capitalista manda plantar

---

<sup>5</sup>ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho? ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2008. p. 168-170. Em outro ponto, escreve o autor que: "A história da realização do ser social, muitos já o disseram, objetiva-se através da produção e reprodução da sua existência, ato social que se efetiva pelo trabalho. Este, por sua vez, desenvolve-se pelos laços de cooperação social existentes no processo de produção material. Em outras palavras, o ato de produção e reprodução da vida humana realiza-se pelo trabalho". Idem, p. 168.

<sup>6</sup>HARVEY, David. *O enigma do capital e as crises do capitalismo* cit., p. 55.

um determinado produto não para consumir ou pelo valor de uso, mas para vender no mercado visando a acumulação e o lucro. Tudo no capitalismo vira mercadoria, se mercantiliza. Nas sociedades capitalistas, a principal mercadoria é o trabalho.

Este ponto foi muito bem elucidado pelo Alysson Leandro Mascaro:

De tal modo, também o trabalho que está na base da produção das mercadorias é conectado a um circuito de trocas. Tais intercâmbios de mercadorias estabelecem uma igualdade entre coisas distintas. Trata-se da equivalência. Se os trabalhos que produzem as mercadorias distintas terminam por se equivaler na troca, eles se apresentam, então, como trabalho abstrato, que se generaliza e impessoaliza por conta da sua condição de mercadoria trocada por dinheiro. Assim, nesse circuito generalizado, não se especula sobre a qualidade intrínseca de cada trabalhador, de cada trabalho ou de cada coisa produzida ou trocada.<sup>7</sup>

Nesta ordem de ideias, a força de trabalho equivale-se a uma mercadoria, de modo que aquilo que deveria ser um processo de produção e reprodução do homem, como forma de sociabilidade, torna-se uma mercadoria na sociedade capitalista, um meio de sobrevivência. Dito de outro modo: o que deveria ser o objetivo básico do ser social, a sua realização através do trabalho, é deturpado e depauperado.<sup>8</sup>

David Harvey, no início da sua obra, “Para entender *O capital*”, traz o conceito de Marx acerca da superpopulação relativa. O autor se expressa da seguinte forma:

Por superpopulação “flutuante” ele entende as pessoas que estão proletarizadas, que já são trabalhadoras assalariadas de tempo integral ou que, são temporariamente dispensadas do trabalho por alguma razão sobrevivem de algum modo durante o período de desemprego, antes de serem reabsorvidas no emprego quando as condições para a acumulação melhoram. Em termos atuais, a superpopulação flutuante equivale mais ou menos ao conjunto de desempregados, tal como são quantificados nas estatísticas de desemprego, além daqueles classificados como subempregados nas estatísticas de desemprego.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup>MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 23. No mesmo sentido, Harry Braverman: “A produção capitalista exige intercâmbio de relações, mercadorias e dinheiro, mas sua diferença específica é a compra e venda de força de trabalho. Para esse fim, três condições básicas tornam-se generalizadas através de toda a sociedade. Em primeiro lugar, os trabalhadores são separados dos meios com os quais a produção é realizada, e só podem ter acesso a eles vendendo sua força de trabalho. Em segundo, os trabalhadores estão livres de constringências, tais como servidão ou escravidão, que os impeçam de dispor de sua força de trabalho. Em terceiro, o propósito do emprego pertencente ao empregador, que está assim atuando como um capitalista. O processo de trabalho começa, portanto, com um contrato ou acordo que estabelece as condições da venda da força de trabalho pelo trabalhador e sua compra pelo empregador”. BRAVERMAN, Harry. *Trabalho e capital monopolista: a degradação do trabalho no século XX*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1987. p. 55.

<sup>8</sup>ANTUNES, Ricardo. Op. cit., p. 171.

<sup>9</sup>HARVEY, David. *Para entender O capital*. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 267.

Por sua vez, dentro da atmosfera das informações trazidas pelo autor, a superpopulação latente é formada por pessoas que, ainda, não foram proletarizadas. Nestes termos, dentro da concepção de Karl Marx, esta população referia-se à população camponesa. Com a pulverização do sistema de subsistência camponês e a conseqüente proletarização do campo, houve uma grande quantidade de pessoas que passaram a sobreviver do trabalho assalariado.

Por último, informa David Harvey, que a terceira classe de trabalhadores são denominadas de superpopulação estagnada. Refere-se, pois, àquela parte da população empregada de maneira muito irregular e particularmente difícil de mobilizar. A camada mais baixa da superpopulação estagnante é composta por vagabundos, delinquentes e prostitutas.<sup>10</sup>

Em termos atuais, existe uma situação de desemprego e de quantidade de trabalho latente. Nesta ordem de ideias, se a política de bem-estar social for adequada e proveitosa para os trabalhadores, estes criam uma situação de desemprego quando não aceitam trabalhar por salários baixos.

Toda vez que é detectada a escassez de trabalho numa dada localidade, a mobilidade geográfica do capital ou do trabalho torna-se essencial para a regulação e estabilização dos mercados de trabalho locais.<sup>11</sup>

Com efeito, os capitalistas têm procurado, de forma constante, ao longo do tempo, criar uma gama de trabalhadores excedentes, através de formas distintas, como meio de expandir a acumulação do capital. Estas formas de criação e exploração do trabalho excedente pode se dar pelo aumento da utilização de mulheres e adolescentes no mercado de trabalho; inserção dos trabalhadores individuais em uma situação de concorrência em relação aos outros, gerando, assim, um constante estado de tensão de desemprego; a utilização de trabalhadores com múltiplas funções para a produção de mercadorias; a utilização de tecnologias que torna prescindível, em boa parte, o trabalho humano que é substituído pela máquina.

O capital utiliza de formas distintas para resolver os problemas ligados a escassez de trabalho. Mais uma vez, as reflexões de David Harvey são de vital

---

<sup>10</sup>Idem, p. 268.

<sup>11</sup>HARVEY, David. *O enigma do capital e as crises do capitalismo* cit., p. 57.

importância, pois demonstram que a tecnologia de economia do trabalho e as inovações organizacionais têm a capacidade de enviar as pessoas para fora do trabalho e de volta para o processo produtivo, de modo que o resultado é um exército flutuante de trabalhadores demitidos cuja existência pressiona aqueles que estão empregados, bem como é fator relevante para a diminuição dos salários. O capital, nestes termos, manipula simultaneamente a oferta e a demanda de trabalho.<sup>12</sup>

Vê-se, portanto, que a dinâmica do capital na exploração do trabalho excedente é entendida pela administração da oferta de trabalho como forma de criar e perpetuar um exército de reserva e, deste modo, manter salários baixos, em patamar insubsistente para uma vida digna, criando uma sensação de ameaça aos trabalhadores empregados com despedidas, além de dispersar a organização de trabalho e aumentar a intensidade de trabalho dos que continuam empregados.

O filósofo Húngaro, István Mészáros, forneceu uma importante contribuição sobre a relação contraditória entre a dinâmica do capital e a exploração do trabalho excedente:

Em relação ao passado histórico, o fator decisivo não foi a *forma* particular pela qual o trabalho excedente foi mais iniquamente expropriado, e apropriado para seu próprio benefício primordial, pelas classes dominantes. Sob o capitalismo, esse processo assumiu a forma de extração e conversão economicamente reguladas de trabalho excedente em mais-valor, e o imperativo correspondente, em última análise insustentável e letal, de sua acumulação sempre em expansão como autoimposição destrutiva do capital.<sup>13</sup>

Com efeito, o que importa para a manutenção no sistema de expropriação e dominação do trabalho excedente, é a substância em si, independente da forma.

Sobre este ponto, David Harvey chama a forma de acumulação do capital na década de 1980, de acumulação flexível. Transcreve-se um trecho do pensamento do autor de grande relevância:

O período de 1965 a 1973 tornou cada vez mais evidente a incapacidade do fordismo e do keynsianismo de conter as contradições inerentes ao capitalismo. Na superfície, essas dificuldades podem ser melhor apreendidas por uma palavra: rigidez. Havia problemas com a rigidez dos investimentos de capital fixo de larga escala e de longo prazo em sistemas de produção em

---

<sup>12</sup>Idem, p. 56.

<sup>13</sup>Mészáros, István. *A montanha que devemos conquistar*. São Paulo: Boitempo, 2015. p. 102.

massa que impediam muita flexibilidade de planejamento e presumiam crescimento estável em mercados de consumo invariantes.<sup>14</sup>

Sobre as condições de trabalho, na atmosfera do neoliberalismo, Bourdieu, ensina que precariedade encontra-se hoje por toda parte e se expressa por distintos modos. É um processo de exploração que sofre mutações para se adaptar de acordo com os seus anseios ao mercado de trabalho. Em termos específicos, o avanço do capitalismo através da política neoliberal tem gerado profundos reflexos no modo de exploração do trabalhador.

O grau de volatilidade e insegurança no emprego impedem os trabalhadores e os desempregados de vislumbrar um futuro em termos de estabilidade e a se mobilizarem, somando-se a possibilidade de deslocamento das empresas de um lugar para outro, em busca de melhores condições para o desenvolvimento das suas atividades empresariais em detrimento da exploração do trabalho.

Por certo, essa nova forma de dominar o mercado de trabalho é mais complexa e não encontra precedentes idênticos na história do capitalismo. Esta forma de dominação deixa os desempregados e trabalhadores em uma condição de extrema vulnerabilidade, obrigando-os a aquiescer a salários extremamente baixos

Demonstra o autor que:

A empresa flexível explora, de certa forma deliberadamente, uma situação de insegurança que ela contribui para reforçar: ela procura baixar os custos, mas também tornar possível essa baixa pondo o trabalhador em risco permanente de perder o seu trabalho. Todo o universo da produção, material e cultural, pública e privada, é assim arrebatado num vasto processo de precarização com a *desterritorialização* da empresa.<sup>15</sup>

A precariedade e o modo de exploração, principalmente no que tange a grande massa de trabalhadores excedentes, onde a sua força de trabalho se equivale a uma mercadoria, insere-se num modo de dominação peculiar, fundado na instituição de uma situação generalizada e permanente de insegurança, visando obrigar os trabalhadores à submissão, à aceitação da exploração. Com o advento das novas

---

<sup>14</sup>HARVEY, David. *A condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural* cit., p.135.

<sup>15</sup>BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 122.

tecnologias e a mobilidade geográfica do capitalismo, pode-se afirmar que a dominação, na atual quadra da história, é absolutamente sem precedentes.<sup>16</sup>

Há, realmente, um aspecto de extrema relevância. A forma de extração e acumulação do trabalho excedente se concretiza no tecido social de maneiras distintas. Neste processo de expansão e acumulação, o capital ocasiona uma alienação dos integrantes deste ciclo, subvertendo o trabalho como forma de integração social.

Esta relação entre capital e trabalho e a sua degradação foi descrita com eloquência por István Mészáros:

O sistema do capital se baseia na alienação do controle dos produtores. Neste processo de alienação, o capital degrada o trabalho, sujeito real da reprodução social, à condição de objetividade reificada – mero “fator material de produção” – e com isso derruba, não somente na teoria, mas na prática social palpável, o verdadeiro relacionamento entre sujeito e objeto. Para o capital, entretanto, o problema é que o “fator material de produção” não pode deixar de ser o sujeito real da produção.<sup>17</sup>

Como a degradação e expropriação do trabalho é a base para a circulação do capital, o Estado, não obstante seu grande aparato e força, não consegue acabar com a exploração, pois não possui, por si só, peso fundamental. Deste modo, a unidade de ação e decisão política do Estado não tem capacidade de penetrar e modificar radicalmente a base socioeconômica do capital. Sua atuação é limitada, apenas, à concretização de políticas de natureza corretiva, ora promovendo mais direitos, ora elaborando políticas públicas como forma de atenuar o quadro de exploração. Ou seja, sua função é administrar o quadro de exploração, numa tentativa de manter estável este quadro de contradição entre capital e trabalho.

---

<sup>16</sup>Idem, p. 124-125.

<sup>17</sup>Mészáros, István. *Para além do capital: rumo a uma teoria de transição*. São Paulo: Boitempo, 2002. p. 126.



### **3 (RE)DISCUTINDO AS FUNÇÕES DO ESTADO: ESTADO, CAPITALISMO, FORMA POLÍTICA E SOCIEDADE**

Para se alcançar os objetivos deste estudo, torna-se imprescindível estudar o que é o Estado e as suas funções. A compreensão do acesso à justiça, tendo a cidadania como elemento inexorável do seu conteúdo, passa, obrigatoriamente, por uma análise crítica da ideia do Estado e das suas funções perante à sociedade. Afinal, o que é o Estado e qual a sua real função? Ou seja, é essencial um estudo para além da dogmática tradicional.

O Estado deve ser analisado e compreendido através da realidade social, que é a sua base, e não a partir do direito que o constitui. Para cumprir este intento e também como forma de tornar o debate amplo e verticalizado, será feita uma exposição por aquilo que, tradicionalmente, se escreve sobre o Estado e depois será feita uma análise crítica.

Quando nasceu o Estado? Noberto Bobbio demonstra que o marco temporal sobre a constituição do Estado é tema controvertido. A variação de entendimento encontra-se adstrita aos parâmetros históricos adotados. Para alguns historiadores o nascimento do Estado é identificado com o início da era moderna, um fenômeno novo, portanto. Para outros, o Estado seria representado como um fenômeno histórico, um ponto de passagem (transformação) da era primitiva para a era da razão, onde o estado da natureza precede o estado civil.<sup>18</sup>

Outra parcela dos estudiosos considera como marco inicial do Estado moderno a celebração da intitulada paz de Westfália, que foi concretizada nos Tratados de Münster e Osnabrück, em 1648. Esses tratados colocam fim à guerra dos trinta anos que foi iniciada através de um conflito religioso entre Alemanha e a Boêmia e, posteriormente, passou a envolver a Dinamarca, Noruega, Suécia, França e Espanha.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup>BOBBIO, Noberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. 7. ed. São Paulo: Paz e terra, 1999. p. 73-76.

<sup>19</sup>BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 50.

O conceito de Estado, à luz da história, foi elaborado a partir da correlação entre Estado e direito, e dos elementos constitutivos que se referem a soberania, povo e território.

O publicista José Afonso da Silva, agregando um quarto elemento, demonstra que o Estado é uma ordenação que tem por objetivo específico e essencial a regulamentação das relações sociais de forma global entre os membros de uma determinada população sobre um território.<sup>20</sup>

Trata-se, a rigor, de um conceito jurídico. Como expressa o jurista citado, a ordenação reflete o poder soberano e institucionalizado do Estado.<sup>21</sup>No conceito fornecido, destacam-se quatro elementos que integram o Estado: poder soberano, povo, território e finalidades.

No que tange à forma de Estado, o Brasil adotou o federalismo. Esta forma de Estado tem raízes fincadas na Constituição norte-americana de 1787 e surgiu como uma necessidade de um governo mais eficiente em um território de grandes dimensões. A soberania, no federalismo, é atributo do Estado Federal, enquanto os Estados-membros são dotados de autonomia, entendida esta como capacidade de autodeterminação no âmbito de suas competências delimitadas pelo poder soberano.<sup>22</sup>

O governo, por sua vez, não se confunde com o Estado. Aquele no âmbito da ciência política é entendido como conjunto de pessoas e órgãos que exercem o poder político na sociedade. É função do governo, como destacado no conceito de Estado, estabelecer as diretrizes políticas de acordo com as finalidades da sociedade. Mas quais são essas finalidades? Como entender essa soberania e autonomia frente a uma sociedade capitalista? E quais as dificuldades para a promoção de uma justiça social? Eis as questões que devem ser enfrentadas.

---

<sup>20</sup>SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 97.

<sup>21</sup>Idem, p. 98. Destaca-se, ainda, o conceito de soberania como um poder supremo: “poder de autodeterminação plena, não condicionado a nenhum outro poder, externo ou interno”. MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 780. Em uma perspectiva distinta, Bobbio descreve que existem três formas de poder: o poder econômico, ideológico e o poder político que possui como força, uma sanção institucionalizada. BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 82-88.

<sup>22</sup>MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 780.

A forma política do Estado moderno não encontra precedentes na história. Nas sociedades pré-capitalistas, o poder político e o poder econômico encontravam-se unidos pelos senhores feudais ou senhores de escravos. Não havia uma divisão entre aqueles que dominavam politicamente e aqueles que detinham o poder econômico. Nestes termos, o domínio social era exercido de uma forma direta.

A dominação política e a dominação econômica estavam juntas, e a partir do capitalismo o aparelho de domínio político é formalmente separado das classes economicamente dominantes, ou seja, somente é possível falar em Estado como algo distinto de outras formas de dominação política.

Este ponto é adequadamente descrito por Evgeni Bronislávovich Pachukanis:<sup>23</sup>

Por que o domínio de classe não permanece tal como ele é, ou seja, a sujeição real de uma parte da população por outra? Por que ele assume a forma de uma dominação estatal oficial ou – o que quer dizer a mesma coisa –, por que o aparelho de coerção estatal não é criado como um aparelho privado da classe dominante, mas, pelo contrário, se separa desta e assume a forma de um aparelho impessoal de poder público, saído da sociedade.

Na forma de sociabilidade capitalista, as relações apenas podem ser formadas quando a força de coerção física é segregada de todas as classes sociais, inclusive das classes dominantes.

Percebe-se, portanto, que no Estado moderno as relações são mais complexas. Destaca-se, nestes termos, que “o Estado é a forma política do capitalismo”<sup>24</sup>. Não é possível separar a sociedade capitalista das funções e diretrizes do Estado. São elementos distintos, mas que se encontram fundidos. No capitalismo aqueles que dominam politicamente não detêm o domínio econômico. Abre-se, pois, uma separação entre aqueles que exercem o poder político e aqueles que possuem o poder econômico. O Estado aparece como uma instância necessária para a reprodução capitalista.

Nas palavras de Helena Hirata:

É o Estado enquanto síntese da sociedade civil, do sistema das necessidades, cuja análise é imprescindível para se chegar à categoria de Estado (...). O Estado não é, entretanto, um instrumento

---

<sup>23</sup>PACHUKANIS, Evgeni Bronislávovich. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Acadêmica, 1988. p. 119.

<sup>24</sup>MASCARO, Alysson Leandro. Op. cit., p. 63.

para se chegar a estes objetivos: não é o meio para fazer progredir a base econômica, mas é constituinte das relações sociais, do movimento do capital no seu conjunto, como parte e momento da reprodução do capital. O Estado não pode ser pensado ao lado e acima da economia: enquanto submetido à lei do valor, o Estado capitalista é determinado, não mecanicamente, pela dinâmica da acumulação entre os produtores e os meios de produção, reproduz em suma as relações sociais ajudado nisso pelas instituições burguesas (família nuclear, escola, etc.).<sup>25</sup>

O círculo de ação e decisão política do Estado se faz através da luta de classes e de relações permeadas por contradições e que têm na história as premissas necessárias para a construção do Estado moderno.

Encontram-se fundidos, em uma só realidade, Estado e capitalismo. Esta relação ocorre de forma complexa. Com efeito, nesta simbiose, o poder econômico penetra no político e, por sua vez, a forma política estatal é estruturada e condicionada pela reprodução econômica capitalista.

A forma política e a forma jurídica estatal aparecem como meios imprescindíveis para a manutenção do sistema capitalista. O político, nestes termos, aparece diretamente adstrito numa relação de constante tensão e contradição, ora devendo manter o processo de circulação do capital, ora devendo atender às necessidades da sociedade desigual. Este aspecto pode ser visto, inclusive, em decisões judiciais, como será demonstrado.

O Estado é um derivado inexorável da reprodução capitalista e, por sua vez, essas relações ensejam a sua constituição ou a sua formação.<sup>26</sup>

A relação entre Estado e capitalismo é estrutural. A dinâmica das relações sociais pautadas na lógica da valorização do valor e consubstanciada na formamercadoria reclama, para o seu desenvolvimento na sociedade, de uma forma política apartada daqueles que dominam economicamente.<sup>27</sup> Nesta ordem de ideias, o Estado é um aparato garantidor da manutenção do sistema capitalista.

---

<sup>25</sup>HIRATA, Helena. O Estado como abstração real?. *Estudos Cebrap*. São Paulo, Cebrap, n. 26, 1980. p. 161.

<sup>26</sup>MASCARO, Alysson Leandro. Op. cit., p. 19.

<sup>27</sup>Pela importância e eloquência, destaca-se parte do pensamento de Debord sobre a questão do espetáculo da mercadoria: "O espetáculo é o momento em que a mercadoria *ocupou totalmente* a vida social. Não apenas a relação com a mercadoria é visível, mas não consegue ver nada além dela: o mundo que se vê é o seu mundo. A produção econômica moderna espalha, extensa e intensivamente, sua ditadura". DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. p. 30.

O Estado não é apenas e tão somente um aparelho repressivo, dotado de uma sanção institucionalizada, pois nela também está representada a forma política da sociedade capitalista. Nestes termos, o Estado não é a expressão de uma vontade geral ou de um sujeito específico e, tampouco, um instrumento de domínio de uma classe por outra, mas a concretização de uma relação estrutural de classes e de exploração, de modo que sua atuação apenas poderá ser mantida enquanto esteja garantido o processo de reprodução econômica através de valorização do capital.

O Estado, com o seu aparato institucional, reflete a sociedade existente, ou seja, o Estado da sociedade que existe é capitalista por razões estruturais e não pelo fato de estar submetido a uma lei ou domínio específico de um sujeito. Portanto, o Estado funciona como um elemento necessário para o funcionamento da dinâmica do capital.

Nas precisas palavras de István Mészáros:

O Estado moderno altamente burocratizado com toda a complexidade do seu maquinário legal e político, surge da absoluta necessidade material da ordem sociometabólica do capital e depois, por sua vez – na forma de reciprocidade dialética – torna-se uma pré-condição essencial para a subsequente de todo o conjunto. Isso significa que o Estado se afirma como pré-requisito indispensável para o funcionamento permanente do sistema do capital, em seu microcosmo nas interações das unidades particulares de produção entre si, afetando intensamente tudo, desde os intercâmbios locais mais imediatos até os de nível mediato e abrangente.<sup>28</sup>

Vê-se, desse modo, que se existe uma relação imediata entre Estado e capitalismo, visto o ente estatal, dotado de um poder soberano, deve incluir todas as possibilidades dentro do espaço territorial em que este poder é exercido, assim o Estado não é o ente que impulsiona o modelo de produção capitalista, mas acontece justamente o inverso. O Estado não é centro de criação da dinâmica do capitalismo, porém, é instrumento sem o qual o capitalismo não conseguiria sobreviver nem por um dia.<sup>29</sup>

O Estado, por certo, não é entendido simplesmente, para a finalidade aqui proposta, como um ente repressivo e manipulado de uma classe em detrimento de outra. Ele, o Estado, atua como aparelho ideológico e parte integrante das relações de domínio que permeiam as relações sociais e a ação das pessoas.

---

<sup>28</sup>Mészáros, István. *Para além do capital: rumo a uma teoria de transição* cit., p. 108-109.

<sup>29</sup>MASCARO, Alysson Leandro. Op. cit., p. 20.

Nesse processo totalizador e de dominação que permeia a estrutura estatal e as relações sociais, o dinheiro passa a ser um elemento inexorável para a implementação e concretização de direitos. Numa economia de mercado, os agentes privados possuem pouco ou nenhum interesse em investir em políticas sociais e no desenvolvimento do homem como ser social, e, quando muito, o investimento realizado é de tal monta para que não desvirtue o processo de expansão e acumulação do capital. Ele, o dinheiro, passa a ser um fim em si mesmo.

Este ponto foi descrito de forma eloquente por Robert Kurz:

A moeda trabalha como um robô social que não é capaz de diferenciar entre saudável e nocivo, feio e bonito, moral e amoral. Sob a pressão da concorrência no mercado, o empresário é obrigado a obedecer, em todas as decisões, à racionalidade monetária. A isso se dá o nome de economia empresarial. Quando se fala de “redução de custos” e “eficiência”, o que está em jogo é apenas o “interesse” abstrato da moeda. Como um neurótico que, possuído por uma ideia fixa, toma sempre o caminho mais curto entre dois pontos, sem levar em conta o prazer ou a dor, assim também o cálculo empresarial exige a abstrata “redução dos custos”, sem levar em consideração o conteúdo sensível e as consequências naturais.<sup>30</sup>

Neste contexto, com este processo de mercantilização de todos os aspectos da vida – com exploração e dominação – a sociedade é atravessada por pressões e conflitos. Este processo irresistível do capital não é construído sem uma constante luta e oposições sociais. A forma política estatal e suas instituições se revelam, em muitos aspectos, como contrárias a esta dominação e exploração.

A forma política, de natureza capitalista, se diferencia dos aparelhos estatais que lhe dão concretude, eis que estes aparelhos, a rigor, expressam as instituições sociais existentes. O processo de circulação do dinheiro precisa da garantia ofertada pelo Estado e dos seus mecanismos de coerção institucionalizado.

Este processo de circulação não é criado pelo Estado, pois surge da estrutura e da dinâmica do processo de valorização do capital, de modo que o Estado é uma objetivação ou condensação institucional de relações sociais, ou seja, o Estado não apenas reflete a dinâmica de reprodução da acumulação capitalista e das relações de

---

<sup>30</sup>KURZ, Robert. O programa suicida da economia. *Os últimos combates*. 5. ed. Editora Vozes, 1997. p. 186-187.

classe existentes, como também as impregnam de forma essencial em razão do poder existente e da sua dinâmica política.

O capitalismo, como um processo, não é comandado ou dirigido por um sujeito específico ou um grupo de capitalistas. Estes, também, se encontram presos a lógica do sistema dominante.<sup>31</sup> Contudo, as formas sociais que são pautadas na lógica do valor consolidam a prática da dominação e exploração, eis que atuam na própria subjetividade do sujeito. O sujeito transforma-se em predicado.<sup>32</sup> As formas sociais cristalizam e sedimentam práticas, deliberações e expectativas, de modo a permitir o fluxo contínuo da dinâmica capitalista e, nesse processo, as práticas operam no nível da constituição das próprias individualidades.<sup>33</sup>

Noberto Bobbio, analisando o conceito de sociedade civil em Marx, percebeu que a sociedade civil é a base do Estado, de modo que ela passa a significar um conjunto de relações interindividuais que estão fora ou antes do Estado. A anatomia da sociedade civil é permeada, principalmente, pelas relações econômicas.<sup>34</sup>

Com o advento da revolução industrial e o processo de produção em massa, bem como a divisão e abstração do trabalho para o mercado mundial, a mercadoria surge como uma força que vem para ocupar de forma irresistível a vida social.<sup>35</sup> Este quadro de produção acelerada das mercadorias, transformação do trabalho

---

<sup>31</sup>Este ponto foi percebido por David Harvey, ao escrever que: “por que os capitalistas reinvestem na expansão, em vez de consumir seus lucros em prazeres? Esse é o lugar que ‘as leis coercitivas da concorrência’ desempenham um papel decisivo. Se eu, capitalista, não reinvestir em expansão e um rival o fizer, então depois de um tempo eu provavelmente estarei fechando as portas. Preciso proteger minha participação do mercado”. HARVEY, David. *O enigma do capital e as crises do capitalismo* cit., p. 41.

<sup>32</sup>Esta expressão indica que cada sujeito passa a valer de acordo com a sua rentabilidade e pela capacidade de consumo. O pertencimento à sociedade e capacidade de fruição de direitos e bens termina por estar ligada a ideia de consumo. O consumidor, como descreve Hobsbawm, tomou o lugar do cidadão. Como lucidamente destacado pelos Professores Antônio Carlos da Silva e Vanessa Cavalcanti, “Ao tornar elemento externo qualquer intenção de sociabilização dos meios de produção à vida, cabe ao cidadão comum se apoiar em representações do poder para manter sua perspectiva de aparente inclusão no sistema de mercado. A mercadoria, neste contexto, torna-se o objeto de poder, a forma pela qual o indivíduo acredita ser partícipe das determinações sociopolíticas”. CAVALCANTI, Vanessa Ribeiro Simon e SILVA, Antônio Carlos da. Crise global: Reflexões sobre a Sociedade do espetáculo ao ritmo do capital. *Portuguese studies review*. v. 18. p. 135. 2011.

<sup>33</sup>MASCARO, Alysson Leandro. Op. cit., p. 24.

<sup>34</sup>BOBBIO, Noberto. Op. cit., p. 38. Escreveu o próprio Marx: “Sociedade civil e Estado estão separados. Portanto, também o cidadão do Estado está separado do simples cidadão, isto é, do membro da sociedade civil. O cidadão deve, pois, realizar uma *ruptura essencial* consigo mesmo. O *cidadão real*, ele se encontra em uma dupla organização, a *burocrática* – que é uma determinação externa, formal, do Estado transcendente, do poder governamental, que não tangencia o cidadão e a sua realidade independente – e a *social*, a organização da sociedade civil. MARX, Karl. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. 3. ed. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 100-101.

<sup>35</sup>DEBORD, Guy. Op. cit., p. 30.

assalariado, o consumo como meio de participação na vida social e a busca incessante pelo lucro, opera na subjetividade de cada indivíduo, moldando as relações sociais.

A função totalizadora do Estado contemporâneo é fundamental para propiciar a dinâmica do sistema capitalista. As suas instituições políticas e jurídicas devem estar em sintonia com este processo de reprodução socioeconômico como forma de postergar o colapso do sistema de circulação do dinheiro. Quando a dogmática clássica refere-se aos fins do Estado, não coloca em evidência as reais funções do Estado e, tampouco, dá o devido destaque sobre os pilares sociais e econômicos em que são erguidas as estruturas jurídicas e políticas do Estado.

Mais uma vez, são adequadas as observações do filósofo Mészáros, sobre a função do Estado por meio do governo:

prover algumas necessidades reais do conjunto social (da educação à saúde e da habitação e manutenção da chamada infraestrutura ao fornecimento de serviços de seguridade social) e também a satisfação de ‘apetites em sua maioria artificiais’ (por exemplo, alimentar não apenas a vasta máquina burocrática de seu sistema administrativo e de imposição da lei, mas também o complexo militar-industrial, imensamente perdulário, ainda que diretamente benéfico para o capital) – atenuando assim, ainda que não para sempre, algumas das piores complicações e contradições que surgem da fragmentação da produção e consumo.<sup>36</sup>

O Estado não constitui um ente neutro em relação ao tecido social. As suas ações e decisões são resultantes de um processo complexo. O Estado metaboliza as contradições sociais originadas no seu interior e as suas instituições são erguidas e instrumentalizadas para administrar estes conflitos e não para acabar com a exploração e a desigualdade.

Conforme István Mészáros:

O papel do Estado em relação a esta contradição é da maior importância, pois é ele quem oferece a garantia fundamental de que a recalcitrância e a rebelião potenciais não escapem ao controle. Enquanto esta garantia for eficaz (parte na forma de meios políticos e legais de dissuasão e parte como paliativo para as piores consequências do mecanismo socioeconômico produtor de pobreza, por meio dos recursos do sistema de seguridade social), o Estado moderno e a ordem reprodutiva sociometabólica do capital são mutuamente correspondentes.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup>Mészáros, István. *Para além do capital: rumo a uma teoria de transição* cit., p. 110.

<sup>37</sup>Idem, p. 126.



O Estado moderno aparece como um imperativo da reprodução capitalista, isto é, como uma estrutura permanente para assegurar a expansão e acumulação do capital e, também, como a única instância corretiva compatível com os parâmetros estruturais do capital, como modo de controle social.<sup>38</sup>

Sobre este ponto, é preciso o magistério de István Mészáros:

A razão principal por que este sistema forçosamente escapa a um grau de controle humano é precisamente o fato de ter, ele próprio, surgido no curso da história como uma poderosa – na verdade, até o presente, de longe *a mais* poderosa – estrutura ‘totalizadora’ de controle à qual tudo o mais, inclusive seres humanos, deve se ajustar, e assim provar sua viabilidade produtiva, ou perecer, caso não consiga se adaptar. Não se pode imaginar um sistema de controle mais inexoravelmente absorvente – e, neste importante sentido, ‘totalitário’ – do que o sistema do capital globalmente dominante, que sujeita cegamente aos mesmos imperativos a questão da saúde e a do comércio, a educação e a agricultura, a arte e a indústria manufatureira, que implacavelmente sobrepõe a tudo a seus próprios critérios de viabilidade, desde as menores unidades de seu ‘microcosmo’ até gigantescas empresas transnacionais, desde as mais íntimas relações pessoais aos mais complexos processos de tomada de decisão dos vastos monopólios industriais, sempre a favor dos fortes e contra os fracos.<sup>39</sup>

O Estado tem sua estrutura erguida e orientada para a expansão do capital – adaptando, por sua vez, os diversos órgãos sociais e políticos que atuam sobre a regra do capital.<sup>40</sup> A estrutura legal e política deve atender as demandas sociais – v.g., educação, saúde, seguridade social, segurança, estradas, dentre outras. Contudo, cabe ao ente estatal, do mesmo modo, no seu círculo de ação política, assegurar o funcionamento das relações sociais, pautadas na forma do valor. O Estado e sua forma política apenas podem ser mantidos garantindo-se o conjunto da reprodução material da sociedade capitalista. Daí, então, a dificuldade de manter políticas públicas e prestações materiais que impliquem em maiores gastos ao poder público.

Este aspecto possui grande importância. “O Estado não surge porque suas instituições o impõe como tal, para então, depois, ser capturado em benefício do

---

<sup>38</sup>Eis as reflexões de István Mészáros: “Em sua modalidade histórica específica, o Estado moderno passa a existir, acima de tudo, para poder exercer o *controle abrangente* sobre as forças centrífugas insubmissas que emanam de unidades produtivas isoladas do capital, um sistema reprodutivo antagonicamente estruturado”. Idem, p. 107.

<sup>39</sup>Mészáros, István. *Para além do capital* cit., p. 96.

<sup>40</sup>Idem, p. 120

interesse do capitalismo”.<sup>41</sup> Trata-se, a rigor, de um movimento diverso. As relações pautadas na forma-valor constituem a forma política, fazendo surgir as instituições que integram o Estado e esta forma política é que cria, modifica, transforma e molda as instituições sociais.<sup>42</sup>

Deve-se enfatizar, nesta ordem de ideias, para o adequado entendimento do pensamento aqui desenvolvido, que não se trata da tomada do Estado por meio de uma classe dominante onde é utilizado o aparato estatal em seu benefício. A assunção do Estado por uma classe não revela seu modo de ser, mas sim a forma que revela a natureza da reprodução social.

A forma política do Estado é obrigatoriamente diferente de todos os indivíduos ou classes, eis que somente assim a reprodução capitalista pode ser estabelecida.<sup>43</sup> Como muito bem descrito por David Harvey:

O Estado não é uma categoria apropriada para descrever os processos reais pelos quais se exerce o poder. Invocar a categoria ‘o Estado’ como força em movimento durante as análises históricas concretas é, em resumo, envolver-se numa mistificação.<sup>44</sup>

O Estado sofreu e sofre os influxos da história, isto é, a construção do Estado não partiu de um grau zero, mas das diversas lutas travadas durante a história. O círculo de ação e decisão política do Estado se faz através da luta de classes e de relações permeadas por contradições e que tem na história as premissas necessárias para a construção do Estado moderno.

David Harvey, em estudo sobre a teoria Marxista do Estado, aponta que o funcionamento do Estado, como meio de dominação de uma classe, se faz através de uma relação contraditória, eis que exerce seu poder em seu benefício e também deve agir em função dos explorados. Esta simbiose, que é intrínseca entre o Estado e o capitalismo, resolve-se através de duas estratégias distintas. Primeiro, cria-se instituições independentes e dotadas de autonomia. Como segunda estratégia, aparece o papel da ideologia como um instrumento de manutenção do poder, ou seja,

---

<sup>41</sup>MASCARO, Alysson Leandro. Op. cit., p. 31.

<sup>42</sup>Idem, ibidem.

<sup>43</sup>Idem, p. 46.

<sup>44</sup>HARVEY, David. *A produção capitalista no espaço*. São Paulo: Annablume, 2005. p. 91.

o Estado através das suas instituições, exerce suas funções na sociedade como uma estrutura que está acima da sociedade.<sup>45</sup>

O Estado é ao mesmo tempo constituinte e constituído por movimentos contraditórios, espelhados pela manutenção do sistema de expansão e acumulação, ou pela luta dos explorados em busca de uma maior justiça social. Trata-se de um movimento contraditório composto pelas variáveis sociais, o que impede a visão do Estado como um instrumento de domínio de uma classe por outra. Em termos mais específicos: sendo o Estado esse elemento de manutenção do processo capitalista, seu aparato institucional deve responder às demandas sociais e, do mesmo modo, deve manter a lógica do capitalismo, de forma a assegurar, através das suas instituições, o sistema de exploração.

### 3.1 A AUTONOMIA RELATIVA DO ESTADO, O DECLÍNIO DO ESTADO NACIONAL E O PROCESSO DE JURIDIFICAÇÃO DO ESTADO

O historiador Tony Judt analisando a situação da Europa continental que, no contexto apresentado, também se aplica à situação brasileira, demonstra que o Estado continuará a desempenhar um papel principal na vida pública em razão de alguns fatores: inicialmente, destaca uma questão de ordem cultural, pois as pessoas depositam uma grande expectativa no governo para a elaboração de leis e políticas públicas na área de segurança, trabalho, saúde, emprego e outras questões tão sensíveis à população.

Em virtude da existência e do crescimento dos mercados globais, o capital e os recursos tornam-se voláteis e escapam a um controle efetivo do governo. Neste aspecto, sustenta o autor, a necessidade de reconhecer o Estado como uma instituição intermediária.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup>HARVEY, David. *A produção capitalista no espaço* cit., p. 81-82. Falando sobre o papel da ideologia, também, Louis Althusser que: nenhuma classe pode duravelmente deter o poder de Estado sem exercer simultaneamente a sua hegemonia sobre e nos aparelhos ideológicos de Estado". ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de Estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1985. p. 49.

<sup>46</sup>Trecho de destacada importância, onde se refere o autor que "Quando a economia e as forças e padrões de comportamento que a acompanham são verdadeiramente internacionais, a única instituição que pode efetivamente interpor-se entre essas forças e o indivíduo desprotegido é o Estado Nacional. Esses Estados são tudo o que se pode erguer entre seus cidadãos e as competências irrestritas, não-

Por último, ressalta a necessidade da democracia representativa como forma possível de abarcar um número grande de pessoas para viver em condições mínimas de harmonia e sob o controle sobre o seu destino coletivo.<sup>47</sup>

O primeiro e o segundo fundamento serão alvo de desenvolvimento. O Estado, de acordo com a sua natureza e estrutura, é limitado as fronteiras territoriais, enquanto o capital no seu processo de expansão e acumulação é ilimitado.

Robert Kurz, de forma contundente, escreveu que a globalização reflete um quadro de paradoxo entre o mercado e o Estado, eis que por meio da internacionalização do capital a globalização foge ao controle estatal e, portanto, diminuem as receitas públicas. Porém, o capital globalizado depende de uma infraestrutura funcional (como aeroportos, escolas, universidades, portos, estradas, hospitais) que deve ser provida pelo Estado.<sup>48</sup>

Com o capital globalizado, passa a existir uma maior competição entre os Estados no sentido concorrencial na busca de investimentos para financiar os seus próprios custos, gerando, por conseguinte, uma redução do espaço de ação para compromissos sociais. Busca-se, neste quadro de competição, atrair o capital estrangeiro que, por sua vez, não se encontra enraizado ou identificado com qualquer Estado. O efeito colateral deste panorama é o aumento dos conflitos sociais pela retração dos programas sociais, limitação do seu desempenho econômico e, também, a judicialização para a manutenção de um padrão mínimo de vida.

Este quadro foi objeto de interessante reflexão pelos professores Antônio Carlos da Silva e Vanessa Cavalcanti:

Considerando as diferenças acentuadas entre os países que compõem esses blocos, os Estados dependentes de capital externo enfrentam sérios problemas de legitimidade, pois, para manterem suas “vantagens comparativas” na atração de investidores internacionais, transformam seus planos de economia política em política econômica, ou seja, para sanear contas públicas e prover investimento/poupança, são obrigados a comprometerem sua competência e eficácia – liberdade e justiça social – com propostas de redução de impostos e flexibilização das árduas e históricas conquistas trabalhistas. Assim, com o aumento da competição global

---

representativas e não-legitimadas dos mercados, das administrações supranacionais insensíveis e indiferentes, e dos processos não-regulamentados que os indivíduos e as comunidades não controlam”. JUDT, Tony. *O século XX esquecido*. Lisboa: Edições 70, 2010. p. 430.

<sup>47</sup>Idem, *ibidem*.

<sup>48</sup>KURZ, Robert. Perdedores globais. *Os últimos combates* cit., p. 138-140.

as próprias instituições internacionais acabam por limitar seu desempenho econômico.<sup>49</sup>

A adoção, por parte do Estado, de uma postura internacionalmente competitiva dificulta, sobremaneira, a adoção de uma agenda social para cada Estado isoladamente. O Estado nacional, assim, encontra-se em franco declínio e esta afirmação comporta uma explicação: a necessidade de financiamento de todas as demandas sociais reclama, por parte do governo, da elaboração de diretrizes políticas e planos governamentais aptos a suprir as necessidades de uma sociedade desigual e dividida em classes.

Percebe-se, a toda evidência, que os avanços na legislação de proteção ao trabalhador, na área da saúde, educação, na previdência e meio ambiente são vulneráveis às crises oriundas do capitalismo e da forma política.

Conforme Zygmunt Bauman e Carlo Bordoni:

Hoje, porém, o Estado foi expropriado de uma parcela grande e crescente de seu antigo poder imputado ou genuíno (de levar coisas a cabo), o qual foi capturado por forças supraestatais (globais) que operam num espaço de fluxos (termo usado no Manual de Castells) politicamente incontrolável – haja vista o alcance efetivo das agências políticas sobreviventes não ter protegido além das fronteiras do Estado. Isso significa, pura e simplesmente, que finanças, capitais de investimento, mercados de trabalho e circulação de mercadorias estão agora além da responsabilidade e do alcance das únicas agências políticas disponíveis para cumprir a tarefa de supervisão e regulação. É a política cronicamente assolada pelo déficit de poder (e portanto também de coerção) que enfrenta o desafio de poderes emancipados do controle político.<sup>50</sup>

Nos anos de 1970, as relações sociais pautadas no modelo fordista, chegavam ao fim, pois mostravam-se como um óbice para o lucro e do processo de expansão do capital. O sistema do neoliberalismo ampara-se, com efeito, na internacionalização do Estado e para a privatização da política. Deste modo, a forma fordista do Estado-nacional mais inclinada a custear políticas públicas de cunho social foi superada e modificada de maneira decisiva.

Neste aspecto, é importante notar para a adequada compreensão da derrocada do Estado nacional, que o capital em sua história sempre teve problemas para

---

<sup>49</sup>SILVA, Antônio Carlos da e CAVALCANTI, Vanessa R.S. A consolidação do ideal de justiça como nosso devir histórico. *Revista de estudos eleitorais*. v. 7. p. 60, 2012.

<sup>50</sup>BAUMAN, Zygmunt e BORDONI, Carlo. Rio de Janeiro: Zahar, 2016. p. 21.

incorporar os custos de reprodução social (implementação e efetivação de direitos sociais). Aponta-se que, nas décadas de 50 e 60, estes custos sociais foram internalizados pelo Estado, porém, a partir da década de 70, com o neoliberalismo, a característica marcante foi a luta do capital para livra-se destes custos sociais, de modo a deixar a população, através de seus próprios meios, adquirir e pagar por serviços essenciais, como saúde, educação, previdência social, entre outros.<sup>51</sup> O período de transição do liberalismo ao neoliberalismo torna-se fundamental para a compreensão do enfraquecimento do Estado nacional.

O processo de transformação fordista para um modelo neoliberal modifica o modo pelo qual a forma política do capitalismo e suas respectivas instituições se expressam. Houve, nesse modo de transformação da forma política do capitalismo das formas de interação social, um recuo da atuação do Estado em setores de interesse público, tendo, como consequência, uma maior privatização, e as funções políticas e sociais de regulamentação foram assumidas pelas empresas que atuam no plano internacional. Constata-se, desse modo, que a separação entre política e economia se enfraqueceu.

Como descrito por Zygmunt Bauman e Carlo Bordoni:

Desregulamentação, privatização, subsidiarização haveriam de alcançar aquilo que regulamentação, nacionalização e empreendimentos comunais dirigidos pelo Estado deixaram, de forma tão abominável, de obter. Funções do Estado tinham de ser e seriam deslocadas (transferidas, terceirizadas e /ou contratadas) para o mercado, esse espaço reconhecidamente sem política; ou deixadas sobre os ombros de indivíduos humanos, agora, em tese, capazes de suprir individualmente, conforme inspirados e postos em movimento por sua ganância, aquilo que não tinham conseguido produzir de modo coletivo, inspirados e movidos pelo espírito comunal.<sup>52</sup>

Em termos históricos, o fordismo expressou uma fase do capitalismo compreendido, principalmente, entre o pós-segunda guerra mundial e a década de 1970. Antes, contudo, existiu o taylorismo. Esta forma de manifestação do capitalismo consiste numa divisão de tarefas progressivas e de forma indistinta e generalista, de tal modo que a qualificação do trabalhador, intrinsecamente considerada, perde

---

<sup>51</sup>HARVEY, David. *O enigma do capital e as crises do capitalismo* cit., p. 214.

<sup>52</sup>BAUMAN, Zygmunt e BORDONI, Carlo. Op. cit., p. 19.

relevância. Trata-se, com efeito, de um sistema racionalizado e indiferente no que se refere à qualidade individual de cada trabalhador.

O modelo fordista reflete, em escala mundial, um modelo de economia e de estilo de vida, passando a influenciar na subjetividade de cada sujeito. Nesta dinâmica, o fordismo se distingue do taylorismo, pois naquele (fordismo) procurou-se um aumento da condição social com a finalidade de aumentar o consumo e a rede de bem-estar social.

Sobre este ponto, destaca-se o pensamento de David Harvey:

O que havia de especial em Ford (e que, em última análise, distingue o fordismo do taylorismo) era a sua visão, seu reconhecimento explícito de que produção de massa significa consumo de massa, um novo sistema de trabalho, uma nova estética e uma nova psicologia, em suma, um novo tipo de sociedade democrática, racionalizada, modernista e populista.<sup>53</sup>

Nesta fase do capitalismo, existe uma assunção, pelo Estado, de competências e funções se comparada à fase anterior do capitalismo. Com efeito, a estrutura social não é mais pautada na concorrência direta pelos sujeitos, mas através de um quadro complexo de atores sociais, como grupo de trabalhadores, entidades, sindicatos e Estado. Dessa forma, o desenvolvimento do capitalismo teve uma maior regulação administrada pelo Estado.<sup>54</sup>

O Estado, contudo, passava a assumir diversas obrigações no processo do capital. Na medida em que a produção de massa, que envolvia pesados investimentos em capital fixo, reclamava condições de demanda relativamente estáveis para obtenção do lucro, de modo que o Estado, então, se esforçava por controlar ciclos econômicos com uma combinação apropriada de políticas fiscais e monetárias no período pós-guerra. Essas políticas eram dirigidas para as áreas de investimento público, em setores como o transporte, os equipamentos públicos etc., vitais para o crescimento da produção e do consumo de massa e que também garantiram um emprego relativamente pleno.<sup>55</sup>

Este quadro foi didaticamente exposto por David Harvey:

---

<sup>53</sup>HARVEY, David. *A condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural* cit., p. 121.

<sup>54</sup>MASCARO, Alysson Leandro. Op. cit., p. 121.

<sup>55</sup>HARVEY, David. *A condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural* cit., p. 129.

O fordismo também se apoiou na, e contribuiu para a, estética do modernismo – particularmente na inclinação desta última para a funcionalidade e a eficiência – de maneiras muito explícitas, enquanto as formas de intervencionismo estatal (orientadas por princípios de racionalidade burocrático-técnica) e a configuração do poder político que davam ao sistema a sua coerência se apoiavam em noções de uma democracia econômica de massa que se mantinha através de um equilíbrio de forças de interesse especial.<sup>56</sup>

A atmosfera que resultou no modelo fordista se alterou nos anos de 1970. No início dessa década, as formas de reprodução social da dinâmica fordista não se mostravam mais aptas à continuidade. O capitalismo revelou-se, de forma mais acentuada, como incapaz de internalizar os custos sociais contraídos pelo Estado de bem-estar social.

Importante notar que, na ordem dos acontecimentos históricos, não existiu um evento de caráter singular ou isolado que fosse responsável por modificar as condições econômicas e sociais da época, e que, portanto, fizesse entrar em declínio o modelo fordista. Por conseguinte, é possível dizer que a desestruturação do modelo fordista reflete uma crise estrutural deste modelo liberal que vigorava.

Havia, nesta ordem de ideias, uma presença forte do Estado em tema de implementação da política do bem-estar social, de tal modo que, com as novas formas de exploração e acumulação do capital, tornou-se insustentável pelo Estado.

O neoliberalismo aparece na década de 1980 colocando um fim nas políticas de bem-estar social. O neoliberalismo pode ser entendido como um modo exacerbado do capitalismo, através do regime de acumulação, de modo a privilegiar a especulação em detrimento da produção e do trabalho, revelando, do mesmo modo, numa privatização da economia e da precarização do trabalho através do rebaixamento econômico das classes trabalhadoras.

Com efeito, o neoliberalismo não é uma forma de política capitalista contra o Estado, mas que conta com a participação estatal. Isto implica dizer que ele, o neoliberalismo, não é conformado tão somente pelo regime de acumulação fundado na especulação, mas também por formas sociais, tais como sindicatos, valores e informações que integram toda a tessitura social.<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup>Idem, p. 131.

<sup>57</sup>MASCARO, Alysson Leandro. Op. cit., p. 124. Corroborando as ideias também, ver KURZ, Robert. O colapso da modernização. *Os últimos combates* cit., p. 85-89. Pertinentes são as observações do



A relação intrínseca e paradoxal entre Estado e mercado no neoliberalismo é descrito por Robert Kurz:

Só no processo cego do mercado, que, além disso, se deixa restringir cada vez menos à área de soberania em questão ou à “economia nacional” do respectivo país (globalização), “surge” o dinheiro através do trabalho abstrato e da sua “realização”. Mas isso produz não apenas a dominância estrutural fundamental do mercado, como também uma contradição sistêmica interna igualmente fundamental, pois o Estado entra em contradição consigo mesmo, na medida em que seus ordenamentos e atividades, por um lado, não têm outra finalidade senão fomentar o sistema de mercado da produção de mercadorias no seu território e mantê-lo em funcionamento. Por outro lado, o Estado precisa “retirar” o dinheiro necessário para o financiamento precisamente dessas atividades do processo do mercado, restringindo, assim, a economia de mercado e agindo, por conseguinte, contra a sua própria finalidade, precisamente para cumpri-la.<sup>58</sup>

Não há capitalismo e, tampouco, a concretização da política neoliberal sem a participação efetiva do Estado. Cabe a ele, Estado, regular juridicamente e politicamente todo o funcionamento do capitalismo e o sistema de exploração que permeia a sociedade.

Vê-se, portanto, que o neoliberalismo é estruturado em um modo de acumulação distinto se comparado ao modelo fordista. A dinâmica da economia passa a ter como característica o capital financeiro internacional, isto é, o capitalismo passa a ser globalizado – atingindo todos os cantos do planeta –, gerando um novo padrão de desenvolvimento da estrutura capitalista e no modo de reprodução social, tornando, cada vez mais, as condições sociais degradadas, principalmente o trabalho.

Dito de outro modo: a nova forma do capitalismo que passa pelo Estado, adota o tom da flexibilidade, da circulação em territórios distintos, eis que o fluxo do capital

---

sociólogo Ricardo Antunes, onde demonstra que nos países capitalistas, na década de 1980, houve profundas alterações no mundo do trabalho. Descreve o autor que o modelo toyotista reflete uma nova forma de produção do capitalismo, com características distintas se comparadas ao modelo antecedente, o fordismo. Este modelo traz uma nova forma de captação do trabalho excedente. Trata-se de um modelo baseado na flexibilização dos trabalhadores. Eis as suas palavras: “Outro ponto essencial do toyotismo é que, para a efetiva flexibilização do aparato produtivo, é também imprescindível a flexibilização dos trabalhadores. Direitos flexíveis, de modo a dispor desta força de trabalho em função direta das necessidades do mercado consumidor. O toyotismo estrutura-se a partir de um número mínimo de trabalhadores, ampliando-os, através de horas extras, trabalhadores temporários ou subcontratação, dependendo das condições de mercado. ANTUNES, Ricardo. Op. cit., p. 47.

<sup>58</sup>KURZ, Robert. A falta de autonomia do Estado. *Os últimos combates* cit., 103-104.

deve ficar em constante movimento, cada vez pautado na especulação e na acumulação.

Sobre este ponto, David Harvey chama a forma de acumulação do capital na década de 1980, de acumulação flexível. O período compreendido entre 1965 a 1973 tornou mais clara a incapacidade do fordismo e do keynesianismo de impedir as contradições inerentes ao capitalismo. Com efeitos, essas dificuldades podem ser melhor traduzidas por uma palavra: rigidez. Havia problemas ligados à rigidez dos investimentos de capital fixo de larga escala e, também, em investimentos de longo prazo em sistemas de produção em massa que impediam muita flexibilidade de planejamento e presumiam crescimento estável em mercados de consumo invariantes.<sup>59</sup>

Houve, portanto, uma alteração entre Estado e sociedade. Esta questão foi muito bem colocada por Zygmunt Bauman e Carlo Bordoni:

A prática do neoliberalismo submete as funções sociais do Estado ao cálculo econômico: uma prática não usual, que introduziu critérios de viabilidade nos serviços públicos, como se eles fossem empresas privadas, para ordenar os campos de educação, saúde, seguridade social, emprego, pesquisa científica, serviço público e segurança sob uma perspectiva econômica. Consequentemente, o neoliberalismo retira a responsabilidade do Estado, fazendo-o a renunciar às suas prerrogativas e avançar na direção de sua gradual privatização.<sup>60</sup>

A liberalização dos mercados, como uma imposição da globalização, gerou reflexos na política, haja vista esta estar submetida amplamente as leis de mercado, de otimização dos lucros e da lógica concorrencial entre os Estados, de modo que importantes decisões políticas e de implementação de prestações para os mais

---

<sup>59</sup>HARVEY, David. *A condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural* cit., p.135. Na mesma ordem de ideias, merece transcrição as precisas observações do historiador Tony Judt: “A vitória do conservadorismo e a profunda transformação ocorrida nas três décadas seguintes estava assim longe de ser inevitável: precisou de uma revolução intelectual. Ao longo de pouco mais de uma década, o paradigma dominante das conversas públicas deslocou-se dos entusiasmos intervencionistas e da procura de bens públicos para uma visão do mundo que Margaret Thatcher resumiu melhor do que ninguém numa célebre observação: “sociedade é uma coisa que não existe, existem só indivíduos e famílias”. Nos Estados Unidos, quase na mesma altura, Ronald Reagan obtinha uma popularidade duradoura com a sua afirmação de que era “manhã na América”. O governo já não era a solução – era o problema. Se o governo é o problema e a sociedade não existe, então o papel do Estado é mais uma vez reduzido ao de facilitador”. JUDT, Tony. *Um tratado sobre os nossos actuais descontentamentos*. Lisboa: Edições 70, 2010. p. 100.

<sup>60</sup>BAUMAN, Zygmunt e BORDONI, Carlo. Op. cit., p. 21.

necessitadas são transferidas para as organizações e para os sistemas de negociação internacionais.

Como bem elucidado por Robert Kurz, o mercado financeiro, com a globalização, permeia todos os cantos do mundo, avançando sobre todos os limites aparentes, contudo, o Estado por sua natureza é restrito às suas fronteiras territoriais. Assim, gradativamente, o Estado “é menos o capitalista ideal (Marx) com voz de comando ativa sobre o estoque de capital nacional”.<sup>61</sup>

A autonomia dos governos para a implementação de políticas públicas, encontra-se vulnerável e os processos legislativos de tomada de decisões inclinam-se para um esquema de negociação pouco visíveis e controláveis. Desse modo, as instituições políticas aparecem, cada vez mais, como ratificadoras de decisões tomadas pelo mercado que, através do Estado, busca uma implementação e legitimação.

Zygmunt Bauman e Carlo Bordoni traz importantes reflexões sobre o assunto:

O pacto entre poder e política, condição *sine qua non* de ações eficazes e mudanças significativas, foi na realidade separado em um poder livre de quase todos os controles políticos, exceto os mais rudimentares, e a política, sofrendo um déficit permanente e crescente de poder.<sup>62</sup>

A perda de autonomia dos governos e o déficit de poder na política é denominado por Zygmunt Bauman e Carlo Bordoni como *estatismo sem estado*. Explicam os autores que a separação entre o poder e a política aparece como uma das principais causas para a incapacidade do Estado de fazer escolhas adequadas. Existe uma cisão entre o global e o local, entre poder e política, de modo que o sistema político, que atua para resolver problemas locais, fica reduzido à gerência de administração e rotina, não tendo a capacidade de assumir e resolver os problemas engendrados em escala mundial que o poder global, sem representação política e não democrático, exige com frequência contínua.<sup>63</sup>

É possível fazer um amálgama entre o pensamento descrito e o pensamento crítico do ensaísta alemão, Robert Kurz, onde demonstra que a penetração do

---

<sup>61</sup>KURZ, Robert. Perdedores globais. *Os últimos combates* cit., p. 138.

<sup>62</sup>BAUMAN, Zygmunt e BORDONI, Carlo. Op. cit., p. 32.

<sup>63</sup>Idem, p. 23.

econômico na política com a sua conseqüente dependência se dá através de uma adaptação irresistível das condições econômicas existentes, de modo que a atuação da esfera política se encontra sem poder de decisão.

A dependência empírica directa da política em relação à economia jamais se manifesta, não há dúvida, de maneira que o curso do processo político reproduza mecanicamente o curso do processo econômico ou o siga de forma direta. O maior peso da esfera funcional econômica revela-se no facto de o seu processo *restringir* e *estrangular* as possibilidades de acção da política, o que pode levar, na esfera política, por exemplo, explosões irracionais, acções desesperadas, correntes regressivas etc., que obviamente não são mero reflexo especular do desenvolvimento econômico empírico.<sup>64</sup>

As conseqüências desse processo de sujeição que se encontra no controle da dinâmica social e política é, com efeito, a perda de controle sobre os processos de tomada de decisão. O Estado moderno dotado de um imenso poder – e igualmente totalizador – é estruturado sobre a base desta dinâmica socioeconômica que a tudo absorve, e o complementa de forma indispensável.<sup>65</sup>

Percebe-se, nestes termos, que a política perdeu autonomia, eis que as atuações do Estado perante a sociedade, principalmente no que concerne ao desenvolvimento de prestações materiais e políticas públicas, é feita por meio do mercado através do dinheiro, porquanto, cada medida estatal depende de financiamento de custos para a implementação das diretrizes governamentais.

A dependência da política e do financiamento de suas medidas ao mercado é absoluta, colocando a política numa posição subordinada, pois o aparelho político não pode criar dinheiro de forma autônoma sob pena de sofrer com uma hiperinflação, dependendo, para o seu financiamento, do recolhimento de tributos e, também, a política passa ao endividamento junto aos participantes do mercado da sua economia nacional. A forma valor, expressada pelo dinheiro, passa a abranger as tomadas de decisões do aparelho estatal-político.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup>KURZ, Robert. *O fim da política: teses sobre a crise do sistema de regulação da forma da mercadoria*. p. 11. Disponível em: <[www.obeco.planetaclix.pt/rkurz105.htm](http://www.obeco.planetaclix.pt/rkurz105.htm)>. Acesso em: 8 maio 2016.

<sup>65</sup>Como revela Mészáros, “as perigosas ilusões de que se pode superar ou subjugar o poder do capital pela expropriação legal/política dos capitalistas privados surgem quando se deixa de levar em conta a natureza real do relacionamento entre controlador e controlado. Como um modo de controle sociometabólico, o capital, por necessidade, sempre retém seu *primado* sobre o *pessoal* por meio do qual seu *corpo jurídico* pode se manifestar de formas diferentes nos diferentes momentos da história”. *Para além do capital* cit., p. 98.

<sup>66</sup>KURZ, Robert. A falta de autonomia do Estado. *Os últimos combates* cit., p. 103-105.

Em texto de grande importância, Robert Kurz elucidou que a política, cada vez mais, tende de reduzir-se a uma forma unilateral de tomada de decisões, perfazendo uma política econômica. Assim, escreveu o crítico alemão:

O que permanece, porque inevitável e ineliminável na base do sistema, é a “política” como função secundária no processo contínuo de automediação da forma mercadoria agora incontestada, ubíqua e total. O facto de que a política fique como um resíduo resulta do caráter fetichista deste processo. A universalidade abstracta da modernidade – duplicada nas formas (primária) de dinheiro e (secundária) de Estado.<sup>67</sup>

A estabilidade social e a estabilidade política constituem, de igual modo, variáveis econômicas importantes. Este quadro entre o capital e a autonomia do Estado foi muito bem elucidado por Robert Kurz:

A evidência desse predomínio do mercado pode ser demonstrada com base num fato fundamental: o Estado não possui nenhum meio primário de regulação, mas depende do meio do mercado, isto é, do dinheiro. Entretanto o meio “poder” atribuído ao Estado, teoricamente, na maioria das vezes, identificado com o dinheiro não possui nenhum grau hierárquico primário, apenas um grau secundário, pois todas as medidas do Estado precisam ser financiadas, não somente as atividades jurídicas, infra-estrutura, etc., mas também o poder no sentido mais imediato do termo, ou seja, as forças armadas.<sup>68</sup>

O capital é um elemento imanente e totalizador que também abrange o plano político. O Estado necessita retirar o dinheiro necessário para financiar os custos sociais. O entendimento jurídico predominante, acerca da autonomia e soberania estatal, não é adequado, pois leva-se em consideração especificamente o poder estatal e não a estrutura de sua existência. “A autonomia estatal é estruturalmente havida só e sempre em razão da própria derivação de sua forma a partir dos mecanismos de reprodução capitalista”.<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup>KURZ, Robert. *O fim da política: teses sobre a crise do sistema de regulação da forma da mercadoria* cit., p. 7.

<sup>68</sup>KURZ, Robert. A falta de autonomia do Estado. *Os últimos combates* cit., p. 103. No mesmo sentido, escreveu o Professor Paulo Bonavides: “Quando a crise acomete, portanto, o capitalismo globalizante do modelo neoliberal – a esta altura impugnado e já açoitado das forças de resistência que lhe arriaram a máscara e lhe patentearam a brutalidade com que oprime – o mundo outra vez se há de inclinar para o Estado social, única saída à crise e ao desmoronamento do capitalismo. Em verdade, capitalismo do gênero mais comprometido com a especulação que com a produção. Por isso mesmo de todo estéril e lesivo à economia dos países débeis, vítimas do confisco especulativo e feroz que arruína mercados, câmbios e nações. BONAVIDES, Paulo. *Os Direitos fundamentais e a globalização. Revista da Procuradoria-Geral do Estado*. vol. 25. p. 69. Porto Alegre, Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. 2002.

<sup>69</sup>MASCARO, Alysson Leandro. Op. cit., p. 45.

Existe uma relação imbricada entre a forma jurídica e a forma política, pois ambas derivam e são estruturadas na mesma fonte: o capitalismo. Só existe sociedade capitalista por causa do direito. A forma jurídica é erguida em um modo de reprodução capitalista. Desse modo, o direito age como forma de manutenção de conquistas ou como aquisição de novos direitos fruto de lutas sociais, dentro da lógica da forma-valor.

Esse processo de mercantilização, que estrutura o tecido social, através da generalização das relações sociais, causa grandes impactos na forma jurídica. Ou seja, dentro de uma sociedade capitalista, a conquista de direitos, através dos arranjos institucionais, constituem ganhos pontuais ou simplesmente reformas no âmbito dos direitos. Percebe-se, sem muito esforço, que se a forma jurídica e a forma política são imprescindíveis para a manutenção do sistema capitalista vigente, a justiça social e a emancipação do cidadão, por sua vez, torna-se inatingível num paradigma normativista.

Alguns exemplos podem bem ilustrar esta afirmação. A Constituição Federal determina que o salário mínimo, que será fixado em lei, deverá ser capaz de atender as necessidades vitais básicas do cidadão e da sua família, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. O salário mínimo, por certo, não é capaz de atender aos imperativos da Constituição Federal. Quando o Supremo Tribunal Federal foi provocado para apreciar a sua constitucionalidade, em decorrência da caracterização da omissão inconstitucional parcial, apenas se limitou a cientificar o legislador acerca da omissão legislativa, ou seja, entendeu a Suprema Corte que os valores fixados na lei referente ao salário mínimo não satisfazem a exigência constitucional, porém, não houve alteração da realidade.<sup>70</sup>

O Superior Tribunal de Justiça, por meio da segunda Seção, no julgamento do REsp nº 1.061.530/RS, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, submetido ao regime dos recursos repetitivos, firmou posicionamento no sentido entendi que de que: "a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF; b) A estipulação de

---

<sup>70</sup>ADI 1458 MC / DF - DISTRITO FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 23/05/1996. DJ 20/09/1996.

juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade; c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário às disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02; d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto".<sup>71</sup>

Os dois tribunais superiores, em seus respectivos julgados, demonstram que a forma jurídica se encontra, inexoravelmente, ligada à forma política e às formas sociais numa sociedade capitalista.

Ainda quando um juiz, por exemplo, ordene a construção de uma creche ou a matrícula de um aluno em uma determinada escola, estas decisões demonstram, claramente, o caráter corretivo do Estado, através do Poder Judiciário, bem como reflete a luta de classes que caracteriza a sociedade.

Imagina-se que se está fazendo justiça no caso concreto e, talvez, para o sujeito beneficiado até ela, a justiça, esteja sendo concretizada, contudo, a lógica do sistema de desigualdade e exploração ainda persistirá, pois, o Judiciário não possui condições de dar conta de uma totalidade social. Um acesso à justiça entendido como aptidão para realizar a justiça social e uma distribuição igualitária de direitos, certamente, não será concretizada através dos arranjos jurídicos.

O Estado, por um lado, atua na manutenção da estrutura econômica vigente através do seu imenso poder, com destaque à sanção institucionalizada pelo direito, e por outro, deve dar conta das demandas sociais que serão originadas por este crescente grau de exploração.

Acontece, todavia, que a capacidade do Estado em suprir as demandas pela implementação de direitos sociais, principalmente estes direitos que envolvem uma postura ativa do Estado, tem-se arrefecido ao longo das décadas pela mutação do sistema de mercado.

---

<sup>71</sup>Para se ter uma ideia mais exata, o crédito não consignado para pessoa física, um dos mais utilizados no Brasil, conforme informações do sítio do Banco Central, demonstra que os principais bancos têm cobrado juros de altíssimo valor. O Itaú Unibanco S/A possui taxas de 88,39% a.a.; O Bradesco S/A com taxa de juros de 117,35% a.a.; Banco do Brasil 75,60% a.a.; Caixa Econômica Federal 76,37% a.a. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 14 fev. 2016.

Neste ponto, transcreve-se importante passagem de artigo dos professores Antônio Carlos Silva e Vanessa Cavalcanti:

É compreensível que o Estado, entidade de representação dos anseios cidadãos e órgão responsável para garantir a Justiça Social, torne-se um aparato de/para manutenção da ordem vigente. Em outras palavras, quanto mais economia de mercado, maior a necessidade do Estado em reger as relações sociais seguindo a forma abstracta do Direito, pois essas relações se transformam em relações contratuais com forma de mercadoria (...).<sup>72</sup>

A observação em destaque tem muita pertinência. O sistema jurídico, com efeito, se justifica, de modo conjuntural, como reflexo de interesses generalizados. O direito, desse modo, numa sociedade capitalista, deve instrumentar o desenvolvimento das relações de mercado, de modo a constituir a validade universal das regras e da liberdade de contratar.

A forma jurídica na economia de mercado é um universo no qual se movimentam os sujeitos de direito – dotados de igualdade e liberdade para contratar – como forma de propiciar a fluência das relações de mercado.<sup>73</sup>

Mais uma vez, mostra-se acertado e proeminente o pensamento de Robert Kurz sobre o processo de juridificação do Estado. Para o ensaísta alemão, o paradigma vivido do sistema produto de mercadorias, fez surgir para o Estado moderno algumas funções elementares como modo de propiciar o desenvolvimento da economia de mercado. Assim, em decorrência do desenvolvimento da econômica de mercado, aponta o autor, que cinco funções da atividade estatal tiveram que ser expandidas.

Trabalha-se, aqui, com uma delas que é a atividade jurídica ou o processo de juridificação das relações sociais.

Explica o crítico alemão:

Quanto mais a economia de mercado e, com ela, a relação monetária abstrata se expandem, tanto menos se torna a força vinculativa das formas de relações tradicionais, pré-modernas, e tanto mais todas as ações e relações sociais precisam ser postas na forma abstrata do Direito e, nesse sentido, ser codificadas juridicamente.<sup>74</sup>

---

<sup>72</sup>CAVALCANTI, Vanessa Ribeiro Simon e SILVA, Antonio Carlos da. Crise global: Reflexões sobre a Sociedade do espetáculo ao ritmo do capital. *Portuguese studies review*. v. 18. p. 133. 2011

<sup>73</sup>GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 123-125.

<sup>74</sup>KURZ, Robert. A falta de autonomia do Estado. *Os últimos combates* cit., p. 96.



Não é por outra razão que assiste-se, de forma constante, ao aumento da produção legislativa, eis que também ocorre no tecido social o aumento e uma diversificação das relações entre pessoas, mercadoria e dinheiro; uma gama maior de relações comerciais que até então não existiam, mas que foram criadas para absorver o fluxo do capital, precisam ser reguladas através da máquina legislativa dada a imperiosa necessidade de todos terem de agir como sujeitos de direito.<sup>75</sup>

Importante notar, a toda evidência, que este processo de juridificação não se encerra tão somente com o processo legislativo (elaboração das leis), mas também termina por refletir em outras funções e órgãos que também estão ligados à produção normativa, como o judiciário, o ministério público, a advocacia e a defensoria pública.

Nestes termos, este processo descrito de aumento contínuo (de juridificação) envolve custos e, por conseguinte, precisa ser financiado, isto é, a regulação meramente jurídica não é neutra com relação aos custos.<sup>76</sup>

Nesta ordem ideias, é importante reconhecer que o acesso à justiça, enquadrado no processo de juridificação do Estado, como uma das funções essenciais, está ligado ao paradigma de produção das mercadorias, ou seja, está abarcado pela lógica da forma-valor, de modo que a tentativa de solução dos problemas para a falta de uma efetiva justiça social passa por uma análise que decorre de instrumentos criados pelo próprio sistema jurídico e que, paradoxalmente, mantém o estado de desigualdade e exploração, apenas sendo mais ou menos efetivo para aqueles que tem melhores condições de bancar os custos inerentes a um processo judicial.

---

<sup>75</sup>Idem, ibidem.

<sup>76</sup>Idem, ibidem.

## 4 CIDADANIA E DEMOCRACIA

A cidadania exerce um papel de importância vital para a construção da ideia de acesso à justiça. Na dimensão da Constituição Federal do Brasil, a cidadania é um dos pilares que alicerçam o Estado, como previsto no art. 1º, II, e no art. 205: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Com efeito, a distribuição equitativa de benefícios sociais e, de uma forma mais ampla, a realização da justiça social como forma de combate às desigualdades sociais, passa pela análise da cidadania. É possível afirmar que a cidadania realizada através de movimentos sociais e com uma cultura política, fortalece, sobremaneira, o acesso à justiça.

A questão que interessa mais de perto para corroborar a tese defendida neste trabalho, é que sem uma cidadania caracterizada por uma cultura política ativa, voltada para a realização do espaço público, torna-se impossível ou muito difícil a realização plena de um acesso à justiça, como efetivação de uma justiça social.

É necessário, nessa ordem de ideias, discutir em termos críticos o que se entende por cidadania e sua relação com a democracia.

T.H. Marshall demonstra que a cidadania é um *status* concedido àqueles que são membros de uma sociedade e todos aqueles que possuem o *status* são iguais, todavia, a divisão da sociedade em classes sociais é permeada por um sistema de desigualdade.

Daí, então, deriva a reflexão de T. H. Marshall sobre a (im)possibilidade de convivência entre a cidadania e o sistema de classes sociais.<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup>MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967. p. 76. Em outro ponto da obra, demonstra o autor, com muita precisão, que nas sociedades que antecederam o Estado moderno, denominada de sociedade feudal, o *status* ou o nome herdado funcionava como elemento distintivo de classe e também constituía a medida da desigualdade. Não existia princípio ou lei sobre a igualdade dos cidadãos para contrastar com a desigualdade social. Contudo, na atmosfera do Estado do século contemporâneo, “o contrato moderno não nasceu do contrato feudal; assinala um novo desenvolvimento a cujo progresso o feudalismo foi um obstáculo que teve de ser afastado. Pois o contrato moderno é essencialmente um acordo entre homens que são livres e iguais em *status*, embora não essencialmente em poder. O *status* não foi eliminado do sistema social. O *status*

A cidadania tem uma profunda relação com a desigualdade social e, por isso, tem um forte impacto com o acesso à justiça. A desigualdade entre as pessoas tem uma intensa e direta relação com a realização de direitos básicos e no reconhecimento de alguém como cidadão.

A relação entre a cidadania como um princípio que deve estar alicerçado para diminuição da desigualdade e como um atributo a justiça social, foi bem resumido por Marshall:

A cidadania exige um elo de natureza diferente, um sentimento direto de participação numa comunidade baseado numa lealdade a uma civilização que é patrimônio comum. Compreende a lealdade de homens livres, imbuídos de direitos e protegidos por uma lei comum. Seu desenvolvimento é estimulado tanto pela luta para adquirir tais direitos quanto pelo gozo dos mesmos, uma vez adquiridos.<sup>78</sup>

Como os fins propostos desta pesquisa visam colocar em pauta uma (re)discussão do acesso à justiça, não por uma perspectiva reformista, mas sim de cunho revolucionário, entendida esta expressão como uma mudança estrutural, de natureza mais profunda, mais verticalizada, torna-se adequado e necessário discutir a cidadania e a democracia sobre outras vertentes que não as usuais. O acesso à justiça deve estar alicerçado em outro paradigma de cidadania.

#### 4.1 A CIDADANIA EMANCIPATÓRIA (INSURGENTE) E A DEMOCRACIA

Invariavelmente, todos os Estados nacionais procuram, através das leis ou das políticas públicas, dentro de um sistema capitalista, diminuir as diferenças que caracterizam os seus habitantes. Os Estados, em nome da democracia, de um modo geral, prometem cidadanias fundadas na igualdade e com mais justiça e, também, mais dignidade nas diferenças que marcam os seus habitantes. Porém, em termos reais, a maioria das democracias vivencia conflitos entre os seus cidadãos, em um permanente quadro de tensão, oriundo da divisão de classes sociais, na medida que

---

diferencial, associado com classe, função e família, foi substituído pelo único *status* uniforme de cidadania que ofereceu o fundamento da igualdade sobre a qual a estrutura da desigualdade foi edificada". Idem, p. 64-79.

<sup>78</sup>Idem, p. 84.

entram em choque determinados princípios quanto aos termos e as formas de distribuição de direitos.<sup>79</sup>

Neste aspecto, a cidadania e em especial a brasileira, não obstante tivesse um status includente, através de distribuição de direitos, não foi igualitária, em termos de justiça social.

No Brasil, a democratização do país e, com destaque, a democratização dos direitos políticos, não foi capaz de resolver as mazelas sociais. Ainda persistem problemas econômicos, como a desigualdade e desemprego, bem como problemas ligados à área social.<sup>80</sup>

James Holston percebeu, com muita propriedade, que a democratização no Brasil não acabou com as desigualdades, a violência e a negação de direitos. Contudo, esse quadro não impediu que determinadas comunidades – que não eram destinatárias de direitos básicos – criassem, através de movimentos sociais e políticos, uma cidadania democrática denominada, pelo autor, de insurgente.

Neste ponto, transcreve-se as suas palavras:

Em poucas décadas, as classes trabalhadoras urbanas construíram uma força cívica capaz de bater forte naquele Brasil ainda dominante em que a norma histórica da cidadania promove exclusão, desigualdade, ilegalidade, violência e a lógica social do privilégio e da deferência como bases do pertencimento à nação. O desenvolvimento das periferias urbanas autoconstruídas resultou, assim, num confronto entre duas cidadanias, uma insurgente e outra entrincheirada.<sup>81</sup>

A cidadania insurgente, proposta por James Holston, não tem natureza normativa e, tampouco, valor moral ou político. Trata-se, com efeito, de um fenômeno popular que reflete uma “ação na contramão, uma contrapolítica, que desestabiliza o presente e o torna frágil. Ela borbulha do passado em lugares onde as circunstâncias presentes parecem propícias a uma irrupção”.<sup>82</sup>

Esta forma de manifestação da cidadania atua como um movimento advindo de diversos setores da sociedade que não obstante a inclusão como participantes, em

---

<sup>79</sup>HOLSTON, James. *Cidadania insurgente: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil*. São Paulo: Companhia das letras, 2013. p. 21.

<sup>80</sup>CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 19. ed. São Paulo: Civilização brasileira, 2015. p. 201.

<sup>81</sup>HOLSTON, James. Op. cit., p. 27.

<sup>82</sup>Idem, p. 62.

termos formais, da sociedade civil e do Estado – por terem um conjunto de direitos e obrigações – não conseguem usufruir, em parâmetros satisfatórios, direitos básicos, de modo a gerar uma forte desigualdade social.

Esse movimento insurgente se contrapõe à cidadania diferenciada, pois esta, conforme James Holston, é uma cidadania personalizada, que foi originada desde os tempos coloniais, onde o indivíduo é o destinatário de direitos que lhe são atribuídos porque pertencem ou estão ligados a um certo tipo de pessoa social.

De forma mais específica: o status não foi abolido pelo sistema social, mas se perpetuou através da lei, pois a cidadania foi universalmente includente na incorporação e desigual na distribuição de direitos.

Percebe-se, assim, que parcela da população consegue acessar, de forma efetiva, determinados direitos e benefícios, principalmente pela via da esfera privada, enquanto a grande maioria da população depende, claramente, de prestações materiais do Estado para uma vida mais digna.

É nesta atmosfera, de inclusão formal e exclusão substancial, que devem se pautar os movimentos sociais e também deve florescer uma cultura política ativa para o alcance da justiça social e, portanto, para a própria discussão do acesso à justiça.

O antropólogo estadunidense James Holston destaca que:

Os liberais enfatizam a igualdade apenas no sentido formal – uma igualdade perante a lei –, estabelecendo que os indivíduos eram sujeitos de direitos e eram igualmente livres para buscar suas diferenças no mercado. Mas isso não implicou nenhuma responsabilidade do Estado ou da sociedade de assegurar direitos substantivos que nivelariam as oportunidades ou implementar uma medida de justiça social entre os cidadãos. Os democráticos enfatizaram precisamente essa igualdade substantiva em direitos e recursos a despeito das diferenças entre cidadãos. Isso criou um princípio de incorporação nacional indivisível que igualava as diferenças previamente existentes por razões de cidadania.<sup>83</sup>

Com efeito, a hierarquização social, ao longo da história brasileira, vem refletida na lei. O acesso à justiça não se faz, ainda que com o advento da Constituição Federal de 1988, de modo igualitário. Os movimentos que surgem nas camadas mais desfavorecidas em busca de justiça distributiva e de uma maior legitimidade da ordem

---

<sup>83</sup>Idem, p. 57.

social, é um componente vital da ideia de acesso à justiça, através de uma cidadania emancipatória.

Esses movimentos que surgem, por certo, não podem e não devem pautar suas condutas e comportamentos ignorando a natureza sistêmica da esfera funcional da política. A questão central aqui defendida não é pelo controle do Estado e da sua política, como bem descreveu Robert Kurz, apontando o erro cometido pelos movimentos operários e pela esquerda:

A ideia do comando político-estatal sobre a economia (não superada e ainda na forma da mercadoria), seja como um poder revolucionário ou reformista do trabalho, seja como centro imperialista de comando, vagueou sempre como novas variantes nas teorias do movimento operário, do marxismo e da esquerda.<sup>84</sup>

A desigualdade fruto de um sistema econômico voltado para a acumulação e expansão em níveis alarmantes de dinheiro, somado a uma sociedade planetária voltada para o consumo, reclama, com urgência, de uma nova discussão da política e da cidadania como forma de rompimento do sistema vigente, que aqui é denominada de cidadania emancipatória e que, do mesmo modo, integra o conceito de acesso à justiça, como meio de alcance de uma justiça igualitária.<sup>85</sup>

A democracia, tal como a cidadania, também deve ser repensada. A democracia deve ser vista na sua acepção original, como poder do povo.<sup>86</sup> Contudo, a democracia representativa passa a refletir uma contradição que pode ser percebida através da terceirização do poder, através de mandatos curtos, com políticos que

---

<sup>84</sup>KURZ, Robert. *O fim da política: teses sobre a crise do sistema de regulação da forma da mercadoria* cit., p. 8.

<sup>85</sup>Uma determinada passagem do livro citado do professor e sociólogo James Holston serve como exemplo para ilustrar a cidadania insurgente: “Por isso, afirmo que, no desenvolvimento das periferias autoconstruídas os mesmos lugares históricos da diferenciação – os direitos políticos, o acesso à terra, a ilegalidade, o servilismo – alimentaram a irrupção de uma cidadania insurgente que desestabiliza os privilegiados. Embora continuem a sustentar o regime de cidadania diferenciada, esses elementos representam também as condições de sua subversão, na medida em que os pobres urbanos garantiram seus direitos à cidade, adquirindo direitos políticos, tornando-se donos de imóveis, usando a lei a seu favor, criando novas esferas públicas de participação e se transformando em consumidores modernos. Dessa forma, experiências vividas nas periferias se tornaram ao mesmo tempo o contexto e a substância de uma nova cidadania urbana. Essa insurgência local transformou, por sua vez, a democratização nacional”. HOLSTON, James. Op. cit., p. 34.

<sup>86</sup>Da idade clássica até os dias atuais, a *democracia* expressa a ideia de forma de governo – um dos diversos modos com que pode ser exercido o poder político, ou seja, designa a forma de governo pela qual o poder político é exercido pelo povo. Nesse sentido, BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 135.

atuam em nome dos grandes agentes do mercado, porém, o Estado, por meio das suas instituições políticas parece estar atuando em nome do povo.

O mercado e suas diretrizes para a acumulação do capital não é elemento integrante da democracia e, tampouco, é uma alternativa a ela. O mercado, ao invadir o espaço da política, retira a natureza pública e insere as características do próprio mercado, que é privado, na tomada de decisões, ou seja, o espaço que é da política e que, portanto, deveria ser público está sendo esvaziado das questões e programas que são de interesse coletivo.

Este processo de esvaziamento das questões públicas, por certo, acarreta consequências sensíveis a percepção e posição das pessoas na sociedade, isto é, uma concepção individualista toma conta das pessoas e o debate e diálogo sobre os problemas privados e público termina se perdendo, afetando, por conseguinte, a própria ideia de cidadania.

A cidadania deve ser realizada pelo comportamento compartilhado de seus membros, onde a solidariedade, a liberdade e a ideia de coletividade deve imperar, de modo a moldar a concepção subjetiva das pessoas. Esse modo de agir no âmbito da sociedade civil, por certo, será refletido na política.

A cidadania social, ainda não alcançada no Brasil, deve ser pautada no *desenvolvimento*. Celso Furtado demonstra que desenvolvimento não deve ser confundido com crescimento econômico. Ele, o desenvolvimento, deve ser capaz de fazer do indivíduo um elemento de transformação da sociedade e sobre si mesmo.<sup>87</sup>

Explica o professor e economista Celso Furtado:

Hoje o Brasil tem uma renda dez vezes superior à renda da época em que comecei a refletir sobre o nosso subdesenvolvimento. Nem por isso diminuíram as desigualdades sociais; nem por isso fomos bem sucedidos no combate à pobreza e à miséria. Cabe, pois, a pergunta: o Brasil se desenvolveu? A resposta, infelizmente, é não. O Brasil cresceu. Modernizou-se. Mas o verdadeiro desenvolvimento só ocorre quando beneficia o conjunto da sociedade, o que não se viu no país.<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup>FURTADO, Celso. *Metamorfoses do capitalismo*. Discurso proferido para o recebimento do título de Doutro Honoris causa na UFRJ. p. 3. Disponível em: <[www.redcelsofurtado.edu.mx/archivospdf/furtado1.pdf](http://www.redcelsofurtado.edu.mx/archivospdf/furtado1.pdf)>. Acesso em: 29 mar. 2015.

<sup>88</sup>Idem, ibidem.

Sobre este ponto, relacionado ao desenvolvimento, práticas sociais e liberdade, cabe enfatizar as ideias de Amartya Sen. O professor e economista indiano, defende que a liberdade é o que o desenvolvimento promove, então o desenvolvimento é fator de expansão das liberdades. Por sua vez, o desenvolvimento depende de um ambiente de liberdades políticas e civis, de modo que devem ser removidas as principais fontes de privação da liberdade, tais como a pobreza, a tirania, carência de oportunidades econômicas, negligência de serviços públicos e intolerância dos aparelhos repressivos do Estado.<sup>89</sup>

De acordo com o seu pensamento, a privação de liberdade econômica pode ensejar a privação de liberdade social, bem como a privação da liberdade política ou social pode gerar, em igual intensidade, a privação de liberdade econômica.

O exercício de direitos políticos e civis básicos, possibilitam, na sua visão, uma reposta política às necessidades econômicas. Os direitos políticos e civis, quando passam por um processo de debate, discussão e crítica geram processos de escolhas fundamentadas. Assim, constituem temas centrais para a conceituação e compreensão das necessidades econômicas.

A liberdade política e as liberdades civis têm uma importância singular, não sendo necessário justificá-las com base em seus efeitos sobre a economia. Ainda que se tenha um ambiente de estabilidade econômica, as pessoas sem liberdades políticas ou direitos civis são privadas de liberdades vitais para conduzir suas vidas em sociedade, sendo-lhes, portanto, negada a oportunidade de participar de decisões importantes na esfera política.

De acordo com as suas palavras:

A política pública tem o papel não só de procurar implementar as prioridades que emergem de valores e afirmações sociais, como também de facilitar e garantir a discussão pública mais completa. O alcance e a qualidade das discussões abertas podem ser melhorados por várias políticas públicas, como liberdade de imprensa e independência dos meios de comunicação (incluindo educação das mulheres), aumento da independência econômica (especialmente por meio do emprego, incluindo o emprego feminino) e outras mudanças sociais e econômicas que ajudam os indivíduos a ser cidadãos participantes.<sup>90</sup>

---

<sup>89</sup>SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das letras, 2010. p. 16.

<sup>90</sup>SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade* cit., p. 358.



Uma ideia de justiça e desenvolvimento que se concentra em liberdades substantivas, por conseguinte, propicia uma ênfase no cidadão e na sua capacidade de escolhas; as pessoas, quando estão num ambiente de liberdade, não podem ser vistas meramente como pacientes a quem o processo de desenvolvimento concederá benefícios.<sup>91</sup>

Neste contexto, não é correto entender que os processos de participação em decisões políticas e escolha social têm um caráter meramente instrumental, pois esses processos de escolhas e decisão têm de ser entendidos como partes constitutivas dos *fins* do desenvolvimento.

Assim, elucida Amartya Sen, que é necessário ver a democracia como criadora de um conjunto de oportunidades, e o uso dessas oportunidades requer uma análise que aborde a prática da democracia e dos direitos políticos.<sup>92</sup>

Torna-se urgente a necessidade de um processo de transformação através de iniciativas sociais, da implantação prática de novas formas de produção e de vida, e da criação de contextos politicamente organizados independentes das existentes estruturas institucionais, do Estado e dos partidos.

É necessário fazer algumas ponderações sobre o sofisticado pensamento do economista Amartya Sen, principalmente sobre o modo de se atingir as liberdades políticas.

Conforme as ideias do sociólogo polonês Zygmunt Bauman, a individualização é a causa de desintegração da cidadania, eis que existe uma ênfase exacerbada nas tomadas de posição de natureza privatista e que, portanto, acarreta problemas para a cidadania e, também, para a política. Eis as suas palavras:

Se o indivíduo é o pior inimigo do cidadão, e se a individualidade anuncia problemas para a cidadania e para a política fundada na cidadania, é porque os cuidados e preocupações dos indivíduos enquanto indivíduos enchem o espaço até o topo, afirmando-se com seus únicos ocupantes legítimos e expulsando tudo mais do discurso público. O “público” é colonizado pelo “privado”; o interesse público é reduzido à curiosidade sobre as vidas privadas de figuras públicas das questões privadas e a confissões de sentimentos privados (quanto

---

<sup>91</sup>SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade* cit., p. 366.

<sup>92</sup>SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade* cit., p. 204.

mais íntimos, melhor). As questões públicas que resistem a essa redução tornam-se quase incompreensíveis.<sup>93</sup>

O processo totalizante do mercado retira dela, política, o poder de estabelecer programas de interesse social e comum a toda a população, assim, o mercado aparece como única saída para a execução de diretrizes governamentais, eis que são sonegadas e solapadas as decisões a respeito de interesses comum.

Como elucidado por Zygmunt Bauman e Carlo Bordoni:

O Estado está passando por uma profunda crise de identidade. Longe de recuperar sua relação de confiança com o público, que estivera informado de sua constituição desde a origem, ele também tem de suportar repercussões da crise da modernidade, que o arrasta a uma degradação extraordinária, acompanhada – como em toda e qualquer fase de declínio – de corrupção e de desconfiança por parte do povo. A crise política em curso (definida como *antipolítica*) é uma crise do Estado moderno. Interessado em defender as razões de sua existência, ele age para recuperar a credibilidade reduzindo a dívida pública e implementando políticas neoliberais, esquecendo que seu propósito fundamental não é equilibrar o orçamento, mas fornecer serviços adequados ao cidadão.<sup>94</sup>

No mesmo sentido, como descrito por Eric Hobsbawn, “a participação no mercado substitui a participação na política. O consumidor toma o lugar do cidadão”.

Num mundo cada vez mais globalizado e transnacional, os governos coexistem com forças que exercem sobre a vida cotidiana de seus cidadãos um impacto pelo menos equivalente ao deles, mas que, em graus diversos, estão fora de controle. Apesar disso, eles não têm a opção política de abdicar diante de tais forças que estão fora de seu controle (...). Hoje em dia as autoridades públicas se vêem constantemente obrigadas a tomar decisões não apenas políticas, mas também técnicas sobre interesses comuns. Nessa área, o voto democrático (ou as opções dos consumidores no mercado) não adianta nada como guia.<sup>95</sup>

Quando a política é invadida pelas forças do mercado, pelo grande capital, por forças que em muitos aspectos competem com os Estados, perde a capacidade de realizar e traçar diretrizes voltadas ao povo. O mercado, diga-se, não se submete ao

---

<sup>93</sup>BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 51. Em outro trecho destaca o sociólogo: “é o privado que coloniza o espaço público, espremendo e expulsando o que quer que não possa ser expresso inteiramente, sem deixar resíduos, no vernáculo dos cuidados, angústias e iniciativas privadas. Idem, p. 54.

<sup>94</sup>BAUMAN, Zygmunt e BORDONI, Carlo. Op. cit., p. 138-139.

<sup>95</sup>HOBBSAWN, Eric. A falência da democracia. Folha de São Paulo, 09 de setembro de 2001. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs0909200105.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2015. p. 4.

controle democrático. Então, a relação entre poder e política, como condição necessária para a promoção social e mudanças da realidade, torna-se enfraquecida ou inexistente, pois a política sofre um déficit permanente e crescente de poder.<sup>96</sup>

O voto, por sua vez, pode nada ou muito pouco, eis que os governos são enfraquecidos e despojados de seu círculo de ação para a efetivação de políticas públicas de cunho social, passando a entregar funções básicas – de modo gradativo – a esfera privada que está voltada para a acumulação de capital e contrária à justiça social. Ou seja, é possível perceber, com um maior grau de evidência, que os governos já não possuem mais o poder de executar políticas de caráter social, visando atingir as massas mais pobres. Eis, portanto, o motivo da eloquente expressão de Eric Hobsbawn, voto sem valor.

Cabe enfatizar o pensamento crítico e contundente dos Professores Antônio Carlos da Silva e Vanessa Cavalcanti:

As conquistas obtidas com o sufrágio universal, contudo, são superficiais e frívolas se as massas não forem organizadas e autorreconhecidas como classes de trabalhadores com interesses e necessidades inerentes às relações sociais de produção, circulação, distribuição e, inequivocadamente, às leis que as regem.<sup>97</sup>

Pode-se afirmar, de acordo com o pensamento dos eminentes professores citados, que a atuação restrita no âmbito das relações de dominação política não há nenhuma libertação e transformação de caráter social de cunho emancipatório.

A política de natureza emancipatória não se perfaz através do voto e na eventual mudança do agente político, mas sim e a partir do desenvolvimento da sociedade existente, sociedade esta permeada por suas contradições e dividida em classes; a mudança deve ocorrer através da mudança da própria sociabilidade que é traduzida por suas estruturas, orientações, constituições subjetivas e ações. Desse modo, a política emancipatória aparece, nesta ordem de ideias, como um processo de experiência, tomada de consciência e aprendizado.

A massa de excluídos é envolvida num processo de alienação, processo este pautado na busca do consenso, na desmobilização popular e sempre aliada a

---

<sup>96</sup>BAUMAN, Zygmunt e BORDONI, Carlos. Op. cit., p. 32.

<sup>97</sup>SILVA, Antônio Carlos da e CAVALCANTI, Vanessa Ribeiro Simon. A consolidação do ideal de justiça como nosso devir histórico cit., p. 66.

expressões vagas e despidas de sentidos, como o bem comum, pacificação social, entre outras.

Atrelado a isso, fomenta-se a litigiosidade e a busca de solução fora do campo da política estatal que se encontra com pouca legitimidade e com grande descrédito. A questão é que o próprio povo está imerso num processo de alienação, preocupado com a satisfação de interesses pessoais, de natureza individual, relegando o interesse social a um plano secundário ou, até mesmo, inexistente. O voto e a ideia de democracia, tal como é concretizada na prática, não guarda relação com a ideia de justiça social.

Cabe dar o devido destaque às ideias de Jacques Rancière:

A multidão desobrigada da preocupação de governar fica entregue a suas paixões privadas e egoístas. Ou os indivíduos que a compõem se desinteressam do bem público e se abstêm de votar nas eleições, ou as abordam unicamente do ponto de vista de seus interesses e caprichos de consumidores. Em nome de seus interesses corporativistas imediatos, opõem greves e manifestações à medida que visam garantir o futuro dos sistemas de aposentadoria; em nome de seus caprichos individuais, escolhem nas eleições o candidato que mais lhe agrada, da mesma maneira que escolhem inúmeros tipos de pão que as padarias descoladas oferecem. O resultado é que os candidatos de protesto ganham mais votos do que os candidatos de governo.<sup>98</sup>

Enquanto a política estiver invadida pelas leis do mercado, enquanto o poder e a política estiverem dissociados, enquanto o interesse público estiver relegado a um plano secundário, não teremos um governo votado efetivamente para o povo e, por conseguinte, haverá um reflexo negativo para a democracia e para o acesso à justiça, pois a concretização deste direito fundamental, também, depende de custos e de políticas públicas e, de uma forma mais ampla, da própria forma de socialização e da construção da cidadania social.

Sobre o processo democrático, mais uma vez, destaca-se o pensamento de Jacques Rancière:

O que chamamos de democracia é um funcionamento estatal e governamental que é o exato contrário: eleitos eternos, que acumulam ou alternam funções municipais, estaduais, legislativas ou ministeriais, veem a população como elo fundamental da representação dos interesses locais; governos que fazem eles mesmos as leis;

---

<sup>98</sup>RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 96.

representantes do povo maciçamente formados em certa escola de administração; ministros ou assessores de ministros realocados em empresas públicas ou semipúblicas; partidos financiados por fraudes nos contratos públicos; empresários investindo uma quantidade colossal de dinheiro em busca de mandato; donos de impérios midiáticos privados apoderando-se do império das mídias públicas por meio de suas funções públicas. Em resumo: apropriação da coisa pública por uma sólida aliança entre a oligarquia estatal e a econômica.<sup>99</sup>

Conforme descrição do filósofo francês, trata-se, com efeito, de um Estado oligárquico disfarçado. Atualmente, quando se fala em democracia, pretende-se falar sobre uma ideia vaga, utilizando em diversas acepções e como meio para justificar as mais diversas medidas no âmbito da sociedade. A rigor, a democracia funciona como um rótulo, uma expressão abstrata e que não reflete, em sua acepção original, a ideia de governo do povo.

Em decorrência da transformação do Estado e da forma política capitalista, houve, também, uma modificação do sistema partidário. Os partidos políticos deixaram de ser instâncias de articulação e de mediação dos interesses coletivos.

Sua atuação e interesse são definidos e pautados com o fim de garantir a condição de monopólio do controle de acesso aos cargos políticos e demais funções públicas. Interesses e valores socialmente relevantes tornam-se cada vez mais relegados pelo Estado.

Nestes termos a democracia é a junção, cada vez mais intensa e estreita, entre a oligarquia econômica e a oligarquia estatal. A esfera pública é gradativamente privatizada, passa a consolidar laços estreitos com o mercado.

As grandes tomadas de decisões, dos agentes econômicos despreocupados com as questões sociais, têm repercussões em escala mundial e a soberania e autonomia do Estado, como dito, tem sido relativizada.

A fragmentação social ocasiona uma corrosão na atmosfera dos interesses coletivos e de ambientes socioculturais, sendo que a política reflete esta dinâmica da individualização. A possibilidade de bem-estar e fruição adequada dos direitos, mesmo com a emancipação política em termos de direito positivo e com a

---

<sup>99</sup>RANCIÈRE, Jacques. Op. cit., p. 93.

redemocratização do país, são reduzidas as possibilidades existentes no mercado de consumo.

Não houve desenvolvimento social, a cidadania social não foi concretizada e o debate ideológico é refletido pela ideia de que a cidadania foi reduzida à ideia de consumo

Eis um dos motivos pelos quais, no Brasil, a redemocratização do país com a atual Constituição Federal, e a abertura dos direitos políticos, não foram capazes de sanar inúmeros problemas sociais. A rigor, tem-se a alternância do poder e a desigualdade persiste, ou seja, percebe-se uma contradição entre o poder exercido em nome do povo e a forma política estatal que se revela, a toda evidência, como um meio de privatização do poder do povo em benefício de uma minoria.

Como descreve Jacques Rancière:

A “sociedade democrática” é apenas uma pintura fantasiosa destinada a sustentar tal ou tal princípio do bom governo. As sociedades, tanto no presente quanto no passado, são organizadas pelo jogo das oligarquias. E não existe governo democrático propriamente dito. Os governos se exercem sempre da minoria sobre a maioria. Portanto, o “poder do povo” é necessariamente heterotópico à sociedade não igualitária, assim como ao governo oligárquico. Ele é o que desvia o governo dele mesmo, desviando a sociedade dela. Portanto, é igualmente o que separa o exercício do governo da representação da sociedade.<sup>100</sup>

Como assinalado no capítulo anterior, em decorrência da grande competitividade entre os Estados e a implementação de políticas de austeridade, cuja raiz é a crise do capitalismo que molda as instituições estatais e sua forma política, a atuação do Estado atua para grande parte da população como forma de piorar a sua condição de vida.

Torna-se, cada vez mais urgente, nesta ordem de ideias, dar ao povo e com o destaque a massa dos excluídos, uma figura autônoma, apartada da forma política predominante. É preciso uma atividade da população, mobilização, haja vista a democracia não ser uma questão de instituição, mas de participação efetiva no cenário político.

---

<sup>100</sup>RANCIÈRE, Jacques. Op. cit., p. 68.

O movimento democrático, portanto, implica num duplo movimento de superação de limites – primeiro um movimento com a finalidade de estender a igualdade do homem público a outros domínios da vida comum na sociedade e, em especial, a todos que se encontram sujeitos ao processo totalizador do capitalismo e o outro movimento para reafirmar o pertencimento dessa esfera pública constantemente privatizada a todos e a qualquer um.<sup>101</sup>

---

<sup>101</sup>Idem, p. 75.

## 5 A DIMENSÃO JURÍDICA DO ACESSO À JUSTIÇA NAS CONCEPÇÕES DO ESTADO DE DIREITO E DO ESTADO CONSTITUCIONAL E O SENSO COMUM TEÓRICO

O entendimento do acesso à justiça, na perspectiva jurídica, está muito ligado à concepção de Estado. No curso da história entre o Estado de direito e o Estado constitucional houve modificação do entendimento do acesso à justiça.

Numa primeira aproximação, pode-se dizer que o Estado de direito é aquele pautado na legalidade. Dentro da ideia de Estado de direito, pode-se apontar sentidos distintos para a sua compreensão.

Como bem anotado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, as revoluções liberais possibilitaram, no Estado contemporâneo, a implementação do Estado de direito.<sup>102</sup> Num primeiro momento, a fórmula deste modelo era expressar um Estado pautado na razão. Ou seja, reconhecia-se a existência de um poder limitado por um direito superior, inerente à natureza humana, direito superior este que era transcendental. Existia uma concepção de direito que estava acima dos governantes e que não é criado pelos homens, mas apenas descoberto por estes.<sup>103</sup>

Em outro contexto, conforme aponta Gustavo Zagrebelsky, é possível dar uma definição eminentemente formal ao Estado de direito, diretamente ligado à autoridade estatal, sem qualquer análise ou discussão do conteúdo e finalidade do Estado. Eis as suas palavras:

Luego, en otro contexto, pudo darse de él una definición exclusivamente formal, vinculada a la autoridad estatal como tal y completamente indiferente a los contenidos y fines de la acción del Estado. (...) dada la posibilidad de reducir el Estado de derecho a una fórmula carente de significado substantivo desde el punto de vista estrictamente político-constitucional, no es de extrañar que em la época de los totalitarismos de entre-guerras se pudiese originar una importante y reveladora discusión sobre la posibilidad de definir tales regímenes como Estado de derecho.<sup>104</sup>

---

<sup>102</sup>FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de direito e Estado legal. *Revista de direito administrativo*. v. 157. p. 26. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1984.

<sup>103</sup>FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Idem*, p. 11.

<sup>104</sup>ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2011. p. 22.



Pode-se dizer, contudo, que o Estado de direito tem uma conotação substantiva. Nesse contexto, o sentido geral do Estado de direito consiste na limitação do poder estatal em face da liberdade dos indivíduos.<sup>105</sup>

Na concepção liberal, o Estado de direito e o princípio da legalidade tinham por pressuposto a redução do direito à lei e à exclusão de todas as demais fontes do direito, isto é, expressava a lei como fonte normativa de valor supremo.<sup>106</sup>

A generalidade é a essência da lei no Estado de direito. A lei deve operar de forma igualitária frente a todos os sujeitos de direito, sem qualquer tipo de distinção. Essa concepção igualitária da lei frente a todos os sujeitos de direito, sustentava os postulados do Estado liberal, como a moderação do poder estatal e a separação dos poderes.<sup>107</sup>

O acesso à justiça, nesse contexto, era totalmente indiferente das necessidades sociais. O acesso à justiça, entendido como direito de ação, se limitava a proclamar o direito de provocar o Poder Judiciário, não se preocupando com as desigualdades sociais.<sup>108</sup> Os postulados liberais, como a supremacia da lei e a generalidade, encobriam as desigualdades sociais em prol da efetivação dos direitos. A supremacia do parlamento enfraquecia a ideia de uma Constituição com força vinculante.

O século XX foi o período onde surgiu o Constitucionalismo contemporâneo. Explica Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet Branco:

Terminado o conflito, a revelação dos horrores do totalitarismo reacendeu o ímpeto pela busca de soluções de preservação da dignidade humana, contra abusos dos poderes estatais. Os países que saíam do trauma dos regimes ditatoriais buscaram proteger as declarações liberais das suas constituições de modo eficaz. O Parlamento, que se revelara débil diante da escalada de abusos contra os direitos humanos, perdeu a primazia que o marcou até então. A Justiça Constitucional, em que se viam escassos motivos de perigo para a democracia, passou a ser instrumento de proteção da Constituição – que, agora, logra desfrutar de efetiva força de norma

---

<sup>105</sup>“El sentido general del Estado *liberal* de derecho consiste en el condicionamiento de la autoridad del Estado a la libertad de la sociedad, em el marco del equilibrio recíproco establecido por la ley”. Idem, p. 23.

<sup>106</sup>Idem, p. 24.

<sup>107</sup>Idem, p. 29. O Estado de direito, como bem explica Manoel Gonçalves Ferreira Filho, é pautado em três princípios: Legalidade, isonomia e juridicidade. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de direito e Estado legal. Op. cit., p. 28-38.

<sup>108</sup>MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sergio Cruz e MITIDIERO, Daniel. *Curso processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. vol. I, p. 215.

superior do ordenamento jurídico, resguardada por mecanismo jurídico de censura dos atos que a desrespeitem.<sup>109</sup>

Nesta ordem de ideias, afirma-se que no século XX uma das grandes mudanças de paradigma foi a atribuição da Constituição como documento de valor jurídico maior, como norma jurídica suprema. Assim, foi superado o paradigma que vigorou na Europa no século XIX, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político.<sup>110</sup>

O Constitucionalismo contemporâneo promoveu uma modificação substancial na concepção sobre a jurisdição e, conseqüentemente, do acesso à justiça em termos jurídicos. A proteção conferida pelas Constituições modernas e sua força normativa ampliam, sobremaneira, os espaços de atuação da jurisdição, de modo a legitimar as intervenções do Poder Judiciário como forma de conferir efetividade aos programas traçados em suas regras e princípios.

Por certo, podemos dizer que a Constituição de 1988 inovou profundamente no tocante aos poderes concedidos ao Judiciário, no que concerne à tutela dos direitos, principalmente quando o Legislativo e o Executivo não cumprem adequadamente os seus deveres constitucionais ou, então, nada fazem para criar as condições materiais necessárias para assegurar a efetividade dos direitos, principalmente dos direitos sociais.

Nesse sentido, os problemas do acesso à justiça tornaram-se mais evidentes quando houve a instituição do Estado constitucional e a conseqüente consagração constitucional dos novos direitos, além das modificações do sistema capitalista no final da década de 1970.

O Estado Constitucional, conforme preconiza a doutrina, encontra-se estruturado na defesa do regime democrático e dos direitos fundamentais, reclamando da justiça constitucional uma posição mais atuante na concretização e no desenvolvimento dos preceitos constitucionais.

---

<sup>109</sup>MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 47-48.

<sup>110</sup>BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de direito constitucional e internacional*. vol. 58. p. 134. São Paulo: Ed. RT, 2007.

No Estado Constitucional, perdeu força o argumento de que a intervenção do Poder Judiciário, em matéria de concretização dos direitos ou na implementação de políticas públicas, revela-se como violadora do princípio da separação dos poderes.<sup>111</sup>

Este argumento, como dito linhas acima, funciona como uma espécie de blindagem para a efetivação das regras e princípios constitucionais. Um dos argumentos utilizados é que os juízes não são eleitos democraticamente, de modo que não poderiam imiscuir-se na função reservada ao Legislativo e ao Executivo.

O que legitima a atuação da justiça constitucional é, principalmente, o não cumprimento dos programas traçados na Constituição Federal que, por sua vez, funcionam como parâmetro de validade e como documento que rege e vincula a todos os poderes constituídos.

A Constituição molda e condiciona a ação do Estado.<sup>112</sup>O princípio da separação dos poderes – concepção de matriz liberal –, e o dogma da lei expressado na ideia da supremacia do parlamento, no Estado Democrático de Direito, sofrem profundas transformações. No Estado constitucional, o paradigma vigente passa a ser a primazia dos direitos fundamentais e a vinculação de todos os poderes à Constituição. Merece destaque, neste ponto, as palavras do jurista Lênio Luiz Streck:

De um lado, a soberania do parlamento e da intangibilidade e onipotência do legislador parlamentarário perdeu definitivamente terreno em favor da concepção da soberania e supremacia da Constituição e do caráter constituído e subordinado do Poder Legislativo, bem como da convicção de que o princípio da maioria não equivale à prepotência nem pode traduzir-se na imunidade do Poder Legislativo e do Executivo perante as violações da lei fundamental. *A soberania do parlamento cedeu o passo à supremacia da Constituição. O respeito pela separação dos Poderes e pela submissão dos juízes à lei foi suplantado pela prevalência dos direitos dos cidadãos face ao Estado.* (os destaques constam no original).<sup>113</sup>

---

<sup>111</sup>Neste ponto, são muito pertinentes as observações do constitucionalista André Ramos Tavares amparado nas lições de Karl Loewenstein, onde ensina que a separação dos poderes deve ser entendida, a rigor, como distribuição de determinadas funções a órgãos distintos do Estado e que a expressão de *poderes* deve ser entendida como expressão figurativa. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 917. Na mesma linha, são pertinentes as lições do Eros Roberto Grau, onde demonstra que a separação dos poderes constitui um dos mitos mais eficientes do Estado liberal. GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. Op. cit., p. 225.

<sup>112</sup>STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 103.

<sup>113</sup>Idem, p. 104.

Na perspectiva da uma Constituição Dirigente, como é a atual, o direito de acesso à justiça ganha uma nova dimensão política e social, de modo a não se restringir a uma visão jurídico-formal. O direito de acesso à justiça, sendo classificado como um direito fundamental à prestação, reclama, por parte dos órgãos governamentais, a implementação de medidas concretas e eficazes para promover uma justiça acessível para todos.

Não há dúvida de que a jurisdição é chamada a tutelar os direitos, quer em caso de omissão normativa ou de políticas públicas, quer em caso de proteção deficiente na criação e desenvolvimento de condições materiais. Nestes termos, a margem de atuação, do Executivo ou do Legislativo, para a formulação de leis e de políticas públicas, é maior se comparada ao Judiciário, pois cabe a este fazer o controle da omissão ou da insuficiência da proteção conferida pelo legislador constituinte.

No plano do exercício da função jurisdicional, é dever do magistrado, em primeiro lugar, verificar o dever de proteção do direito que se afirma ameaçado ou lesionado, para, então, em um momento subsequente, controlar a insuficiência e impor o meio mínimo para a satisfação do dever de proteção. Desse modo, para a concessão de uma tutela jurisdicional adequada, deve o juiz verificar se há dever de proteção ao direito fundamental e, posteriormente, verificar como a legislação tutela o direito para que, então, não esteja configurada uma situação de proteção insuficiente.<sup>114</sup>

Sobre a intervenção do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas, o Ministro Celso de Melo, no julgamento da ADPF 45/DF, trouxe importantes lições sobre o tema (informativo/STF n. 345/2004):

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da reserva do possível. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo

---

<sup>114</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. Do controle da insuficiência de tutela normativa aos direitos fundamentais processuais. *Revista de processo*. vol. 226. p. 22. São Paulo: Ed. RT, 2013.

consubstanciador do mínimo existencial. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

Cabe enfatizar, pela relevância da observação, o seguinte fragmento do voto do Ministro Celso de Melo, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário de n. 581.353-Amazonas, julgado em 29/10/2013:

**“Impende assinalar**, contudo, **que a incumbência de fazer implementar** políticas públicas **fundadas** na Constituição **poderá** atribuir-se, ***ainda que excepcionalmente***, **ao Judiciário, se e quando** os órgãos estatais competentes, **por descumprirem** os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter vinculante, **vierem a comprometer**, **com tal comportamento, a eficácia e a integridade** de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ***como sucede na espécie ora em exame***”. (os destaques são do original)

A inércia estatal em cumprir os mandamentos previstos na Constituição legitima a intervenção do judiciário que, por sua vez, também se vincula em igual modo às regras e princípios moldados no texto constitucional.

Percebe-se, a toda evidência, que a ideia de Estado constitucional e de uma Constituição Dirigente, não obstante a sua importância teórica e a respectiva adesão de parcela substancial da doutrina, também se encontra no senso comum teórico para os fins aqui propostos,<sup>115</sup> eis que não leva em consideração o poder totalizante do processo capitalista e a divisão de classes e, além de tudo, concentra o protagonismo da mudança social na Constituição e não na base social.

A título de aprofundamento das ideias lançadas e expostas neste item, passa-se a tecer uma reflexão sobre temas satélites sobre o Estado Constitucional, ativismo judicial, direitos fundamentais e acesso à justiça e, por fim, escolhe-se algumas decisões da mais alta corte do país (Supremo Tribunal Federal) para ilustrar as premissas teóricas aqui estabelecidas.

---

<sup>115</sup>Sobre o senso comum teórico, a professora Marília Muricy, o enquadra dentro do processo de aplicação/interpretação do direito. Eis um ponto de destaque da obra da citada professora: “Embora a inauguração da perspectiva dogmática preceda à modernidade e a todo o rol de características antes assinalado, é, sem dúvida, aí que se dá a grande separação epistemológica entre o saber científico dos juristas e o senso comum da vida vivida em atitude natural. MURICY, Marília. *Senso comum teórico e direito*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 18.

## 5.1 O ACESSO À JUSTIÇA E O SEU ENQUADRAMENTO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Como ponto de partida, é relevante fazer um esclarecimento sobre a distinção conceitual entre direitos humanos e direitos fundamentais, bem como elucidar o sentido e o alcance do que se entende por direitos humanos.

A expressão direitos humanos ou direitos fundamentais são utilizadas, em muitas ocasiões, sem a devida distinção terminológica. Ao menos para fins didáticos, até mesmo pelo fato da expressão direitos fundamentais terminar por ser mais empregada neste trabalho, é necessário traçar as diferenças entre uma e outra expressão.

Ensina Ingo Wolfgang Sarlet que a expressão direitos fundamentais se refere aos direitos humanos que foram reconhecidos e colocados como direito posto em determinado ordenamento jurídico por meio das Constituições, de modo que os direitos humanos, por seu turno, estariam adstritos aos documentos de direito internacional, por estarem ligados àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente do reconhecimento de determinada ordem constitucional.<sup>116</sup>

Sobre o conceito dos direitos humanos, sem adentrar na distinção feita acima, Amartya Sen elucida que estes consistem em declarações éticas fortes sobre o que deve ser feito, isto é, são pretensões dotadas de força que indicam o que é necessário para concretizar liberdades reconhecidas e identificadas por meio desses direitos.<sup>117</sup>

Parte o autor indiano da premissa de que os direitos humanos, no que se refere à sua conceituação, pode ser visualizado a partir de perguntas sobre o seu conteúdo e sua viabilidade. O conteúdo consiste numa afirmação ética que existe nas declarações dos direitos humanos e esta afirmação ética propicia certas liberdades

---

<sup>116</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011. p. 29. Sobre a relação entre os direitos humanos no plano internacional e o sistema de proteção dos direitos humanos na ordem constitucional interna, consultar PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 99-174.

<sup>117</sup>SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 392-393.

(v.g., não ser torturado ou não passar fome) e, por consequência, gera à necessidade de aceitação de deveres sociais como forma de promover essas liberdades.

Quanto à viabilidade, considera-se que a discussão dos direitos humanos é dotada de uma argumentação racional pública e imparcial para a sua justificação, independentemente de quem seja o titular do discurso, se uma instituição, um grupo de pessoas ou um ente político, não necessitando da instância legislativa para o seu reconhecimento.<sup>118</sup>

Eis as palavras do autor:

As diversas atividades, em conjunto e em separado, podem contribuir para fomentar a concretização de importantes liberdades humanas. Talvez seja o caso de frisar que, além de existirem muitas vias para salvaguardar e promover os direitos humanos além da legislação, esses diversos caminhos mantêm uma relação de considerável complementariedade. A ética dos direitos humanos pode se tornar mais efetiva com uma variedade de instrumentos inter-relacionados e uma versatilidade de meios e maneiras.<sup>119</sup>

Um dos pontos de relevo para o conceito de direitos humanos, conforme o pensamento do autor referido, consiste na importância dada à ideia de liberdades que passa a ser agregada ao seu conteúdo (direitos humanos), eis que o fundamento das liberdades propicia uma fundamentação para afirmar os direitos humanos do titular que os invoca, bem como serve para considerar as liberdades e direitos dos outros, numa evidente reciprocidade.

Na medida em que é necessário algum acordo para o arcabouço social dos direitos humanos, o acordo que se deve buscar não é apenas se alguma liberdade específica de uma pessoa específica possui alguma importância ética, e sim se a importância dessa liberdade atende à “condição de limiar” de ter importância social suficiente para ser incluída como parte dos direitos humanos daquela pessoa, e gerar analogamente obrigações para que os outros vejam como podem ajudar essa pessoa a realizar essas liberdades (...)<sup>120</sup>

Feitos esses esclarecimentos conceituais, passa-se a tecer considerações específicas sobre as dimensões dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais constituem fruto de um desenvolvimento histórico. Pode-se afirmar que as dimensões dos direitos fundamentais, por serem um produto da história, sofrem influências da época em que foram engendrados e, do mesmo, do

---

<sup>118</sup>Idem, p. 394.

<sup>119</sup>Idem, p. 401.

<sup>120</sup>Idem, p. 402.

atual momento histórico, permitindo, por consequência, uma visualização de um diálogo entre as respectivas dimensões.

O que se pretende afirmar, nesta ordem de ideias, é que as dimensões de que os direitos fundamentais têm na história, no contexto social, político e econômico, os elementos subjacentes à sua interpretação. Isto implica dizer, a toda evidência, que o sentido e o alcance que se dava a um direito fundamental de primeira e segunda dimensão em um determinado período histórico, por certo, não será necessariamente o mesmo que se faz em outra época. Por exemplo, a ideia de devido processo legal no século XIX não é a mesma do século XXI.

As dimensões dos direitos fundamentais dialogam entre si, não havendo uma sobreposição de uma dimensão em relação a outra. A rigor, pode-se afirmar que o conteúdo de uma dimensão precedente influencia, sobremaneira, no desenvolvimento da dimensão posterior que também pode, em alguma medida, conformar ou moldar a interpretação da dimensão anterior.

Não é por outro motivo que no âmbito destas reflexões, prefere-se a utilização da expressão dimensões dos direitos fundamentais ao invés gerações de direitos fundamentais.<sup>121</sup>

Importante assinalar que o professor Antônio Carlos Wolkmer faz uma crítica à expressão “gerações” de direitos fundamentais, ao afirmar que esta expressão implica numa ideia de substituição entre estes direitos, quando, a rigor, os direitos fundamentais consolidados são preservados, somando-se, assim, a outros que passam a surgir no curso da história.<sup>122</sup>

Aponta o autor cinco dimensões dos direitos fundamentais. A primeira das dimensões, de acordo com a perspectiva histórica, é oriunda das revoluções francesa e americana. Deste modo, são os primeiros que foram positivados.

---

<sup>121</sup>No âmbito da doutrina, adotando a expressão gerações dos direitos fundamentais ver MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 135-139. Esclarece Ingo Wolfgang Sarlet: “Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão gerações pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem preferira o termo dimensões dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina”. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 45.

<sup>122</sup>WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos*. In: Revista Jurídica (FIC). vol. 2, n. 31. Curitiba, 2013. p. 126.



Estes direitos de primeira dimensão, são traduzidos como direitos de abstenção do Estado, consubstanciando e criando obrigações de não fazer e de não intervir na vida pessoal de cada sujeito. São direitos de natureza universalista. O cerne dos direitos de primeira dimensão é o homem na sua concepção individual.

São características dos direitos desta dimensão, os direitos inerentes à individualidade, tidos como atributos naturais, inalienáveis e imprescritíveis, que por serem de defesa e serem estabelecidos contra o Estado, têm especificidade de direitos “negativos”.

Os direitos de segunda dimensão têm por característica central a exigência de adoção de ações por parte do Estado, modificando, portanto, a concepção que existe entre Estado e sociedade. O impacto que o descaso social exerceu sobre o direito, em decorrência do processo de industrialização e do crescimento demográfico, foram vitais para que o Estado intervisse na sociedade promovendo mais justiça social.

Os direitos de segunda dimensão têm, como elemento nuclear, de acordo com a doutrina, prestações positivas do Poder Público como forma de propiciar a igualdade e a justiça social. São direitos ligados a saúde, educação, acesso à justiça, lazer, dentre outros.

Sobre a atuação do Estado nos direitos de segunda dimensão, transcreve-se as palavras do Antônio Carlos Wolkmer:

são direitos sociais, econômicos e culturais, direitos fundados nos princípios da igualdade e com alcance positivo, pois não são contra o Estado, mas ensejam sua garantia e concessão a todos os indivíduos por parte do poder público.<sup>123</sup>

Os direitos de terceira dimensão têm por nota distintiva não o homem individualmente considerado, mas sim a coletividade, a comunidade. Integram esta dimensão os direitos coletivos e difusos. Aponta o autor, nesta ordem de ideias, que os direitos à proteção ao meio ambiente e do consumidor ganharam especial relevo no período posterior a segunda guerra mundial.

---

<sup>123</sup>Idem, p. 128.

Os direitos de quarta dimensão, entretanto, tem por objeto a biotecnologia, a bioética e a regulação da engenharia. Deste modo, trata-se de direitos que invariavelmente têm ligação com a vida humana.

Com o alto progresso científico da medicina no final do século XX, preocupações com a utilização de procedimentos, experimentos e de comportamentos no campo ético vieram à tona. Importante passagem é transcrita nos seguintes termos:

Daí o surgimento, nos anos 1970, da reflexão bioética, que, tendo sido até então uma mera reflexão deontológica no âmbito da ética médica, vem lançando-se a propósitos muito mais amplos. Naturalmente, a bioética ganha importância por revelar-se instrumental interdisciplinar de base ética que visa a pesquisar, na esfera da saúde, os meios necessários para gerenciar, com responsabilidade, a vida humana em geral.<sup>124</sup>

Para o citado autor, torna-se imperiosa a criação de uma legislação e de uma teoria jurídica com capacidade para atender e captar as demandas destes “novos” direitos e também como forma de proteger, de maneira eficaz, a vida humana.

Os direitos de quinta geração guardam pertinência com as atividades advindas da tecnologia de informação, do ambiente virtual. Com efeito, a virada do século XX para o século XXI, em um novo milênio, reflete uma transição entre a sociedade industrial para a sociedade da tecnologia.<sup>125</sup>

A forma de relacionamento entre as pessoas foi alvo de transformação, bem como o comércio que do mesmo modo, sofreu os influxos da era da informação e da tecnologia. A possibilidade de prática de ilícitos e sua forma, com a internet, sofreram mudanças. A necessidade de proteção de direitos personalíssimos passa a reclamar uma nova atuação do direito.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em obra clássica, visualizaram a necessidade de reformular e desenvolver o acesso à justiça. Essa onda renovatória foi descrita pelos juristas como três ondas de acesso à justiça.

---

<sup>124</sup>Idem, p. 132.

<sup>125</sup>Idem, p. 133.

A primeira onda destinou-se a proteção dos hipossuficientes através da assistência judiciária gratuita.<sup>126</sup> A segunda onda de acesso à justiça refere-se à proteção aos direitos coletivos, a tutela dos conflitos metaindividuais e, como terceira onda renovatória, defendem os autores sobre a necessidade de criação de métodos alternativos para a resolução dos conflitos, “através da utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios”.<sup>127</sup>

O acesso à justiça, através de uma leitura da Constituição Federal, pode ser extraído do art. 5º, inciso XXXV, onde a Carta Magna consagra, expressamente, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito. Este dispositivo extraído da Constituição Federal é interpretado pela doutrina no sentido de que a realização do direito de acesso à justiça torna-se indispensável à própria configuração do Estado, eis que não há como pensar no próprio Estado sem que seja possibilitado um efetivo acesso ao Poder Judiciário.<sup>128</sup>

Nestes termos, o acesso à justiça reflete a ideia de que o Estado proíbe a tutela privada ou a imposição da força privada para a realização de suas satisfações pessoais ou para a realização e proteção dos direitos.<sup>129</sup> Daí, então, o Estado assume o monopólio da resolução dos conflitos, isto é, o acesso à justiça passa, invariavelmente, pelo Poder Judiciário e por outras funções essenciais à justiça.

O acesso à justiça, classicamente entendido como um direito fundamental de segunda geração, atua sobre o Estado como forma deste propiciar e viabilizar a efetividade da proteção dos direitos, vale dizer, o direito do acesso à justiça se destina a regular a relação entre o Estado prestador e o particular, assim este direito fundamental obriga o Estado a prestar a tutela jurisdicional efetiva a todo e qualquer direito que seja objeto de um processo e tido por ameaçado ou violado.<sup>130</sup>

Uma das grandes preocupações, em relação ao acesso à justiça, concentra-se na grande quantidade de ações que tramitam no Judiciário. A leitura do instituto passa,

---

<sup>126</sup>Cabe destacar, por oportuno, as lições de Mauro Cappelletti e Bryant Garth: “A assistência judiciária, no entanto, não pode ser o único enfoque a ser dado na reforma que cogita o acesso à Justiça. Existem limites sérios na tentativa de solução pela assistência judiciária. Antes de mais nada, para que o sistema seja eficiente, é necessário que haja um grande número de advogados, um número que pode exceder a oferta, especialmente em países em desenvolvimento. CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfeet. Porto Alegre: Ed. Fabris, 1988. p. 47.

<sup>127</sup>Idem, p. 71.

<sup>128</sup>MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sergio Cruz e MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 217.

<sup>129</sup>Idem, p. 237.

<sup>130</sup>Idem, p. 239.

inexoravelmente, em viabilizar meios e formas que diminuam a quantidade de processos que estão em curso na justiça.

Esse deslocamento para a solução de diversos problemas sociais, da sociedade civil para o Judiciário, não se desenvolve sem um reflexo profundo no quadro da cidadania e democracia e, também, para o acesso à justiça.

Para o professor José Afonso da Silva:<sup>131</sup>

A cidadania, assim considerada, consiste na consciência de pertinência à sociedade estatal como titular dos direitos fundamentais, da dignidade como pessoa humana, da integração participativa no processo do poder com a igual consciência de que essa situação subjetiva envolve também deveres de respeito à dignidade do outro, de contribuir para o aperfeiçoamento de todos. Essa cidadania é que requer providências estatais no sentido da satisfação de todos os direitos fundamentais em igualdade de condições. Se é certo que a promoção dos direitos sociais encontra, no plano das disponibilidades financeiras, notáveis limites, menos verdade não há de ser que, inclusive em épocas de recessão econômica, o princípio da igualdade continua sendo um imperativo constitucional, que obriga a repartir também os efeitos negativos de todo período de crise.

Rodolfo de Camargo Mancuso, em análise crítica do acesso à justiça, ponderou que a cultura demandista, causa de incontáveis ações judiciais, instalou-se de forma crescente no âmbito a sociedade brasileira e este fato está diretamente associado a uma leitura exacerbada e irrealista do referido princípio, pois o Judiciário converteu-se em desaguadouro geral e indiscriminado de toda e qualquer pretensão resistida ou insatisfeita.<sup>132</sup>

## 5.2 UMA DISCUSSÃO SOBRE O ÂMBITO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O ACESSO À JUSTIÇA

Muito se tem discute, no âmbito doutrinário, acerca da efetividade e aplicabilidade dos direitos sociais e, de um modo geral, os direitos à prestação por parte do Estado. É tema recorrente nos tribunais e em diversos trabalhos científicos.

---

<sup>131</sup>SILVA, Jose Afonso da. Acesso à justiça e cidadania. *Revista de direito administrativo*. v. 216. p. 11. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

<sup>132</sup>MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de direito* cit., p. 108.

É possível afirmar, nessa ordem de ideias, que o tema ganhou especial relevância com a promulgação da Constituição Federal de 1988, onde, indubitavelmente, ampliou sobremaneira o rol de direitos fundamentais sociais.

A Constituição Federal, em termos formais, introduz um grande avanço na consolidação dos direitos e garantias fundamentais, principalmente no que tange ao trato dos direitos sociais, situando-se, a Constituição, como o documento político mais abrangente e pormenorizado sem precedentes na história do constitucionalismo brasileiro.<sup>133</sup>

Neste ponto, será analisada a relação entre os direitos sociais e o seu âmbito de proteção à luz da teoria dos direitos fundamentais para a sua efetivação.

Refuta-se, a toda evidência, a criação de modelos apriorísticos para legitimar a intervenção do Poder Judiciário, eis que esses modelos, em maior ou menor grau, são dotados de generalidades, de modo que, em muitos casos terminam por restringir a aplicação dos direitos sociais, tornando-se incompatível com a teoria dos direitos fundamentais dotada de um suporte fático em sentido amplo.

Podemos afirmar, com efeito, que boa parte da doutrina e também da jurisprudência dos tribunais brasileiros, com especial destaque às decisões proferidas no Supremo Tribunal Federal, têm reconhecido como legítima a atuação do Poder Judiciário quando as regras e princípios constitucionais se mostrarem ineficazes por omissão total ou parcial dos poderes constituídos. Quando políticas públicas não saem do papel ou, então, se mostram nitidamente ineficazes, os tribunais brasileiros, de um certo modo, têm determinado o cumprimento dos direitos previstos na Constituição.

Como bem anotado pelo Ministro Edson Fachin, uma Constituição não nasce, ela se faz. A instância jurídica não pode, a rigor, se apartar do contexto social, histórico, econômico e político.<sup>134</sup>

---

<sup>133</sup>PIOVESAN, Flávia. Proteção dos direitos sociais no Brasil: Desafios e perspectivas. In. CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (coord). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 410.

<sup>134</sup>FACHIN, Luiz Edson. O Supremo Tribunal Federal e a jurisdição constitucional: da preservação à justificação material dos direitos. In. CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (coord). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 688.

Apenas é possível cogitar de legítima as decisões judiciais quando obedecem às regras e programas traçados pela Constituição Federal. A Constituição da República será sempre o referencial para se analisar a legitimidade da intervenção o Poder Judiciário para a implementação dos direitos sociais.

É possível afirmar, numa primeira aproximação e conforme o desenho das competências constitucionais, que a elaboração de políticas públicas para a promoção e efetivação dos direitos sociais é de responsabilidade primária (direta) do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

Daí, então, se estiver caracterizada uma situação de inércia ou uma ação inadequada em tema de implementação de políticas públicas que não esteja obedecendo os ditames da Constituição Federal, torna-se legítima, em tese, a atuação e intervenção do Judiciário na política. Essa atuação, conforme será proposto, deverá ser feita com base na análise do âmbito de proteção dos direitos sociais.

A política não é um espaço blindado, onde esteja impossibilitada a atuação da Jurisdição Constitucional via Poder Judiciário. Pode-se dizer que o direito tem uma ligação intrínseca com a política. Nesta ordem de ideias, afirmar-se que o direito não deve ser divorciado da realidade política, eis que as decisões judiciais produzem reflexos no âmbito social, além de sentimentos e expectativas nos cidadãos.

A Constituição se enraíza e conforma em todos os espaços por ela regidos.<sup>135</sup> Nestes termos, com destaque ao controle de constitucionalidade, onde inúmeras decisões versam sobre a efetividade dos direitos fundamentais, é ainda mais perceptível o alcance político das decisões do Poder Judiciário.

A força normativa da Constituição não admite ações ou omissões que reflitam em transgressão de seu âmbito normativo. Numa sociedade complexa e contraditória, judicializa-se muito.

Por força normativa da Constituição entende-se como a capacidade de propiciar efetividade e aplicabilidade as normas constitucionais, num processo de migração do plano do dever ser para o plano do ser, ou seja, a Constituição através

---

<sup>135</sup>BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista da OAB*. p. 13. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10/03/2015.

de seus fins e valores, refletidos no seu programa normativo, deve ser dotada da capacidade de ordenar e condicionar a vida do Estado e da sociedade.<sup>136</sup>

Pode-se dizer que a força normativa da Constituição tem ligação direta com a ideia da máxima eficácia e efetividade da Constituição, de modo a assegurar que o seu conteúdo normativo seja implementado no plano dos fatos, além do fato da Constituição estar diretamente ligada com as condições históricas de época, contemplando as condições econômicas, sociais, técnicas e naturais.<sup>137</sup>

A ideia de força normativa da Constituição encontra-se muito presente na ideia de efetivação dos direitos sociais. Estes são classificados como direitos fundamentais de segunda geração que, por sua vez, tem como nota característica nuclear o fato de exigir, do Poder Público, prestações materiais, uma conduta positiva, como forma de propiciar, gradativamente, a justiça social e a igualdade para os mais necessitados.

Portanto, os direitos sociais não constituem direitos oponíveis contra o Estado, mas sim direitos que são exigidos por meio do Estado, reclamando dos poderes constituídos prestações materiais.<sup>138</sup>

Assim se manifestou Ingo Wolfgang Sarlet:

Os direitos sociais a prestações, ao contrário dos direitos de defesa, não se dirigem à proteção da liberdade e igualdade abstrata, mas, sim, como já assinalado alhures, encontram-se intimamente vinculados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem.<sup>139</sup>

Mas não é só.

Na proteção dos direitos sociais, destaca-se, ainda, uma dimensão defensiva. Esta dimensão revela um dever de não interferência no direito social que se mostra

---

<sup>136</sup>SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 189.

<sup>137</sup>Idem, p. 219.

<sup>138</sup>KRELL, Andreas J. Krell. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. Revista de informação legislativa. v. 36. p. 240. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/545>>. Acesso em: 5 mar. 2015. Autorizada doutrina aponta que: “não se pode olvidar que também em matéria de direitos sociais assumem relevo os deveres de proteção que vinculam os órgãos estatais, inclusive no que diz com uma atuação em caráter preventivo e que ensejam um dever de proteção suficiente, pena de violação da assim chamada proibição de insuficiência de proteção, isto sem falar na existência de deveres fundamentais (sociais) dos particulares. SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 596.

<sup>139</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 284.

aplicável através de uma política pública ou uma prestação material, ou seja, a dimensão negativa atua como uma vedação na concretização da norma constitucional no plano dos fatos.

Daniel Sarmento, com propriedade, afirma que os maiores problemas ligados aos direitos sociais estão relacionados à sua dimensão prestacional.<sup>140</sup> Diferentemente do autor citado que faz a sua análise através da teoria da eficácia imediata nas relações privadas, este ponto da pesquisa, como assinalado, concentra-se na análise do âmbito de proteção dos direitos sociais. Com efeito, os direitos sociais, do mesmo modo, possuem âmbito de proteção tal como outros direitos fundamentais.

Conforme as precisas observações do José Afonso da Silva<sup>141</sup>, os direitos sociais devem ser entendidos como prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais necessitados, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.

Os direitos sociais caracterizam como direitos a prestações materiais visando a diminuir as desigualdades de fato existentes na sociedade.<sup>142</sup>

A Constituição Brasileira, em todo o seu período de vigência, sempre esteve numa relação de contradição com a realidade da maioria da população e, deste modo, em termos de efetividade, contribuiu muito pouco para o melhoramento da sua qualidade de vida.

Esta situação de implementação dos direitos sociais torna-se mais complexa quando o ente estatal queda-se inerte, seja por não executar prestações materiais ou,

---

<sup>140</sup>Aponta o autor que a solidariedade deve servir de parâmetro para a construção de uma teoria dos direitos fundamentais nas relações privadas, de modo que a construção de uma sociedade solidária tem por pressuposto o abandono do individualismo e do egocentrismo, onde cada cidadão passa a ter responsabilidade sociais em relação à comunidade. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 339.

<sup>141</sup>SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 294.

<sup>142</sup>KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002. p. 31.



então, por não criar condições materiais por sua efetivação ou sequer formular políticas públicas para anteder a população mais carente.

Esta questão foi percebida pelo jurista Andreas Joachim Krell:

A eficácia social reduzida dos Direitos Fundamentais Sociais não se deve à falta de leis ordinárias; o problema maior é a não prestação real dos serviços sociais básicos pelo Poder Público. A grande maioria das normas para o exercício dos direitos sociais já existe. O problema certamente está na formulação, implementação e manutenção das respectivas *políticas públicas* e na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos Estados e dos municípios.<sup>143</sup>

Este ponto possui especial relevo.

A implementação dos direitos sociais pelo Estado está sujeita ao seu âmbito de ação e decisão na sociedade capitalista. Este ponto não pode e não deve ser ignorado. A política e a economia devem ser consideradas para a implementação dos direitos fundamentais, pois a Constituição não é somente normativa. Em termos específicos, deve averiguar o real papel do Estado na sociedade. Somente se discutindo o real papel do Estado (a sua justificação), é que poderemos ver o que estamos fazendo com a Constituição.

O âmbito de proteção de um direito fundamental consiste na parcela do suporte fático que tutela um determinado direito fundamental. Nesta ótica, a ideia de âmbito de proteção de um direito fundamental tem em seu conteúdo respostas acerca de quais condutas, atos ou fatos são protegidos pela regra concernente ao direito fundamental.<sup>144</sup>

O suporte fático, por sua vez, pode ser dividido em suporte fático abstrato e suporte concreto. O primeiro é entendido como os fatos ou atos que se encontram descrito no tipo normativo e o suporte fático concreto são os acontecimentos no plano da vida que se amoldam ao modelo legal, de modo a produzir as consequências jurídicas previstas na regra constitucional.<sup>145</sup>

---

<sup>143</sup>Idem, p. 32-33.

<sup>144</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 72.

<sup>145</sup>Adota-se expressamente, neste trabalho, a concepção do Virgílio Afonso da Silva sobre o sentido e alcance do suporte fático em sentido amplo. Ensina o jurista que ao se adotar um suporte amplo, “o que ocorre é um deslocamento do foco da argumentação: ao invés de um foco no momento da definição daquilo que é protegido e daquilo que caracteriza uma intervenção estatal, há uma concentração da argumentação no *momento da fundamentação da intervenção*”. Idem, p. 94.

Há que se distinguir, portanto, o suporte fático dos direitos fundamentais do seu âmbito de proteção. O suporte fático, como dito linhas atrás, pode ser entendido como hipótese abstrata acerca de determinada situação da vida. Ou seja, o suporte fático é compreendido, em termos gerais, pelos fatos ou atos que são previstos pelo tipo normativo que descreve determinado direito fundamental, de modo que preenchido o suporte fático abstrato, através da realização do ato ou fato (suporte concreto), ativa-se a consequência jurídica prevista no modelo legal.<sup>146</sup>

O âmbito de proteção encontra-se dentro do suporte fático do direito fundamental, isto é, aquilo que é protegido pela regra constitucional é uma parcela do suporte fático.<sup>147</sup>

Não se pode cogitar uma regra universal para qualificar ou definir o âmbito de proteção dos direitos fundamentais. O âmbito de proteção dos direitos fundamentais deve ser analisado em cada caso concreto de acordo com a necessidade que o direito ameaçado ou lesionado reclama.

Como bem destacado pelos constitucionalistas Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, o estudo dos direitos fundamentais e das suas limitações e restrições devem ser realizados com base na estrutura dogmática.<sup>148</sup>

O suporte fático é composto pelo âmbito de proteção, pela intervenção estatal e pela ausência de fundamentação constitucional.<sup>149</sup> Vê-se, portanto, de tudo quanto foi dito, que o suporte fático não abarca somente aquilo que protege o direito fundamental, mas abrange, igualmente, a intervenção estatal.

Numa palavra: o suporte fático tem em seu conteúdo o âmbito de proteção (aquilo é protegido pela regra de direito fundamental), bem como a ação estatal que consiste na restrição ao direito fundamental. Além destes dois elementos que compõe

---

<sup>146</sup>Idem, p. 67. Destaca-se aqui, do mesmo modo, a precisão conceitual dos Professores Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, ao escreverem que: “O âmbito de proteção de um direito fundamental abrange os diferentes pressupostos fáticos e jurídicos contemplados na norma jurídica (v. g. reunir-se sob determinadas condições) e a consequência comum, a proteção fundamental. Descrevem-se os bens ou objetos protegidos ou garantidos pelos direitos fundamentais”. MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 192.

<sup>147</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 71.

<sup>148</sup>MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 192.

<sup>149</sup>Esta fórmula se distingue quando o objeto de análise são os direitos sociais. Mais uma vez, utilizamos os ensinamentos do eminente constitucionalista Virgílio Afonso da Silva: “se x é algo garantido pelo âmbito de proteção de algum direito fundamental (APx) e se não há fundamentação constitucional para uma ação estatal que intervém em x (não-FC(IEx)), então, deverá ocorrer a consequência jurídica prevista pela norma de direito fundamental para o caso de x (CJx)”. SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 75.

o suporte fático (âmbito de proteção e a intervenção estatal), deve-se agregar, ainda, a ausência de fundamentação constitucional. É o que o Professor da USP, Virgílio Afonso da Silva, denomina de modelo alternativo.

Tem-se, assim, que:

*se o suporte fático são os elementos que, quando preenchidos, dão ensejo à realização do preceito da norma de direito fundamental, é facilmente perceptível que não basta a ocorrência desses dois elementos para que a consequência jurídica de um direito de liberdade seja acionada. É ainda necessário que não haja fundamentação constitucional (não-FC) para a intervenção.<sup>150</sup>*

Na teoria do suporte fático restrito, duas características podem ser apontadas. Primeiro, trabalha-se com a ideia de essência de um determinado direito ou manifestação humana e, como segunda característica, existe a rejeição da possibilidade de colisões entre direitos fundamentais.<sup>151</sup> Por outras palavras, na teoria do suporte fático restrito existe a exclusão *a priori* de determinadas condutas do âmbito de proteção da regra de direito fundamental.

A teoria do suporte fático em sentido amplo, trabalha com a ideia de que qualquer fato ou ato estariam abrangidos pelo âmbito de proteção direito fundamental. Desse modo, verificar o que se encontra abrangido pelo âmbito de proteção do direito fundamental constitui o primeiro passo, eis que as situações que se encontram abarcadas pelo âmbito de proteção de um direito fundamental dependerão, em algumas situações, de um sopesamento em casos concretos antes da decisão acerca da sua proteção definitiva ou não.<sup>152</sup>

É nesse sentido que Robert Alexy vai dizer que:

*Uma teoria ampla do suporte fático é uma teoria que inclui no âmbito de proteção de cada princípio de direito fundamental tudo aquilo que milita em favor de sua proteção. A forma pela qual essa inclusão no âmbito de proteção quanto a inclusão no suporte fático ocorre pode variar muito.<sup>153</sup>*

Especificamente no que se refere às restrições dos direitos fundamentais, é importante analisar pela importância e utilidade que se revela aos fins aqui propostos, a teoria interna e externa dos direitos fundamentais.

---

<sup>150</sup>Idem, p. 74.

<sup>151</sup>Idem, p. 82.

<sup>152</sup>Idem, p. 109.

<sup>153</sup>ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 322.

A teoria interna trabalha com a ideia de limites imanentes e refuta a possibilidade de restrição aos direitos fundamentais. Os limites de exercício de um direito fundamental encontram-se previstos no conteúdo da regra jurídica. Cabe, pois, ao legislador definir de forma prévia as possibilidades de exercício e os limites do direito fundamental.

Os limites imanentes, por sua vez, consistem em fronteiras implícitas, previstas de forma apriorística, e que não se confundem com as restrições aos direitos fundamentais, eis que as restrições não são compatíveis haja vista o alcance definido previamente pelo legislador para o exercício de determinado direito fundamental.<sup>154</sup>

Percebe-se, destarte, que o processo de definição da extensão dos direitos fundamentais é de natureza interna, ou seja, a definição dos limites é encontrada na própria regra definidora do direito fundamental, de forma a repelir fatores externos no tocante ao seu exercício, bem como a colisão com outros direitos.

Isso significa afirmar, com efeito, que se o conceito e os limites dos direitos fundamentais são estabelecidos de forma apriorística – através de um processo interno –, a teoria interna não admite a colisão entre direitos e a proteção conferida pela regra passa a ser definitiva e não *prima facie* como defende a teoria externa.

Daí o acerto de Virgílio Afonso da Silva, ao dizer que:

se a definição do conteúdo e da extensão de cada direito não depende de fatores externos e, sobretudo, não sofre influência de possíveis colisões posteriores -, a conclusão a que se pode chegar, em termos de estrutura normativa, é que *direitos definidos a partir do enfoque da teoria interna têm sempre a estrutura de regras*.<sup>155</sup>

A teoria externa, por sua vez, não toma como premissa teórica a unidade de objetos (os direitos e os seus limites) como faz a teoria interna. Ao contrário: a teoria externa distingue o âmbito de proteção previsto no suporte fático e as possíveis restrições ao direito que ativarão a consequência jurídica na hipótese de não existir uma fundamentação adequada.

---

<sup>154</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 388.

<sup>155</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 129. Em outro ponto da obra, o jurista faz uma crítica contundente a teoria dos limites imanentes, ao escrever que “O grande problema da teoria dos limites imanentes – que é também, como já foi visto, o grande problema de todas as teorias que pressupõem um suporte fático restrito aos direitos fundamentais – é a definição do que é protegido (= dentro dos limites imanentes) e do que não é protegido”. Idem, p. 133.

Trata-se, enfim, de admitir inicialmente a distinção de um direito em si ilimitado (posição *prima facie*) que, através de restrições, passa a ser um direito limitado (posição definitiva).<sup>156</sup> Ou seja, existe, aqui, uma separação entre o direito e as suas restrições. Por tais razões, a teoria externa admite a colisão entre os direitos.

Os modelos ou parâmetros para a intervenção do Poder Judiciário, em muitos aspectos, terminam por criar restrições ilegítimas para a efetivação dos direitos fundamentais, principalmente aqueles que necessitam de um agir do poder público, tal como acontece com os direitos sociais. Sobre este ponto, destaca-se que a atuação legítima do Poder Judiciário não se dará, tão somente, nas situações caracterizadoras de omissão total, mas também quando existir uma proteção deficiente ao direito fundamental carente de efetivação, bem como uma restrição que não esteja obedecendo os ditames da Constituição Federal.

Deste modo, como acentuado pelos professores Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

O exame das restrições aos direitos fundamentais pressupõe a identificação do âmbito de proteção do direito. Esse processo não pode ser fixado em regras gerais, exigindo, para cada direito específico, determinado procedimento.<sup>157</sup>

Tomando-se por parâmetro teórico o fato de inexistir direitos absolutos, somente com a fundamentação constitucional adequada para o caso concreto, é que se poderia legitimar a restrição do direito fundamental social e, por conseguinte, não reclamar a atuação do Poder Judiciário.

No que toca aos direitos sociais, é a omissão estatal ou a sua proteção deficiente que irá acarretar a violação ao âmbito de proteção. Conforme o conceito do constitucionalista Virgílio Afonso da Silva, “o âmbito de proteção de um direito social é composto pelas ações estatais que fomentem a realização desse direito”.<sup>158</sup>

O suporte fático dos direitos sociais deve ser entendido em sentido amplo, de tal modo que a falta de regulamentação ou a não realização da regra constitucional *legítima* a intervenção do Judiciário. Aqui o objeto da discussão não é analisar se é possível ou não a intervenção do Poder Judiciário – questão já debatida em outros

---

<sup>156</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 389.

<sup>157</sup>Idem, ibidem.

<sup>158</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 77.

pontos deste trabalho –, mas sim verificar como se dá esta intervenção por meio de decisões através da verificação do âmbito de proteção dos direitos sociais amparado em um suporte fático em sentido amplo.

Essa discussão quanto à concretização dos direitos sociais com base no suporte fático em sentido amplo, por certo, impõe um maior ônus argumentativo ao legislador ou administrador, eis que a não realização ou restrição deste direito fundamental deve ser plenamente justificada.<sup>159</sup>

Transcreve-se os ensinamentos do Professor Virgílio Afonso da Silva<sup>160</sup>:

para dar ensejo a alguma intervenção do Judiciário nesse âmbito, não basta que se verifique que uma ação que poderia eventualmente realizar um direito fundamental não tenha sido realizada – por exemplo, a compra de remédios para combater determinada doença; é necessário, além dessa verificação, que se analise se há, ou não há, fundamentação jurídico-constitucional para a omissão. *Somente nos casos de omissão infundada é que se poderia imaginar alguma margem de ação para os juízes nesse âmbito.*

Partindo-se da ideia de que os direitos sociais reclamam uma prestação do Poder Público e variam conforme as necessidades de cada pessoa, tanto na sua acepção individual como coletiva, somado aos limites orçamentários do Estado, a falta de concretização das regras constitucionais, atinentes aos direitos sociais configuram, *prima facie*, uma restrição do seu âmbito de proteção, de modo a legitimar a intervenção do Judiciário. Com efeito, a restrição de tais direitos apenas será possível com uma justificação idônea em cada caso analisado.

O discurso da Jurisdição Constitucional que, através das decisões do Poder Judiciário, concretiza os direitos sociais previstos na Constituição de 1988, não afronta o princípio da separação dos poderes.

A ideia da força normativa da Constituição permite que as diretrizes políticas e normativas do texto fundamental sejam efetivadas através da justiça constitucional quando houver caracterização da inércia dos poderes constituídos competentes.

Neste plano de ideias, faz-se necessário observar o âmbito de proteção dos direitos sociais através da teoria do suporte fático amplo e, deste modo, sempre que

---

<sup>159</sup>Idem, p. 250.

<sup>160</sup>Idem, p. 251.

configurada uma lesão ou ameaça de lesão a um direito fundamental estará legitimada a atuação do Poder Judiciário.

Em outras palavras: quando a tutela prometida pelo direito social não for cumprida pelo Legislativo ou Executivo, caracterizando uma restrição ao seu âmbito de proteção, será imprescindível a intervenção do Judiciário como forma de cumprir adequadamente o preceito constitucional violado.

### 5.3 O ACESSO À JUSTIÇA, DIREITOS SOCIAIS E A RESERVA DO POSSÍVEL

A efetivação e aplicabilidade dos direitos sociais tem enfrentado muitos óbices jurídicos. Um dos argumentos que tem sido utilizado pelo Poder Público para não cumprir os preceitos constitucionais é a invocação da cláusula da reserva do possível.

A reserva do possível foi originada na jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional Alemão. O Tribunal construiu o entendimento de que a prestação material de serviços públicos pelo Estado encontra-se condicionada à disponibilidade de recursos, de modo que a decisão sobre a disponibilidade destes recursos estaria no âmbito da discricionariedade das decisões governamentais.<sup>161</sup>

Para esta teoria, tal como foi elaborada na Alemanha, os direitos a prestações positivas encontram-se sujeitos a disponibilidade orçamentária, onde o indivíduo não pode exigir do Estado prestações que supere as exigências acima do mínimo existencial.

Em outras palavras: desde que exista respeito a limites básicos sociais, a prestação de direitos sociais pelo Estado dependerá da disposição orçamentária e de escolhas discricionárias, isto é, torna-se defeso exigir do Poder Público prestações materiais desde que um padrão social mínimo esteja sendo observado pelo ente público.

A questão fundamental está em definir o padrão do mínimo existencial. Essa análise, por óbvio, será distinta a depender do país ou Estado observado, contudo,

---

<sup>161</sup>KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial o Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado* cit., p. 52.

em decorrência da retração do Estado no campo da efetivação de políticas públicas e da realização de direitos sociais, a ideia de mínimo existencial poderá ganhar novos contornos no sentido do que aquilo que se entende por mínimo será cada vez mais relativizado para desobrigar o Estado a prover as necessidades da massa de excluídos.

Como bem escrito por Andreas Joaquim Krell:

No Brasil, como em outros países periféricos, é justamente a questão analisar quem possui a legitimidade para definir o que seja o possível na área das prestações sociais básicas face à composição distorcida dos orçamentos dos diferentes entes federativos. Os problemas de exclusão social no Brasil de hoje se apresentam numa intensidade tão grave que não podem ser comparados à situação social dos países-membros da União Europeia.<sup>162</sup>

Em terras brasileiras, o Estado ao invocar a cláusula da reserva do possível tem concedido um sentido distinto daquele aplicado pelo Tribunal Federal Constitucional Alemão. A reserva do possível tem sido suscitada quando o ente público não possui orçamento para implementar direitos fundamentais ainda que o mínimo existencial não esteja sendo observado, ou seja, ainda que direitos constitucionais básicos estejam sendo violados, em razão de um critério monetário. O Estado em diversas ações judiciais tem levantado a reserva do possível como elemento justificador para inobservância do texto constitucional.<sup>163</sup>

Andreas Joachim Krell pontua que não é possível igualar a densidade normativa de todos os direitos sociais, que, por sua vez, são pautados e definidos por condições e pressupostos econômicos diferenciados.<sup>164</sup>

A reserva do possível possui uma tríplice estrutura: a primeira abarca a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a implementação dos direitos fundamentais; o segundo vetor refere-se à disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos que está adstrito à distribuição de receitas e competências orçamentárias, tributárias, legislativas e administrativas; ao terceiro vetor se refere ao problema da

---

<sup>162</sup>Idem, p. 53.

<sup>163</sup>“Todavia, parece difícil que um ente público não possa conseguir justificar sua omissão social perante critérios de política monetária, estabilidade, contenção de gastos, as exigências financeiras dos diferentes órgãos (Assembléias legislativas, Tribunais de Justiça, Tribunais de Contas, etc.). Resta observar que não se trata definitivamente de conferir certo caráter messiânico ao texto constitucional, mas simplesmente de leva-lo a sério”. Idem, ibidem.

<sup>164</sup>Idem, p. 54.



proporcionalidade da prestação, com destaque à exigibilidade e razoabilidade daquilo que se pede.<sup>165</sup>

A cláusula da reserva do possível não é elemento que faz parte dos direitos fundamentais, eis que a reserva do possível, conforme a doutrina, aparece como um limite fático e jurídico dos direitos fundamentais. Cita-se o entendimento do Ingo Wolfgang Sarlet:

A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.<sup>166</sup>

No mesmo sentido, também, se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DEVER ESTATAL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE PROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO

<sup>165</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 287.

<sup>166</sup>Idem, p. 288.

AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.  
RE 745745 AgR/ MG - MINAS GERAIS AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 02/12/2014 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação - PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 18-12-2014 PUBLIC 19-12-2014

No que tange ao acesso à justiça, entendido este como a realização da justiça social em um ambiente de liberdade, a reserva do possível constitui um elemento perigoso para justificar, cada vez mais, a inércia do ente estatal, principalmente pela falência do Estado Social.

Como demonstrado linhas atrás, deve existir uma fundamentação jurídico-constitucional para a omissão na tutela dos direitos fundamentais sociais, e a reserva do possível, sob o argumento de inviabilidade orçamentária, não aparece como argumento idôneo para a inércia estatal, vale dizer, a reserva do possível não integra o âmbito de proteção de qualquer regra de direito fundamental, especialmente o acesso à justiça.

Lembrando algumas premissas estabelecidas nesta pesquisa, como o processo capitalista penetra em toda construção e dinâmica social, pautada na forma mercadoria, e como a política apenas consegue resolver os problemas funcionais dentro da lógica do dinheiro, a reserva do possível como argumento de insuficiência orçamentária tende a ganhar força no Brasil, ainda que de forma camuflada, não obstante a sua flagrante incompatibilidade com o texto constitucional.

#### 5.4 UM DEBATE NECESSÁRIO SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL

Muito se discute no âmbito doutrinário acerca do ativismo judicial ou da judicialização da política. É tema recorrente nos tribunais e em diversos trabalhos científicos. É possível afirmar, nessa ordem de ideias, que o tema ganhou especial relevância com a promulgação da Constituição Federal de 1988, onde, indubitavelmente, ampliou-se sobremaneira o rol de direitos fundamentais e o espaço de atuação do Judiciário.

A Constituição Brasileira em todo o seu período de vigência sempre esteve numa relação de contradição com a realidade da maioria da população e, deste modo, em termos de efetividade, contribuiu muito pouco para o melhoramento da sua qualidade de vida. A Constituição não promoveu o desenvolvimento nacional.<sup>167</sup> Pode-se dizer, nesta ordem de ideias, que a Constituição da República, para diversos setores da sociedade, aparece como uma promessa ou, então, um documento formal que se encontra distante da realidade social. Existe uma contradição flagrante entre a proteção normativa dos direitos fundamentais sociais e o claro fracasso do Estado brasileiro como provedor dos serviços essenciais para os brasileiros.<sup>168</sup>

É alvo de intensa discussão a complexidade de implementação dos preceitos constitucionais mediante realização de programas e políticas governamentais. Neste ponto, a doutrina já percebeu que os direitos sociais como direitos à prestação, tal como os direitos a liberdade como um direito de defesa, demandam inexoravelmente o dispêndio de recursos públicos para a sua implementação, contudo, é nitidamente perceptível que os principais óbices teóricos e práticos recaem sobre a judicialização dos direitos sociais.<sup>169</sup>

É certo, contudo, que a eficácia dos direitos fundamentais sociais a prestações materiais depende naturalmente dos recursos públicos disponíveis. Este é problema

---

<sup>167</sup>KRELL, Andreas J. Krell. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. Revista de informação legislativa. v. 36. p. 240. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/545>>. Acesso em: 5 mar. 2015.

<sup>168</sup>Idem, ibidem.

<sup>169</sup>MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. Op. cit., p. 607. No mesmo sentido, SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 243.

constantemente invocado pelo Poder Público, ou seja, a limitação orçamentária é um elemento reiterado, em termos argumentativos, para a não efetivação de direitos protegidos na Constituição.

Como os recursos são limitados, é necessário que o poder público faça escolhas e priorize os direitos em situação de maior carência e que tenham por característica a aptidão para promover a emancipação social dos brasileiros. As escolhas, nesse contexto, recebem influência imediata das opções previstas na Constituição Federal acerca dos fins que devem ser concretizados em caráter prioritário.<sup>170</sup>

Com efeito, a ineficácia dos direitos fundamentais sociais, principalmente estes, não se deve à falta de leis ordinárias; o problema maior é a não-prestação real dos serviços sociais básicos pelo Poder Público. A grande maioria das leis para o exercício dos direitos sociais já existem. O problema parece estar na formulação e efetivação de políticas públicas.<sup>171</sup> E por qual motivo os poderes constituídos não formulam as políticas públicas necessárias para a efetivação dos direitos sociais, tal como encontra-se previsto na Constituição? É simplesmente falta de vontade política? Virgílio Afonso da Silva,<sup>172</sup> ao analisar a eficácia das normas que tutelem direitos de liberdades e os direitos sociais, escreveu que:

se não há grandes diferenças entre as normas que garantem ambos os direitos, por que, então, há uma menor efetividade dos direitos sociais? Se não há grandes diferenças entre as normas que garantem ambos os tipos de direitos, por que a justiciabilidade dos direitos sociais é mais complexa e mais controversa?

Podemos afirmar, com efeito, que boa parte da doutrina e também da jurisprudência dos tribunais brasileiros, com especial destaque às decisões proferidas no Supremo Tribunal Federal, tem reconhecido como legítima a atuação do Poder Judiciário quando as regras e princípios constitucionais se mostraram ineficazes por omissão total ou parcial dos poderes constituídos. Quando as políticas públicas não saem do papel ou, então, se mostram nitidamente deficientes, os tribunais brasileiros,

---

<sup>170</sup>BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista diálogo jurídico*. nº 15 janeiro-março de 2007. p. 11-12. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/artigo\\_controle\\_pol\\_ticas\\_p\\_blicas\\_.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf)>. Acesso em: 12 mar. 2015.

<sup>171</sup>KRELL, Andreas J. Krell. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)* cit., p. 242.

<sup>172</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 240-241.

de um certo modo, têm determinado o cumprimento dos direitos previstos na constituição.

Apenas é possível cogitar de legítima as decisões judiciais quando obedeçam às regras traçadas pela Constituição Federal. A Constituição da República será sempre o referencial para se analisar a legitimidade da intervenção do Poder Judiciário no que tange à implementação dos direitos fundamentais.

Aqui, então, se coloca uma pergunta: existindo o descumprimento das regras e princípios constitucionais quanto aos direitos fundamentais, pela inexecução de políticas públicas ou em decorrência da proteção deficiente destes direitos, a atuação do Poder Judiciário deve ocorrer de forma *substitutiva* ou *subsidiária*? Qual a diferença entre a judicialização da política e do ativismo judicial? É intuitivo perceber que o problema não é de nomenclatura.

O jurista Fabio Konder Comparato observou, com precisão, que se o Estado contemporâneo tem por finalidade precípua a transformação social, percebe-se que a sociedade como um todo ou os diferentes grupos por ela beneficiados têm em conjunto um direito à aplicação dos programas de ação que concretizem esse resultado. E, por sua vez, se têm direito, devem ter também uma ação judicial que o assegure.<sup>173</sup>

A judicialização da política é entendida como a intervenção legítima do Poder Judiciário, de forma subsidiária e de acordo com as regras constitucionais, no campo que primariamente é de competência e execução do legislativo e do executivo, como forma de concretizar os programas e direitos previstos na Constituição. Por sua vez, o ativismo judicial, conforme as lições de Elival da Silva Ramos, pode ser entendido como:

o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflito de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).<sup>174</sup>

<sup>173</sup>COMPARATO, Fábio Konder. Novas funções judiciais no Estado Moderno. *RT*, n. 614, dez. 1986, p. 17.

<sup>174</sup>SILVA RAMOS, Elival. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 131. Sobre o ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal, Carlos Alexandre de Azevedo Campos, aponta fatores para o seu desenvolvimento, além de fatores políticos e sociais, onde a “Supremacia normativa e axiológica da constituição, centralidade e irradiação dos direitos fundamentais, normatividade dos princípios, reaproximação entre direito e moral (*virada kantiana*) e afirmação do papel político-institucional e de agente de transformação social do Judiciário passaram a fazer parte do pensamento e da prática da maioria dos membros do Supremo”. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. In. CLÈVE, Clèmerson

É possível afirmar, numa primeira aproximação e conforme o desenho das competências constitucionais, que a elaboração de políticas públicas para a promoção e efetivação dos direitos fundamentais é de responsabilidade primária (direta) do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Assim, se estiver caracterizada uma situação de inércia ou uma ação inadequada em tema de implementação de políticas públicas que não esteja obedecendo aos ditames da Constituição Federal, torna-se legítima, *em tese*, a atuação e intervenção do Judiciário na política.

Como adequadamente pensado por Andreas Joaquim Krell:

A essência de qualquer política pública é distinguir e diferenciar, realizando a distribuição dos recursos disponíveis na sociedade. Essas políticas expressam escolhas realizadas pelos vários centros de decisão estatal, sendo limitadas pelas normas constitucionais “programáticas”. Onde o processo político (Legislativo, Executivo) falha ou se omite na implementação de políticas e dos objetivos sociais nelas implicados, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correção da prestação dos sérvios básicos.<sup>175</sup>

A política não é um espaço blindado, onde esteja impossibilitada a atuação da Jurisdição. Pode-se dizer, nesses termos, que o direito tem uma ligação intrínseca com a política. Nesta ordem de ideias, o Ministro Luís Roberto Barroso, ensina que aplicação do direito não deve ser divorciada da realidade política, de modo que as decisões judiciais produzem reflexos no âmbito social, além de sentimentos e expectativas nos cidadãos.

Ressalta, ainda, que o direito é constituído pela vontade da maioria que se manifesta na Constituição e nas leis. A Constituição se enraíza e conforma em todos os espaços por ela regidos.<sup>176</sup> Nestes termos, com destaque ao controle de constitucionalidade, onde inúmeras decisões versam sobre a efetividade dos direitos fundamentais, é ainda mais perceptível o alcance político das decisões do Poder Judiciário.

---

Merlin; FREIRE, Alexandre (coord). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 266.

<sup>175</sup>KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial o Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado* cit., p. 101.

<sup>176</sup>BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista da OAB*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Data de acesso: 10/03/2015. p. 13.

Assim, como conceber que juízes possam determinar, para o legislativo e executivo eleitos pelo voto popular, a formulação ou concretização de políticas públicas ou a invalidação de leis?<sup>177</sup>

Neste aspecto, é preciso ter em mente o papel transformador traçado pela Constituição (e, na perspectiva aqui desenvolvida, do povo através de uma cidadania emancipatória). Se existe uma primazia para a realização dos direitos fundamentais, cada órgão responsável pela sua implementação, encontra-se obrigado a seguir os programas traçados em seu interior. Daí, então, em tema de efetivação de direitos fundamentais, não é possível falar em usurpação de competências ou funções.

Colhe-se, no particular, os ensinamentos de Canotilho ao afirmar que o sentido e o alcance da vinculação do legislador ocorre no plano da fundamentação material dos atos legislativos. A lei, no Estado constitucional, não é um ato dotado de irrestrita liberdade; é um ato, positivamente e negativamente, determinado pela Constituição.<sup>178</sup>

Hermes Zaneti Júnior faz objeções acerca do problema da politização do Judiciário ou da judicialização da política, apontando que se trata de um falso problema, pois não é possível falar em supremacia do Judiciário em uma democracia que respeita os direitos. Ou seja, no Estado Democrático de Direito, pautado no respeito aos direitos fundamentais, a expansão do acesso à justiça e a atuação do judiciário no campo da política para implementação de direitos deve ser vista como parte da democracia.

Explica o autor que:

não se trata mais de perguntar como a superioridade do Judiciário pode ir contra a decisão da maioria (regra da maioria), mas sim como justificar a superioridade do Judiciário em uma democracia que respeita os direitos.<sup>179</sup>

A discussão quanto ao exercício da jurisdição, em temas de natureza política, propicia um quadro de tensão entre legislação e jurisdição. A força normativa da

---

<sup>177</sup>STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Op. cit., p. 102.

<sup>178</sup>CANOLTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2. ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2001. p. 244-249.

<sup>179</sup>ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 139.

Constituição e o paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito não admitem que ações ou omissões reflitam em transgressão de seu âmbito normativo.

## 5.5 O ACESSO À JUSTIÇA E A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

O Supremo Tribunal Federal, por meio de vários acórdãos, manifestou-se sobre a questão da efetivação de direitos fundamentais, com especial destaque aos direitos sociais, envolvendo a complexa questão entre: aplicação da Constituição e os custos que a implementação que estes direitos envolvem, aliada à questão dos limites da intervenção do Poder Judiciário em matéria de efetivação de políticas públicas.

No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário de n. 410-715-5 –SP, Segunda Turma, Rel. Min Celso de Melo, j. 22/11/2005 DJ 03/02/2006, a Suprema Corte enfrentou uma questão referente à necessidade de construção de uma creche e em pré-escola, em um determinado município, para o atendimento de crianças de até seis anos de idade em que um município figurava no polo passivo do processo.

O acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal pode ser sistematizado da seguinte forma: a) primeiro a Suprema Corte reconheceu a educação infantil como um direito fundamental; b) depois, foi fixado o entendimento de que as políticas públicas em matéria de efetivação dos direitos fundamentais, voltadas à garantia do mínimo existencial, não se enquadram no âmbito da discricionariedade; c) foi enfrentada a questões dos custos que a implementação que estas políticas públicas envolvem.

Com base nas premissas fixadas no julgamento, a segunda turma do Supremo Tribunal Federal, entendeu que a educação infantil caracteriza uma obrigação constitucional de criar condições materiais capaz de possibilitar, de forma efetiva, o acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola. Como a educação infantil se caracteriza como um direito fundamental de toda e qualquer criança, as políticas públicas para a sua concretização não se revestem de discricionariedade político-administrativa.



Eis um trecho de grande relevância do acordão:

O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de educação infantil, especialmente se reconhecido que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser implementado mediante adoção de políticas consequentes e responsáveis – notadamente aquelas que visem a fazer cessar, em favor da infância carente, a injusta situação de exclusão social e de desigual acesso às oportunidades de atendimento em creche de pré-escola –, traduz meta cuja não-realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público. Esse caráter de fundamentalidade, de que se acha impregnado o direito à educação, autoriza a adoção, pelo Judiciário, de provimentos jurisdicionais que viabilizem a concreção dessa prerrogativa constitucional, mediante a utilização, até mesmo, quando for o caso de medidas extraordinárias que se destinem – consoante Emerson Garcia – a tornar efetivo o atendimento dos direitos prestacionais que congregam os valores inerentes à dignidade da pessoa humana, como é o caso do direito fundamental à educação.

Em outro trecho, sobre a questão relativas aos custos, assim sem pronunciou o relator:

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Esta decisão comporta algumas ponderações de acordo com as premissas estabelecidas neste trabalho.

Primeiro, pode-se perceber que nesta decisão a Suprema Corte utiliza as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais. No que tange à dimensão subjetiva, o Supremo Tribunal Federal reconhece o direito social à educação infantil como um direito subjetivo capaz de ser exigido perante o ente público. Por sua vez, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais, reflete, a toda evidência, os fins e valores constitucionais que devem ser respeitados e observados por toda a

sociedade, de modo que é possível dizer, também, que as normas de direitos sociais são dotadas de uma eficácia dirigente ou irradiante, servindo de parâmetro para a aplicação e interpretação das normas infraconstitucionais.<sup>180</sup>

Estas características encontram-se presentes na decisão ora analisada.

Destaca-se, também, que a implementação de direitos fundamentais sociais, dependem, inexoravelmente, de custos que viabilizem a aplicação das normas constitucionais que tratam dos direitos fundamentais.

Com efeito, o que se pode extrair desta e de outras decisões, ainda que de forma implícita, é que a viabilização de uma condição de vida mínima para os cidadãos depende, em maior ou em menor grau, da participação do Poder Público, com destaque ao Poder Executivo. Por sua vez, não sendo concretizadas políticas públicas e/ou prestações materiais em conformidade com o texto constitucional, entende o Supremo Tribunal Federal que a intervenção do Poder Judiciário se mostra legítima.

Percebe-se, sem muito esforço, que a atuação do Poder Judiciário obrigando os agentes políticos a cumprir o programa constitucional revela um problema muito mais grave do que, em regra, aparenta. Em termos mais precisos: as decisões do Poder Judiciário impondo um dever de observância dos preceitos fundamentais da Constituição Federal, a rigor, não reflete apenas um descaso ou uma administração inadequada das finanças públicas. Deve-se ter presente, a toda evidência, que a forma política do Estado é capitalista e no âmbito das relações sociais o ambiente de escassez sempre estará presente, isto é, a impossibilidade de implementação do programa constitucional deriva da forma política do Estado que atua através das suas instituições políticas e do aparato jurisdicional.

Não restam dúvidas de que a decisão do Supremo Tribunal Federal tem importância destacada, pois faz cumprir o texto constitucional que vincula a todos em termos formais. Contudo, esta decisão também reflete a tese lançada neste trabalho sobre o caráter corretivo do Poder Judiciário onde, corroborando as reflexões do Professor Calmon de Passos, não se deve esperar do Poder Judiciário mais do que

---

<sup>180</sup>SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 596.

ele pode proporcionar, eis que sua função pode mudar a realidade dentro da forma política e da forma jurídica existente, nada além disso.

Acerca do caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal, escreveu Elival da Silva Ramos:

Ao assim proceder, reconheceu a Corte, ao menos implicitamente, que se estava diante de norma de eficácia limitada e de natureza programática, cuja efetiva implementação, mais do que de integração legislativa, dependeria da execução de políticas públicas adequadas, a cargo dos Poderes Legislativo e Executivo, afirmando caber ao Poder Judiciário, contudo, um poder de controle do cumprimento dessas tarefas demandadas pela Constituição.<sup>181</sup>

Para os direitos sociais boa parte da doutrina ainda trabalha com a ideia de normas programáticas ou de eficácia limitada, de modo que a sua implementação se dá de forma gradativa, de acordo com as disposições orçamentárias do Poder Público.

É intuitivo perceber, neste aspecto, que, em decorrência da limitação do orçamento público, deve-se fazer escolhas e a depender da política adotada ou, ainda, em caso de omissão, cabe ao Poder Judiciário a função de cumprimento das normas constitucionais.

Em outra situação análoga, o Supremo Tribunal Federal se deparou com a questão da obrigação do poder público em ampliar e melhorar a assistência materno-infantil, caso este julgado no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 581.352 – AM, segunda turma, RI. Min. Celso de Melo, j. 29/10/2013; DJ 22/11/2013.

Eis a ementa do acórdão:

**E M E N T A: AMPLIAÇÃO E MELHORIA NO ATENDIMENTO DE GESTANTES EM MATERNIDADES ESTADUAIS – DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA MATERNO-INFANTIL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, INCLUSIVE AOS ESTADOS-MEMBROS – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO-MEMBRO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDER COMPROMETER O**

---

<sup>181</sup>SILVA RAMOS, Elival. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 102.

**NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 196, 197 E 227) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – POSSIBILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL DE UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” (CPC, ART. 461, § 5º) COMO MEIO COERCITIVO INDIRETO – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À PROTEÇÃO JURISDICIONAL DE DIREITOS REVESTIDOS DE METAINDIVIDUALIDADE – LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CF, ART. 129, III) – A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO “DEFENSOR DO POVO” (CF, ART. 129, II) – DOCTRINA – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.**

Dois parágrafos da decisão merecem destaque. Veja-se:

Isso significa que a intervenção jurisdicional, justificado pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, tornar-se-á plenamente legítima (sem qualquer ofensa, portanto, ao postulado da separação dos poderes), sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde.

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do

Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto constitucional da Carta Política.

De acordo com o entendimento da mais alta corte do país, a intervenção do Poder Judiciário é legítima em matéria de implementação de políticas públicas. Do mesmo modo, mostra-se alerta à questão da disponibilidade financeira dos entes públicos para a promoção de direitos fundamentais.

A questão é que a estrutura neoliberal e a estrutura social, bem como a dinâmica econômica globalizada, são arranjos que revelam uma certa gestação de um outro padrão de sociabilidade dentro da estrutura capitalista. Atribui-se às pessoas, aos indivíduos, a responsabilidade total sobre as suas vidas, de modo que não há um planejamento do Estado, a médio e longo prazo, para propiciar às pessoas, principalmente dos mais necessitados, uma mínima estrutura social.

O Supremo Tribunal Federal ao asseverar que os direitos fundamentais, principalmente os sociais, efetivam-se de maneira gradual, através de um processo de concretização que, por sua vez, depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, demonstra que o acesso à justiça e a concretização da Constituição Federal está imbricada com a lógica do capitalismo e que não escapa do seu controle.

Dito de outro modo: O discurso constitucional tal como preconizado pelo Supremo Tribunal Federal para se tornar efetivo depende, em maior ou menor grau, de uma atmosfera propícia para que o direito posto possa ter aplicabilidade na prática. A Constituição Federal traz uma gama de direitos que o Estado não tem condições de cumprir, ou seja, a agenda social prevista nas normas constitucionais depende, inexoravelmente, da própria dinâmica social e da forma política do Estado.

Como a forma política do Estado é capitalista e, principalmente, depois do fordismo os arranjos políticos foram modificados para uma maior obtenção de acúmulo do capital, os Estado se endividaram e cada vez mais têm amplas e claras dificuldades de cumprir prestações materiais mínimas.

A partir desta reflexão e tomando-se em consideração a decisão do Supremo Tribunal Federal, se o ente político demonstra um orçamento curto, de um lado, e de outro existe um alto quadro de desempregados e pessoas em situação de pobreza ou miserabilidade, aliada à garantia constitucional de direitos fundamentais, passará a

estar evidente o choque entre a forma de sociabilidade e o direito legislado que não conseguirá penetrar no tecido social.

Bem analisada a decisão da Suprema Corte, a intervenção do Poder Judiciário não será legítima quando o poder público não possuir condições financeiras objetivas, não derivadas de gestão inadequada, para suprir as necessidades dos indivíduos.

Tudo aquilo que diz respeito aos excluídos, à massa de explorados, àqueles que dependem de políticas públicas e prestações governamentais se diz que a sua implementação ocorre de forma gradual, através das chamadas normas programáticas.

A criação das normas programáticas, de implementação gradual dos direitos, cláusula da reserva do possível possuem, indistintamente, uma forte carga ideológica que, também, pode ser vista nas decisões judiciais, com especial destaque às decisões do Supremo Tribunal Federal.

Os Tribunais e a doutrina têm procurado buscar critérios, objetivos ou não, para determinar como controlar e executar as políticas públicas para a promoção de direitos. A questão central é sempre a escassez dos recursos e a impossibilidade de suprir, de forma adequada, as necessidades vitais de milhões de excluídos.

Trabalha-se com um grau de aceitação e como um dado prévio que a exclusão e negação de direitos é um dado social e que persistirá, cabendo, ao Judiciário, preservar o mínimo vital para algumas pessoas. Ocorre, todavia, que está situação, como já destacado ocasiona uma situação de violência simbólica e de óbice para o exercício efetivo da cidadania.

Nestes termos, o acesso à justiça tal como é pensado e desenvolvido no Brasil, apoia-se numa ideia de que se deve criar e estruturar mais o Judiciário como forma de tornar efetiva as suas decisões, ou, então, trabalha-se com a criação e desenvolvimento de meios alternativos de solução dos conflitos.

Em qualquer das situações, o quadro de exploração e exclusão irá perdurar, eis que questões sensíveis e dotadas de alta complexidade, como a erradicação da pobreza, a prestação de uma saúde de qualidade, educação adequada e previdência escapam a estas esferas de solução dos conflitos que são capazes de no máximo resolver questões pontuais.

## **6 A DIMENSÃO POLÍTICA E SOCIAL DO ACESSO À JUSTIÇA: A NECESSIDADE DE CONSTRUÇÃO DE UMA POLÍTICA ATIVA NAS ESTRUTURAS SOCIAIS PARA UM EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA**

Como demonstrado em itens precedentes deste trabalho, o acesso à justiça foi pensado através das formas jurídicas existentes. A grande questão a ser pensada e discutida é que o acesso à justiça, tal como é desenvolvido, apenas possibilita, quando muito, uma reforma no plano da efetivação de direitos para as pessoas menos favorecidas economicamente.

A crise do acesso à justiça é um reflexo da crise do Estado, ou seja, os problemas que dizem respeito ao acesso à justiça, invariavelmente, estão dentro de um contexto maior que é a crise do Estado.

A evolução da crise do Estado que, inexoravelmente, afeta sobremaneira as formas de realização da justiça, tem revelado novos arranjos jurídicos que, historicamente, revelam-se como aparentemente mais adequados para resolver as contradições sociais. Porém, em um olhar mais sutil, percebe-se que as novas formas de solucionar o conflito social, a rigor, constituem uma adequação do sistema jurídico como uma forma de suplantar um problema maior: a crise do Estado, a crise do acesso à justiça.

Percebe-se, sem muito esforço, que o ordenamento jurídico, de um modo geral, passa, de forma constante e cada vez mais acelerada, por reformas ou modificações estruturalmente mais profundas, *v.g.*, inúmeras emendas constitucionais que, até o presente momento, totalizam 91, sendo que 8 emendas ocorrem em 2014; em 2015 tivemos um novo código de processo civil, sendo que o código revogado passou por reformas há menos de uma década.

A questão que se torna evidente é que essa produção legislativa serve apenas para tentar combater problemas cíclicos sem, contudo, atuar no cerne do problema que escapa ao âmbito do direito posto e da atuação dos Tribunais.

A forma jurídica é pensada não de forma autônoma em relação ao Estado, mas é um produto deste. A forma jurídica, que embasa a construção do acesso à justiça, encontra-se atrelada à forma-mercadoria. Daí, então, as políticas de promoção dos direitos e de um melhor funcionamento da justiça quase sempre esbarram em questões de ordem econômica ou de limitação do orçamento.

Relembrando o pensamento de István Mészáros, o processo capitalista é totalizador, o capital absorve e condiciona a viabilidade produtiva dos diversos aspectos da sociedade, *v.g.*, saúde, educação, transporte, entre outros.

A mudança da política visando a propiciar uma cidadania social pensada dentro da atual forma política estatal constitui um paradoxo. Uma política apta a promover uma emancipação do cidadão deve se distanciar da forma política atual.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado, inexoravelmente, ao acesso à justiça. O direito não é uma opção para nenhuma pessoa. Vivemos em uma sociedade que está estruturada em formas sociais, não se trata de algo opcional para cada um de nós. O direito, pelo seu caráter abstrato, não é a estratégia de horizonte do mundo em termos de igualdade substantiva e de justiça social.<sup>182</sup>

As reflexões teóricas acerca do Estado, como também as questões levantadas sobre a democracia, demonstram a impropriedade da tentativa de alcançar a justiça social e um desenvolvimento de natureza metaindividual através da transformação das estruturas básicas da sociedade por meio do poder estatal e, especificamente, por meio do Poder Judiciário.

A transformação das relações sociais não pode ser alcançada por meio de uma estrutura de domínio. O Estado, com seu aparato jurídico e seus mecanismos de coerção, constitui, a rigor, uma manifestação das relações sociais de poder.

As intervenções do Judiciário através de suas decisões dotadas de imperatividade e dos mecanismos de coerção colocados à disposição dos juízes, podem, por certo, modificar parcela da realidade, porém, não podem transformá-la em sua essência.

Afirma-se, por isso, que o discurso vigente sobre o acesso à justiça tem um forte caráter ideológico. Discute-se cada vez mais a necessidade de ampliação dos mecanismos de efetivação do Poder Judiciário, meios alternativos de solução dos conflitos, os limites para a intervenção nas políticas públicas, um melhor aparelhamento das funções essenciais da Justiça. Contudo, estas medidas, embora dotadas de importância, e neste ponto concorda-se, terminam por desmobilizar as

---

<sup>182</sup>Como destacado por Amartya Sen: “a realização da justiça social depende não só de formas institucionais (incluindo regras e regulamentações democráticas), mas também da prática efetiva”. SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Zahar, 2010. p. 209.



peças para uma transformação efetiva. A luta por justiça social que reflete a concretização do acesso à justiça, apenas será conseguida pela modificação das relações sociais.

Com efeito, a transformação capaz de propiciar a emancipação das relações sociais advém da transformação do próprio homem, singularmente considerado, e da sua capacidade de modificar e de agir na sociedade, ou seja, a emancipação é tema que diz respeito às próprias pessoas, uma questão de ação e de interação social. A questão é transformar a sociedade civil, modificar o paradigma de consumidor para cidadão em sua acepção substancial.

Especificamente, o arcabouço jurídico que serve para a prestação da justiça não é apenas um aparato de poder, mas também reflete e garante, em certa medida, as lutas sociais e transformações originadas na dinâmica social, ou seja, o ordenamento jurídico passa a abarcar as disputas ocorridas na base (sociedade).

O Judiciário encontra seu limite de atuação no direito posto. Um simples exemplo, pode ilustrar o quanto dito: uma categoria de trabalho ganha a título de remuneração pelo trabalho prestado, em decorrência da previsão de Convenção Coletiva, o valor de um salário mínimo. Ainda que o empregado provoque o Judiciário, alegando que o valor é insuficiente para prover o seu sustento e de sua família e que necessita de uma vida digna, certamente, por ser uma previsão legal, o juiz julgaria o seu pedido improcedente em razão do fundamento exposto (insuficiência para uma vida digna).

A reconstrução do acesso à justiça, para os fins aqui propostos, deve ser pautada na valorização da cidadania, numa aposta no desenvolvimento. A dinâmica social e a sua emancipação constitui o núcleo do acesso à justiça.

A questão central é que os problemas do acesso à justiça e da realização de direitos são decorrentes da crise estrutural do capital que, também, está enraizada no Estado. Portanto, os arranjos institucionais criados para a realização da justiça, pautados numa lógica de mercado, são formas de ocultar problemas que decorrem da dinâmica do capital.

Os atores sociais, através de suas relações e comportamentos concretizados no bojo da sociedade, podem e devem pautar suas condutas numa perspectiva que

escape da lógica do mercado. Deve-se agir de uma forma que as necessidades vitais do ser humano não sejam mercantilizadas.

Como descrito pelos professores Antônio Carlos da Silva e Vanessa Cavalcanti:

A essência humana, indómita e revolucionária, não no sentido de retornar ao seu próprio ponto de origem, mas de transgredir a realidade para realizar o novo, é a matriz para qualquer iniciativa de recomposição de um ideal de sociedade voltada à cidadania social.<sup>183</sup>

O núcleo da concepção do acesso à justiça aqui defendido, parte da premissa que o poder político retira o poder de decisão das pessoas para, então, adotar as medidas necessárias para o controle do capital e da correção de seus problemas estruturais.

O espaço político deve refletir e atender às necessidades que emerge de todo o tecido social. Contudo, essa mudança apenas poderá ocorrer se houver emancipação social. O fim da alienação é medida que se faz necessária para a construção da cidadania social e, deste modo, será possível a construção de novos paradigmas para o acesso à justiça.

Nesse sentido, torna-se necessário apontar pontos de partida para o repensar do acesso à justiça. Deve existir uma democratização dos meios de comunicação; aponta-se, invariavelmente, sobre a importância da conscientização e a militância dos direitos; uma educação que não seja direcionada para o mercado e fomento da dinâmica do capital; a política deve resgatar a sua autonomia no sentido de refletir os anseios das pessoas. A agenda política não pode estar comprometida com a agenda do mercado. Estas possibilidades, apenas, serão possíveis através de uma grande mudança no tecido social.

O protagonismo para as mudanças sociais não passa por uma aposta nas formas jurídicas. O direito não exprime todas as verdades da sociedade. O direito não dá a diretriz para a sociedade. Mesmo com uma Constituição Federal muito rica em direitos fundamentais e, especificamente, sociais, além de uma estrutura ampla e

---

<sup>183</sup>CAVALCANTI, Vanessa Ribeiro Simon e SILVA, Antônio Carlos da. Crise global: Reflexões sobre a Sociedade do espetáculo ao ritmo do capital cit., p. 139.

complexa de funções essenciais à justiça, não obstante este arcabouço, não conseguimos progredir em termos da diminuição das desigualdades e da exploração.

O acesso à justiça e seus mecanismos são um produto das formas sociais e da forma política. A implementação do acesso à justiça, tal como é realizada, reflete as forças sociais que são engendradas na sociedade civil e que, também, moldam as formas políticas.

Sendo mais específico: o acesso à justiça não tem lastro interno e é determinado por fora, socialmente. Partindo dessa premissa, de que o acesso à justiça sofre os influxos das formas sociais, não se pode perder de vista que as formas sociais são permeadas e condicionadas pela globalização e pela crise estrutural do capitalismo que, sobretudo, molda as práticas jurídicas e seus institutos.

Sobre a necessidade de uma nova forma de pensar os direitos humanos, com especial destaque aos direitos sociais, e de um modo mais amplo as formas jurídicas, dentro de uma sociedade globalizada, destaca-se as palavras de José Luis Bolzan de Moraes:

Portanto, pensar as possibilidades práticas para os direitos humanos, em especial no que se refere aos sociais, nos coloca, no contexto de uma sociedade globalizada, questões que se impõem como inafastáveis, bem como implicam em que as tratemos como inseridas em um rol de possibilidades muito além daquele de pretendermos um apego tradicional às estratégias, fórmulas e instituições com as quais operamos, bem como implica em um certo desapego e uma leitura que se apresenta, tal qual a do projeto econômico-capitalista global, reticente/alheia, xenófoba às potencialidades que se abrem a partir de um contexto de universalização das pretensões e estratégias.<sup>184</sup>

As respostas em decorrência da inaplicabilidade em tema de concretização dos direitos, encontram-se, em muitos aspectos, concentradas na aposta do protagonismo judicial como instrumento de efetivação dos direitos. Esta ideia, por certo, gera consequências para a cidadania. Deve-se entender o acesso à justiça para além de uma visão normativa, para além do processo de juridificação do Estado.

Por que a questão do acesso à justiça deve passar por uma análise exclusivamente ou predominantemente jurídica? Esta abordagem jurídica, sobre os

---

<sup>184</sup>MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Direitos Humanos, Globalização e Constituição. Vínculos Feitos, Desfeitos e Refeitos. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*. vol. 25. p. 119. Porto Alegre, Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. 2002.

problemas do acesso à justiça, enfatizando as possíveis soluções, seria uma forma de focar na consequência sem antes olhar para as suas causas.

Em sentido análogo, se manifestou Rodolfo de Camargo Mancuso:

Sem embargo, insiste-se, como dito antes, na (equivocada) política do crescimento *físico do Judiciário*, descurando-se das causas do aumento da demanda por justiça. Todavia, a resposta adequada à crise numérica dos processos judiciais não está atrelada na desmesurada *expansão do Judiciário* – mais fóruns, mais juízes, mais servidores, informatização mais sofisticada –, mas ao contrário, tal política com ênfase na *quantidade*, sobre não resolver o problema, acaba agravando-o, na medida em que trabalha sobre a *consequência* – o volume excessivo de processos – e não ataca a *causa*, que consiste na cultura demandista, em boa parte acarretada por uma leitura *ufanista e irrealista* do acesso à justiça e pelo corolário desestímulo aos outros meios auto e heterocompositivos.<sup>185</sup>

Este ponto é de extrema importância. Aposta-se numa emancipação social através de um ativismo judicial ou da judicialização da política, ou, então, aposta-se como instrumento de solução a reforma do Estado. Esta fórmula, ao longo da história, tem-se mostrado ineficaz e equivocada. Não é possível uma reforma estrutural somente no âmbito político ou jurídico. Não é viável uma aposta da justiça social tendo o Estado como protagonista.

É necessário algo a mais: a emancipação das pessoas. A rigor, a forma política serve para manter o processo de exploração dominante, ainda que se obtenha, em certos momentos da história, um avanço ou, então, um maior ganho em direitos sociais.

Na verdade, os ganhos sociais são pontuais. A forma de interação social tem, cada vez mais, abandonado a característica da solidariedade. O indivíduo, nas relações sociais, tem perdido sua identidade, pois não é reconhecido como um sujeito ético-moral.

A forma de sociabilidade pautada na valorização do valor, na abstração das relações sociais, no totalitarismo de mercado, onde o trabalho deixa de ser um instrumento da realização do homem como ser social para se tornar uma mercadoria, aparece na história como fator impeditivo para a emancipação social.

---

<sup>185</sup>MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de direito*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 62.

O sujeito imerso na sociedade é reconhecido, em termos reais, pela sua viabilidade produtiva. A sua rentabilidade possibilita uma maior fruição de direitos. Desse modo, a inclusão social, em diversas partes do mundo, se dá pelo consumo. A materialização da cidadania, na prática, tem se mostrado distante do seu conceito.

Torna-se, importante e essencial, trabalhar a matriz teórica desenvolvida por Robert Kurz sobre o paradoxo dos direitos humanos.

O conteúdo dos direitos humanos possui um caráter universal e pretende, portanto, abarcar um número ilimitados de pessoas independentemente da sua condição social, étnica, política e econômica.

Robert Kurz, em importante artigo, lança a tese do paradoxo dos direitos humanos através do reconhecimento pelo não reconhecimento. Os direitos humanos pelo seu caráter abstrato e universalizante passam a estar ligadas a ideia do ser humano como alguém inserido no sistema de produção de mercadorias.

Assim, o ser humano deve ser capaz de produzir, de trabalhar, de ser economicamente rentável para vender a si mesmo ou alguma coisa, de modo que sua existência deve satisfazer o critério da rentabilidade.<sup>186</sup>

Descreve o ensaísta alemão:

O trabalho abstrato não foi um direito pelo qual todos teriam ansiado, mas uma relação de coerção, imposta com violência de cima para baixo, a fim de transformar os seres humanos em máquinas de fazer dinheiro. Pode-se observar aí um duplo entrelaçamento paradoxal de reconhecimento e não reconhecimento na forma jurídica moderna. O direito implica, segundo sua essência, uma relação de inclusão e exclusão. Universal é somente a pretensão ao domínio absoluto dessa forma (...). Mas essa forma abstrai justamente a existência física, as carências corporais, sociais e culturais do ser humano, reduzindo-o a um mero ser-aí, na qualidade de unidades do dispêndio de energia para o fim em si mesmo da valorização monetária. O ser humano em geral visado pelos direitos humanos é o ser humano meramente abstrato, isto é, o ser humano enquanto portador e ao mesmo tempo escravo da abstração social dominante. E somente como este ser humano abstrato ele é universalmente reconhecido.<sup>187</sup>

Pode-se afirmar, então, numa análise crítica e para além de uma visão normativa, que a cidadania, como núcleo do acesso à justiça, deve ser concretizada

---

<sup>186</sup>KURZ, Robert. *Paradoxos dos direitos humanos*. p. 2. Publicado em 16/03/2003. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs1603200308.htm>>. Acesso em: 16 set. 2016.

<sup>187</sup>Idem, p. 4.

em atitudes que transformem as pessoas, independentemente da relação entre elas, como meio de propiciar relações igualitárias. Contudo, na história brasileira, como forma de organização social, a cidadania com o apoio do ordenamento jurídico, tem se revelado, ao mesmo tempo, subversiva e reacionária, includente e excludente.<sup>188</sup>

O acesso à justiça somente pela via do Judiciário ou através de outros mecanismos, como mediação, arbitragem e conciliação não são suficientes para concretizar a justiça social. A criação de mecanismos para a resolução dos conflitos, ou a ampliação do Poder Judiciário, aparecem como questões importantes no atual cenário social, todavia, estão longe de propiciar um ambiente de liberdade e justiça social adequados.

A forma jurídica e a intervenção estatal por meio do judiciário aparecem, em muitos aspectos, como uma forma de prolongar o estado de passividade das pessoas que não se encontram emancipadas. As formas de acesso à justiça existentes não possibilitam que a justiça social seja realizada.

Como bem destacado pelos Professores Antônio Carlos da Silva e Vanessa Cavalcanti<sup>189</sup>:

A passividade é o contraponto a ser desafiado. Após mais de meio século, as palavras de Hannah Arendt continuam a ecoar na imensidão desses tempos sóbrios, o totalitarismo do mercado não cedeu espaço para uma intervenção estatal voltada à recuperação da representatividade dos interesses sociais, mas foi subjugado aos interesses legitimados pela ampliação do espaço jurídico de enriquecimento abstrato do capital – o que é uma dificuldade cada vez mais premente para analisarmos os efeitos devastadores da sobrevalorização do capital nas iniciativas políticas de emancipação da humanidade.

O próprio ordenamento jurídico revela-se, em muitos aspectos, como meio de segregação entre os cidadãos. Nestes termos, quando o direito positivo concede vantagens a determinadas pessoas abarcadas pela regra jurídica, estas costumam considerar os direitos como um tratamento diferenciado para categorias específicas de cidadãos que o Estado distingue, regula e recompensa.

---

<sup>188</sup>HOLSTON, James. Op. cit., p. 47.

<sup>189</sup>SILVA, Antônio Carlos da e CALVALCANTI, Vanessa R. S. *A consolidação do ideal de justiça como nosso dever histórico* cit., p. 74.

Assim, como os direitos, em regra, significam tratamento diferenciado, e como as pessoas desejam ter direitos, a cidadania acabou formulada como um meio de distribuir direitos a alguns cidadãos e negá-los a outros.<sup>190</sup>

O acesso à justiça, entendido este como justiça social com liberdade, não se concretiza, em sua essência, no plano normativo, mas, como já delineado, através de movimentos sociais e na criação de uma cultura política ativa.

Hannah Arendt traz uma importante tese sobre a desobediência civil e que para os fins desta pesquisa merece destaque.

A filósofa alemã demonstra que a desobediência civil é caracterizada quando um número significativo de cidadãos, passa a ter consciência de que as vias ordinárias legais ou formais de mudança não funcionam e, portanto, a situação de desigualdade, exclusão ou exploração continuarão a dominar, ou, então, os cidadãos passam a estar convencidos de que o governo está em vias de efetuar mudanças, contudo, a sua atuação legal suscita dúvidas quanto a viabilidade de mudança da realidade.<sup>191</sup>

A desobediência civil, aparece no contexto do pensamento da filósofa, como um elemento capaz de propiciar mudanças necessárias ou restauração de direitos conquistados pela luta política. Não se confunde, com efeito, com um ato de infração à lei ou desordem sem qualquer propósito emancipador.

A contestação civil não tem como pressuposto o comportamento do indivíduo individualmente considerado, mas sim como um comportamento ou adoção de conduta pertencente a um grupo, buscando atingir um interesse maior com a mesma identidade.

A lei, a rigor, pode estabilizar e torna como direito posto uma transformação já ocorrida no interior da sociedade, contudo, a mudança em si é sempre o resultado de uma ação de natureza extralegal.<sup>192</sup>

Eis as suas palavras:

Há um abismo de diferença entre o criminoso que evita os olhos do público e o contestador civil que toma a lei em suas próprias mãos em aberto desafio, A distinção entre a violação aberta da lei, executada

---

<sup>190</sup>HOLSTON, James. Op. cit., p. 44.

<sup>191</sup>ARENDR, Hannah. Desobediência civil. *Crises da República*. 2. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2008. p. 68.

<sup>192</sup>Idem, p. 73.

em público, e a violação clandestina é tão claramente óbvia que só pode ser ignorada por preceito ou má vontade. (...). Além disso, o transgressor comum, mesmo que pertença a uma organização criminosa, age exclusivamente em seu próprio benefício; recusa-se a ser dominado pelo consentimento dos outros e só cederá ante a violência das entidades mantenedoras da lei. Já o contestador civil, ainda que seja normalmente um dissidente da maioria, age em nome e para o bem de um grupo; ele desafia a lei e as autoridades estabelecidas no terreno da dissensão básica, e não porque, como indivíduo, queira algum privilégio para si, para fugir com ele.<sup>193</sup>

Nestes termos, para a efetivação do acesso à justiça deve haver emancipação social, deve existir um comportamento no plano extrajudicial para fins de realização da justiça social. Os obstáculos materiais, para a promoção dos direitos não deve partir, unicamente, de uma ação estatal. Ou seja, o sistema social e as suas formas de interação deve reconhecer o indivíduo como sujeito ético-moral, como destinatário de direitos. A efetivação dos direitos não pode depender de uma condição econômica.

Dierle Nunes e Ludmila Teixeira apontam, com acerto, que o acesso à justiça pode ser apontado como uma nova possibilidade de acesso à cidadania – aos mecanismos de reconhecimento social – e, por sua vez, a substituição do cidadão da participação na esfera pública pelo Judiciário está longe de ser a medida adequada para os problemas sociais, de modo que uma nova cidadania pelas vias judiciais carrega, em si, uma contradição fundamental, pois acarreta o apagamento político.<sup>194</sup>

Com efeito, uma modificação ou reforma da estrutura judicial não estaria apta para suprir as necessidades de acesso à justiça. A rigor, os grandes problemas nacionais, como segurança, saúde, transporte, dentre outros, tão caros à realidade brasileira, devem ser conquistados no campo político (não necessariamente eleitoral) e social. Ou seja, o que deve mudar é a forma de organização da sociedade. Por certo, uma mudança qualitativa deve incluir a esfera política em toda a sua totalidade, ou seja, a sociedade civil não pode ser absorvida pelo Estado.

Para Robert Kurz:

O espaço institucional da esfera funcional (primária, indireta) da economia é o mercado; o espaço institucional da esfera funcional da “política” é o Estado. (...) O aparelho estatal assume as funções de regulação da produção totalizada de mercadorias (direito, logística e

---

<sup>193</sup>Idem, p. 69.

<sup>194</sup>NUNES, Dierle, TEIXEIRA, Ludmila. Por um acesso à justiça democrático: primeiros apontamentos. *Revista de processo*. vol. 217. p. 75-119. São Paulo: Ed. RT, 2013.



infra-estruturas, relações externas etc.), sendo que as decisões a tal respeito têm de passar dum modo ou doutro pelo “processo político” e pela respectiva esfera. No conjunto, pode dizer-se que a universalidade abstracta já não se estende enquanto totalidade imediata como uma névoa sobre a sociedade, mas, sendo a totalidade mediada, cinde-se na base em privado e público, mercado e Estado, dinheiro e poder (ou direito), economia e política.<sup>195</sup>

Há que se dizer, portanto, que essa mudança não deve ocorrer, exclusivamente, no campo político, através de uma postura do legislativo e do executivo. Defende-se, aqui, e de igual modo, a transformação da estrutura social.

No âmbito da doutrina, defende-se a necessidade da tutela dos novos direitos e, conseqüentemente, na criação de um novo paradigma jurídico pautado no pluralismo, de tal modo que o modelo normativo a ser criado possa atender às necessidades das demandas sociais.

Nesta ordem de ideias, conforme o pensamento de Antônio Carlos Wolkmer, é possível afirmar que a atual forma de tutela dos direitos, que o autor denomina de convencional, revela-se incapaz de suprir as demandas sociais por justiça, necessitando, por assim dizer, da construção de um novo paradigma normativo que tem por alvo proteger, de forma eficaz e adequada, os “novos” direitos que passam a surgir como decorrência da economia globalizada e dos diversos problemas sociais – v.g., problemas relacionados ao meio ambiente, ao direito do consumidor.<sup>196</sup>

Trata-se de uma solução que não ataca o problema no seu cerne, ou seja, ainda está a pensar o problema dentro das formas jurídicas existentes. Qualquer teoria que tenha por objetivo, no modo de reprodução social vigente, atender às necessidades de uma sociedade complexa e contraditória, invariavelmente nascerá defasada, ou, então, apenas auxiliará na manutenção, através das formas jurídicas, das práticas sociais que foram consolidadas no modo de produção capitalista.

Daí se vê, portanto, que o direito não é uma entidade solta no espaço político, econômico e social. O direito deve ser estudado levando-se em conta a função do Estado e as formas de interação social.

---

<sup>195</sup>KURZ, Robert. *O fim da política: teses sobre a crise do sistema de regulação da forma da mercadoria* cit., p. 3.

<sup>196</sup>WOLKMER, Antônio Carlos. Op. cit., p. 122.

Se o Estado, de um lado, oferece garantias ao sistema capitalista dominante, mantendo sua estrutura de funcionamento, e de outro ele, o Estado, tem de atuar para minimizar os efeitos nocivos e devastadores causados pelo sistema capitalista. Neste ponto, é possível fazer um recorte acerca da atuação do Poder Judiciário.

São pertinentes as palavras do Professor Calmon de Passos:

O direito é a técnica pela qual se dá a integração entre esses três poderes, de modo a se lograr segurança para a convivência social, em termos de expectativas compartilhadas no tocante à solução dos conflitos que nela vierem a se configurar. O Direito não pode ser visto como uma instância à parte, super ou infra-estruturalmente relacionado com os poderes referidos, sim uma técnica por meio da qual se dá segurança e operacionalidade à ordem social impositivamente implementável. Consequentemente, não se deve pedir ao Direito mais do que ele pode proporcionar. E apenas lhe é possível emprestar alguma segurança e previsibilidade à convivência social, mediante a decisão de conflitos por um processo previamente institucionalizado, dentro de expectativas compartilhadas e operacionalizar um sistema de produção e uma organização política que o precedem e lhe ditam a fisionomia e o destino <sup>197</sup>

Sua atuação ora pode se dar como um instrumento de manutenção do sistema de exploração, ora pode atuar como entidade responsável por efetivar direitos conquistados pelos explorados quando o Estado atua em seu favor. O judiciário seria, de certo modo, uma instância corretiva dos parâmetros estruturais de desigualdade que predominam na sociedade.

O acesso à justiça pleno, entendido aqui como uma forma de propiciar uma vida digna, ocorrerá com a instituição de princípios na estrutura da sociedade que possibilitem o desenvolvimento social sustentável, fundado em critérios objetivamente humanos.

Os problemas que acometem o acesso à justiça não são exclusivamente de ordem jurídica. Os avanços que o direito fundamental do acesso à justiça experimentou no decorrer dos anos serviram como forma de administrar os problemas originados por uma sociedade contraditória e complexa.

A ideia de acesso à justiça pode refletir um *paradoxo*. O acesso à justiça é estudado predominantemente através do direito, como demonstrado. As formas

---

<sup>197</sup>CALMON de PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 50.

jurídicas derivam das relações sociais e, portanto, refletem as contradições de classe existentes.

A sociedade permeada pela desigualdade e pela exploração existente, torna-se contraditória, gerando cada vez mais conflitos. Estes conflitos estão refletidos nos altos números de leis existentes e no aumento contínuo dos processos judiciais.

Este ponto foi percebido pelo Rodolfo de Camargo Mancuso, ao escrever que:

Essa cultura demandista representa um falacioso exercício de cidadania, na medida em que promove o afastamento entre as partes, acirra os desatendimentos, e estende o conflito a um ponto futuro indefinido, esgarçando o tecido social e sobrecarregando a justiça estatal de controvérsias que, antes e superiormente, poderiam e deveriam resolver-se em modo auto ou heterocompositivo.<sup>198</sup>

As formas de interação social fundada na desigualdade e na lógica do valor, bem como na falta de reconhecimento do indivíduo como sujeito ético-moral, impedem a realização efetiva do acesso à justiça. O arcabouço teórico-jurídico do acesso à justiça, em muitos aspectos, destina-se a conceder ao cidadão alguns direitos fundamentais – v.g., tutela jurisdicional adequada, justiça gratuita, duração razoável do processo, direito ao contraditório, dentre outros.

Para o adequado desenvolvimento do acesso à justiça, deve-se criar e consolidar as pessoas como cidadãos na acepção substancial, ou seja, deve-se emancipar socialmente os partícipes da sociedade civil. Fazer o indivíduo consciente e destinatários dos seus direitos, em termos efetivos, de políticas públicas, principalmente aquelas de caráter social, bem como mudar a forma de interação social, consiste na realização plena do acesso à justiça.

Esta interação social refere-se a tornar o sujeito como alguém ético-moral, cidadão consciente e partícipe da sociedade, humanizando as relações sociais e rompendo com a lógica do valor predominante.

O acesso à justiça, tal como vem ocorrendo na prática, encontra-se avesso à concepção de cidadania. Existe, entre os conceitos de acesso à justiça e cidadania, um distanciamento. O protagonismo deve ser social, luta no campo político.

---

<sup>198</sup>MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça*. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 59.

Atualmente pode-se afirmar que as mudanças voltadas para possibilitar um maior acesso à justiça têm por foco melhoras pontuais. Arranha-se apenas a superfície.

Se as formas de litígio aumentam em ritmo avassalador, é natural que a primeira resposta seja buscada via Poder Judiciário. Este é o primeiro a ser acionado para resolver os conflitos que surgem no tecido social. É importante perceber e destacar a importância do direito na sociedade, como também é importante perceber como ele atua para manter a estrutura vigente.

Neste aspecto, o Poder Judiciário mais do que nunca, em inúmeras demandas judiciais, encontra-se atuando para implementar direitos sociais básicos. Aqui fica evidente a dificuldade que o Poder Público possui para internalizar os custos sociais, pois o próprio Estado tem se mostrado incapaz de absorver a totalidade das demandas da sociedade.

Existe uma falsa ideia de que a criação de inúmeros instrumentos jurídicos, é algo positivo para o acesso à justiça. O sistema encontra-se engessado e quanto mais judicialização dos problemas sociais, os sintomas das contradições e desigualdades sociais vem à tona.

O litígio é uma patologia social. As formas de autocomposição, do mesmo modo, embora sejam uma forma mais célere de acabar com o litígio, não atuam para evitá-lo. As formas não jurisdicionais de composição dos conflitos, não obstante constituam um meio viável para solucioná-los, não cortam o problema pela raiz.

O acesso à justiça deve ter, acima de tudo, uma dimensão social e política. A ideia de acesso à justiça deve anteceder os conflitos. Uma teoria de transição se faz necessária. O acesso à justiça – na acepção aqui defendida – deve propiciar a realização plena da cidadania, o reconhecimento do sujeito de si para si, como alguém dotado de valores.

Eis a questão: com a judicialização do acesso à justiça os problemas e as soluções dos conflitos sempre estarão distantes, pois os problemas não serão tratados na sua origem. Daí ser possível afirmar que o sistema judicial não tem capacidade para absorver, em sua plenitude, os conflitos que são gerados em decorrência das relações sociais. É aqui, na base, que se encontra o problema.

Sendo mais específico: o cerne do problema dos conflitos encontra-se na formação do sujeito, na construção de sua cidadania efetiva, cidadania esta que deve ocorrer sem disjunções. Por óbvio, ainda que seja possível alcançar a emancipação social em parâmetros satisfatórios, o conflito ainda irá persistir, contudo, o Poder Judiciário possuirá, então, condições adequadas para outorgar uma tutela jurisdicional adequada.

Com efeito, para a correta compreensão do problema, é intuitivo perceber que a estrutura judiciária não pode ser vista como uma estrutura a parte e distinta do sistema estatal e da forma política e social.

O Constituinte propiciou, com a atual Constituição, um grau de abertura máxima para que os cidadãos possam reivindicar os seus direitos.<sup>199</sup> Isto, por evidente, é, em certa medida, salutar para a democracia. Porém, com mais de 27 anos de promulgação da Constituição, a história tem demonstrado que esta relação entre o acesso à justiça, democracia e cidadania tem se mostrado prejudicial, em certo ponto, para a própria democracia e para a realização da cidadania social. Na falta de políticas públicas, o Poder Judiciário tem atuado de forma substitutiva.

Atualmente, muitas das questões sociais passam pelo crivo do Judiciário, de modo que existe uma substituição da política pelo Judiciário em muitos aspectos. Esta substituição é impulsionada, dentre outros fatores, pelo amplo direito de acesso à justiça, de modo a concentração dos problemas sociais na esfera Judiciária ocasiona, por certo, sérios problemas para a democracia e para a construção da cidadania social.

Sem dúvidas, a atuação do Judiciário para a promoção dos direitos é de grande importância, contudo, sua atuação deve ocorrer de forma subsidiária e pontual, isto é, quando os poderes constituídos não cumprem o programa constitucional a que se encontram vinculados.

Numa sociedade complexa e contraditória se judicializa muito. Esta questão é importante, pois as pessoas ao invés de participar da política e dos movimentos sociais procuram o Poder Judiciário.

---

<sup>199</sup>SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. vol. I. p.126.

Temos, então, o seguinte problema: Quando procuramos diretamente o Poder Judiciário, pulando as outras esferas públicas e políticas, geramos um déficit na democracia. Não é possível terceirizar a cidadania. Quanto mais judicialização menos democracia e menos cidadania. É preciso não depositar todas as expectativas no Poder Judiciário.

Esta expectativa exarcebada faz parte de um elemento ideológico. É de suma importância a luta política e os movimentos sociais. A aposta na judicialização da política ou no ativismo judicial impede tais movimentos.

A cidadania e a democracia social serão alcançadas com a força do povo e sua união, na sua luta. As forças sociais poderão democratizar as relações sociais, econômicas e políticas. A judicialização de questões políticas, ainda que se mostre necessária para questões pontuais, impede, em larga escala, o exercício da cidadania e o devido debate político. Assim, o ativismo judicial ou a judicialização da política representam, em certa medida, um bloqueio das lutas do povo para se alcançar uma emancipação social.

## 7 CONCLUSÃO

Destaca-se, em primeiro lugar, que o acesso à justiça não se resume ao acesso ao Poder Judiciário e, tampouco, como um direito a um processo justo. Em segundo lugar, para o adequado acesso à justiça, o protagonismo passa a ser dos movimentos sociais e da participação política do povo.

A inaplicabilidade da Constituição e os problemas do acesso à justiça não se dão, exclusivamente, como uma visão simplista poderia sugerir, por uma inadequada gestão das políticas públicas, na falta de vontade política ou mesmo em decorrência da corrupção. O Judiciário, então, na perspectiva desta pesquisa, teria como importante função *preservar* os direitos conquistados.

Há que se observar, todavia, que a luta por uma justiça social e um movimento político ativo têm por pressuposto a emancipação social. Em terceiro lugar, esta pesquisa trabalha com o Estado numa perspectiva distinta da tradicional quando analisa o acesso à justiça. O acesso à justiça está intimamente ligado com a cidadania. A cidadania, a rigor, é realizada quando existe emancipação social.

Dito de outro modo, trabalhar a cidadania simplesmente como a realização ou efetivação de direitos via Judiciário, é limitar a dimensão do acesso à justiça. A conquista de direitos e, principalmente, a emancipação social, não se encontram no plano normativo.

O acesso à justiça visto pelo plano normativo, não obstante tenha uma função importante no quadro brasileiro, não tem a força necessária para realizar uma justiça social com liberdade. O plano normativo e o processo de juridificação do Estado estão atrelados a lógica do valor.

A pesquisa pautou-se na análise do acesso à justiça e, também, do Estado associando-o de forma imediata à categoria do capital e do seu processo totalizador. Nestes termos, o Estado possui apenas uma autonomia relativa, o que gera debilidade no fomento e distribuição de direitos básicos, principalmente para a massa de excluídos, onde o ente estatal aparece como um instrumento corretivo da crise estrutural do capital. A dinâmica de expansão do capital só pode acontecer e manter-se no tempo e espaço por meio de crises econômicas e políticas contínuas.

O Estado não é capitalista em razão do controle direto pelos detentores do capital ou por causa de um sujeito específico, mas é capitalista pela sua estrutura e pela dinâmica da própria circulação do capital. As instituições orientam o comportamento social, de tal forma que as instituições do Estado refletem a rotina consolidada da ação dos atores sociais, portanto, uma política ativa das pessoas e uma nova dinâmica social condizente com um ambiente de justiça social e liberdade pode tornar possível conquistas que não poderão ser obtidas através de um acesso à justiça pautado pelo plano normativo.

O grande problema dos estudos sobre o acesso à justiça é que, invariavelmente, ignora-se o processo capitalista e sua crise estrutural, e, ainda, não existe uma discussão sobre o apartamento entre o poder e a política.

A rigor, os estudos do acesso à justiça limitam-se ao plano normativo, não necessariamente ao plano legal, isto é, o desenvolvimento das pesquisas sobre o tema faz uma aposta na força normativa da constituição e num protagonismo do Poder Judiciário.

É intuitivo perceber, a título de conclusão, que o direito é capitalista e, portanto, o acesso à justiça tal como vem sendo perfilhado e estruturado também o é. Deste modo, a lógica do direito e dos mecanismos de acesso à justiça são instrumentalizados para contornar a crise derivada do sistema de exploração e desigualdade do capital de acordo com momento histórico.

Tal como foi esboçado ao longo da pesquisa, o acesso à justiça deve ter como força a base social, devendo a própria sociedade passar por uma transformação que deve ser elaborada no contexto dos movimentos sociais e políticos.

Torna-se, pois, imperioso transformar a base da sociedade e, do mesmo modo, modificar radicalmente as instituições políticas para que se possa implementar um ambiente de liberdade e com a instituição de uma forma de governo adequado e real, condizente com as necessidades das pessoas.

Essa transformação, como elucidado, é estruturada numa esfera pública independente do Estado e dos meios de comunicação, que possibilite uma discussão autônoma e propicie a interação de experiências sociais.



Nesta ordem de ideias, um acesso à justiça para além de um paradigma normativista passa por mudanças sociais que não são impostas ou implementadas pelo poder estatal (judiciário, legislativo ou executivo), mas sim através de um longo e permanente processo de alteração das relações sociais e consciência, de modo a refletir a forma política que passa a ser reconfigurada.

A luta de poder pelo Estado, bem como a promoção do acesso à justiça exclusivamente via Judiciário, por certo, não propiciam vertentes emancipadoras, mas apenas uma reforma, isto é, uma melhora no quadro social e histórico vigente.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de Estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

ARENDT, Hannah. *Desobediência civil. Crises da República*. 2. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho? ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista diálogo jurídico*. n. 15 janeiro-março de 2007. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/artigo\\_controle\\_pol\\_ticas\\_p\\_blicas\\_.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf)>. Acesso em: 12 mar. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de direito constitucional e internacional*. vol. 58. p. 134. São Paulo: Ed. RT, 2007.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista da OAB*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

\_\_\_\_\_. BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. 7. ed. São Paulo: Paz e terra, 1999.

BONAVIDES, Paulo. Os Direitos Fundamentais e a Globalização. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*. vol. 25. p. 63-74. Porto Alegre, Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. 2002.

BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BRAVERMAN, Harry. *Trabalho e capital monopolista: a degradação do trabalho no século XX*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1987.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. vol. I.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

CALMON de PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. In. CLÉVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (coord). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2014.

CANOLTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2. ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfeet. Porto Alegre: Ed. Fabris, 1988.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 19. ed. São Paulo: Civilização brasileira, 2015.

CAVALCANTI, Vanessa Ribeiro Simon e SILVA, Antônio Carlos da. Crise global: Reflexões sobre a Sociedade do espetáculo ao ritmo do capital. *Portuguese studies review*. v. 18. p. 129-151. 2011

\_\_\_\_\_. Diálogos abertos e teoria crítica: por uma “aventura” emancipatória. *Revista dialética*, v. 6. p. 66-78. 2015.

\_\_\_\_\_. A consolidação do ideal de justiça como nosso dever histórico. *Revista de estudos eleitorais*. v. 7. p. 60, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. Novas funções judiciais no Estado Moderno. *RT*, n. 614, dez. 1986, p. 11-22.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

FACHIN, Luiz Edon. O Supremo Tribunal Federal e a jurisdição constitucional: da preservação à justificação material dos direitos. In. CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (coord.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de direito e Estado legal. *Revista de direito administrativo*. v. 157. p. 14-44. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 1984.

FURTADO, Celso. *Metamorfoses do capitalismo*. Discurso proferido para o recebimento do título de Doutro Honoris causa na UFRJ. Disponível em: <[www.redcelsofurtado.edu.mx/archivospdf/furtado1.pdf](http://www.redcelsofurtado.edu.mx/archivospdf/furtado1.pdf)>. Acesso em 29 mar. 2015.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

HARVEY, David. *A produção capitalista no espaço*. São Paulo: Annablume, 2005.

\_\_\_\_\_. *O enigma do capital e as crises do capitalismo*. São Paulo: Boitempo, 2011.

\_\_\_\_\_. *Para entender O capital*. São Paulo: Boitempo, 2013.

HIRATA, Helena. O Estado como abstração real? *Estudos Cebrap*. São Paulo, Cebrap, n. 26, 1980.

HOBBSAWN, Eric. A falência da democracia. Folha de São Paulo, 09 de setembro de 2001. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs0909200105.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

HOLSTON, James. *Cidadania insurgente: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil*. São Paulo: Companhia das letras. 2013.

JUDT, Tony. *O século XX esquecido*. Lisboa: Edições 70, 2010.

\_\_\_\_\_. *Um tratado sobre os nossos actuais descontentamentos*. Lisboa: Edições 70, 2010.

KRELL, Andreas J. Krell. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. Revista de informação legislativa. v. 36. p. 240. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/545>>.

\_\_\_\_\_. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

KURZ, Robert. O programa suicida da economia. *Os últimos combates*. 5. ed. Editora Vozes, 1997.

\_\_\_\_\_. Perdedores globais. *Os últimos combates*. 5. ed. Editora Vozes, 1997.

\_\_\_\_\_. A falta de autonomia do Estado. *Os últimos combates*. 5. ed. Editora Vozes, 1997.

\_\_\_\_\_. *O fim da política: teses sobre a crise do sistema de regulação da forma da mercadoria*. Disponível em: <[www.obeco.planetaclix.pt/rkurz105.htm](http://www.obeco.planetaclix.pt/rkurz105.htm)>. Acesso em: 8 maio 2016.

\_\_\_\_\_. O colapso da modernização. *Os últimos combates*. 5. ed. Editora Vozes, 1997.

\_\_\_\_\_. *Paradoxos dos direitos humanos*. Publicado em 16/03/2003. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs1603200308.htm>>. Acesso em: 16 set. 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça*. São Paulo. Ed. RT, 2011.  
\_\_\_\_\_. *Resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de direito*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Do controle da insuficiência de tutela normativa aos direitos fundamentais processuais. *Revista de processo*. vol. 226. p. 22. São Paulo: Ed. RT, 2013.

\_\_\_\_\_. ARENHART, Sergio Cruz e MITIDIERO, Daniel. *Curso processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. vol. I.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MARX, Karl. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. 3. ed. São Paulo: Boitempo, 2013.

MASCARO, Alysso. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MÉSZÁROS, István. *Para além do capital: rumo a uma teoria de transição*. São Paulo: Boitempo, 2002.

\_\_\_\_\_. *A montanha que devemos conquistar*. São Paulo: Boitempo, 2015.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Direitos Humanos, Globalização e Constituição. Vínculos Feitos, Desfeitos e Refeitos. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*. vol. 25. p. 117-140. Porto Alegre, Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. 2002.

MURICY, Marília. *Senso comum teórico e direito*. São Paulo: Atlas, 2015.

NUNES, Dierle, TEIXEIRA, Ludmila. Por um acesso à justiça democrático: primeiros apontamentos. *Revista de processo*. vol. 217. p. 75-119. São Paulo: Ed. RT, 2013.

RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. São Paulo: Boitempo, 2014.

PACHUKANIS, Evgeni Bronislávovich. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

PIOVESAN, Flávia. Proteção dos direitos sociais no Brasil: Desafios e perspectivas. In. CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (coord). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2014.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das letras, 2011.  
\_\_\_\_\_. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das letras, 2010.

SILVA, Jose Afonso da. Acesso à justiça e cidadania. *Revista de direito administrativo*. v. 216. p. 14-44. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas.1999.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA RAMOS, Elival. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. *Verdade e consenso*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos "novos" direitos*. In: Revista Jurídica (FIC). vol. 2, n. 31. Curitiba, 2013.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2011.

ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.