

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA
E A ERA DO DIREITO CONCILIATÓRIO

Daniel Eloi de Paula Rodrigues

Presidente Prudente/SP

2013

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA
E A ERA DO DIREITO CONCILIATÓRIO

Daniel Eloi de Paula Rodrigues

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. José Artur Teixeira Gonçalves.

Presidente Prudente/SP

2013

O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E A ERA DO DIREITO CONCILIATÓRIO

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
como requisito parcial para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito.

José Artur Teixeira Gonçalves

Orientador

Sérgio Tibiriçá Amaral

Examinador

Fernando Batistuzo Gurgel Martins

Examinador

Presidente Prudente, 29 de outubro de 2013.

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por sua grandeza, graça, providência e alegria sempre presentes em minha vida.

A meus pais e a meu irmão, família através da qual vejo a face de Cristo todos os dias.

Aos meus amigos e a cada um que, de alguma maneira, ajudou a manter a minha fé firme e que tem me sustentado até aqui.

Aos professores, à coordenação e ao núcleo de pesquisas do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente que me inspiraram e me incentivaram a ir além e a ver o direito como ciência e o ser humano como o seu objeto de estudo.

Ao professor e mestre José Artur Teixeira Gonçalves, por ter se disposto a orientar um tema tão louco e árduo quanto este, por ter acreditado e contribuído decisivamente para o seu sucesso.

A todos vocês, as mais ricas bênçãos de Deus.

O assunto mais importante do mundo pode ser simplificado até ao ponto em que todos possam apreciá-lo e compreendê-lo. Isso é - ou deveria ser - a mais elevada forma de arte.

Charles Chaplin

RESUMO

É uma reflexão sobre o momento histórico e atual vivido pelo direito, tendo por base os desdobramentos do Princípio da Proteção da Confiança, seus efeitos sobre o ordenamento jurídico e a indicação da chegada da "Era do Direito Conciliatório". O Princípio da Proteção da Confiança, com origem no direito administrativo, tem por objetivo garantir a proteção das expectativas legítimas, das expectativas de direitos geradas no indivíduo em decorrência de um comportamento claro e pretérito do Estado que demonstra sua inclinação a seguir e a se pautar por um determinado procedimento ou entendimento jurídico. Porém, para conferir um embasamento teórico mais substancial, a pesquisa adentra à análise do mundo jurídico e social moderno e pós-moderno. Da modernidade se extrai a construção de uma ideologia de Estado cuja estrutura era decorrência de uma mentalidade racionalista e iluminista, razão pela qual apresentava um discurso abstrato, típico do cientificismo e da metafísica. A pós-modernidade, ao contrário, atesta a quebra dos paradigmas modernos e a crise crônica de seus sistemas universalizantes. O Estado carece de legitimidade e suas políticas de eficácia. O direito já não responde às inquietudes humanas. O período de guerras e de massacres mundiais que marcaram o século XX amedrontou o ser humano e o fez desiludir-se e individualizar-se a um ponto de egoísmo. Entretanto, como se trata de uma época extremamente plural, se intensificaram movimentos paraestatais de efetivação dos direitos e garantias fundamentais, tanto a favor quanto contra o Estado. A violência e a miséria social em níveis alarmantes aumentaram a exigência por respostas do poder público. O Poder Judiciário é abarrotado por um número infundável de demandas, uma onda de litigiosidade excessiva, problema intensificado pela má formação humana e social dos operadores e juristas. O direito entra em uma era conciliatória, propondo formas alternativas para a solução dos litígios e uma mentalidade consensual para elidir conflitos. A resposta, ao que tudo indica, depende de um maior esforço do poder político do que propriamente dos órgãos judicantes. Além disso, há uma necessidade premente pelo surgimento de um espírito conciliatório. Mais do que utopia, algo indispensável em mundo em que a justiça e a paz são desejos universais, mas que não encontra consensos, exceto, ao que parece, quanto à convicção de que toda e qualquer política de Estado e do direito deve ter por fim a busca pela dignidade da pessoa humana.

Palavras-chaves: Princípio da proteção da confiança. Pós-modernidade. Direito conciliatório. Poder judiciário. Políticas públicas.

ABSTRACT

It is a reflection on the current and historical moment lived by the law, based on the unfolding of the Principle of Protection of Trust, its effects on the legal system and the indication of the arrival of the "Age of Conciliatory law". The Principle of Protection of Trust, with origin in administrative law, aims to ensure the protection of legitimate expectations, the individual expectations of rights as a result of a past behavior from the State that demonstrates its tendency to follow and to guide itself by a particular procedure or legal opinion. However, to give a theoretical and substantial basis, the research analyzes the modern and post – modern legal and social world. From the Modern age is extracted the construction of a State ideology whose structure was a result of the rationalist and enlightenment mentality, the reason why it had that abstract speech, typical of scientism and metaphysics. Postmodernism, by contrast, attests the rupture of the modern paradigms and its chronic crisis of the universalizing systems. The State lacks on legitimacy and its policies are ineffective. The law no longer responds to human concerns. The period of world wars and other massacres that marked the twentieth century frightened the human beings and made them disillusioned and individualist till the point of selfishness. However, as this is a time extremely plural, the movements of parastatals realization of fundamental rights and guarantees has intensified, both for and against the State. Violence and social misery at alarming levels increased the exigency for answers from the government. The Judiciary is crowded by an endless number of demands, a surge of excessive litigation, issue intensified by poor human and social development of the operators and lawyers. The law goes into a conciliatory era, proposing alternative ways to resolve disputes and a consensual mentality to rebut conflicts. The answer, it seems, depends on political power more than properly from the juridical organs. In addition, there is a pressing need for the emergence of a conciliatory spirit. More than an utopia, it is something indispensable in a world where justice and peace are universal desires, but that does not find consensus, except, it seems, on the conviction that any State policy and law should have the wish to find the human being dignity.

Keywords: Principle of protection of trust. Postmodernity. Conciliatory law. Judiciary. Public policies.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA.....	12
2.1 Vínculos Históricos.....	13
2.2 Fundamentos do Princípio da Proteção da Confiança.....	16
2.2.1 A proteção da confiança oriunda da boa-fé objetiva.....	17
2.2.2 Estado de direito, segurança jurídica e proteção da confiança.....	18
2.3 Condições Para o Emprego da Proteção da Confiança.....	20
2.3.1 A base da confiança nas manifestações estatais.....	21
2.3.2 Existência da confiança no plano subjetivo.....	23
2.3.3 Atos concretos como forma de exercício da confiança.....	24
2.3.4 Comportamento estatal que frustre a confiança.....	25
2.4 A Defesa da Expectativa Legítima.....	26
3 A PÓS-MODERNIDADE E A RELAÇÃO DO HOMEM COM O DIREITO.....	28
3.1 Conceitos da Modernidade.....	28
3.1.1 O direito moderno.....	30
3.1.2 O império da constituição.....	32
3.1.3 A soberania do povo.....	37
3.1.4 Os paradigmas do direito na modernidade.....	38
3.1.5 Uma definição de modernidade.....	43
3.2 O Advento da Pós-Modernidade.....	45
3.2.1 Sobre o termo “pós-modernidade”.....	50
3.2.2 As dimensões do direito pós-moderno.....	54
3.3 As Crises Jurídicas na Pós-Modernidade.....	59
3.3.1 A questão da eficácia.....	61
3.3.2 A crise do positivismo e da ciência jurídica.....	67
3.3.3 A crise social brasileira.....	69

3.4 O Advento do Discurso Sobre a Dignidade Humana.....	72
4 A ERA DO DIREITO CONCILIATÓRIO.....	75
4.1 A Crise do Poder Judiciário.....	76
4.1.1 O aumento da litigiosidade nos tribunais.....	78
4.1.2 A importância da figura do juiz para a solução de conflitos.....	81
4.2 A Visão Conciliatória do Direito.....	85
4.2.1 A solução de conflitos através da conciliação, mediação e arbitragem.....	90
4.2.2 Mecanismos pré-processuais de solução de conflitos.....	93
4.2.3 A resolução de demandas com base em precedentes jurisprudenciais.....	94
4.3 Aplicações e Resultados dos Métodos Alternativos de Solução de Conflitos.....	96
5 EFEITOS RESULTANTES DA CONJUGAÇÃO DOS INSTITUTOS.....	100
5.1 O Princípio da Proteção da Confiança e a Concretização da Constituição.....	101
5.2 O Advento do Espírito Conciliatório no Homem Pós-Moderno.....	106
5.3 Um Novo Direito.....	109
6 CONCLUSÃO.....	115
BIBLIOGRAFIA.....	119

1 INTRODUÇÃO

As Cartas de Direitos tem sido, no decurso da história moderna, importantes símbolos de consolidação do momento político de uma determinada nação, demonstração inequívoca da situação e da visão política e social que esta vivencia.

Cada era ou, assim também chamada, geração do Direito ressaltou um aspecto próprio de dado momento histórico da humanidade, em especial no que se refere ao pensamento ocidental, irradiando sua filosofia para o corpo jurídico dos Estados, influenciando, assim, a forma de composição de suas Constituições.

Servindo como base para os avanços da justiça e da tentativa de equiparação social dos povos, trouxe à tona princípios, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, que passou a ser requisito indissociável de qualquer discussão cujo tema seja o direito ou as relações sociais.

Dentre estes princípios, se encontra um de caráter inovador, inédito em sua visão de mundo, que é o Princípio da Proteção da Confiança, cujo pensamento central se encontra na ideia de que o Estado não deve, tão somente, suprir as necessidades básicas do cidadão, mas também suas expectativas enquanto ser humano socialmente participante.

Observe-se o texto a seguir:

Há uma forte conexão entre as gerações (do passado, do presente e do futuro) que não pode ser destruída impunemente pelo Estado. As necessidades do presente e, sobretudo, as do futuro são relevantes. No entanto, as expectativas que favorecem aqueles que nasceram mais cedo não podem ser irresponsavelmente demolidas para satisfazer, irrestritamente, as demandas daqueles que nasceram mais tarde. (ARAÚJO, 2009, p. 07).

Com isso, advém uma situação singular, própria do atual momento histórico do Direito, qual seja, o de que, apesar da luta pela aquisição de novos direitos dever ser constante e ininterrupta, o ser humano tenha chegado a um

insustentável nível de disponibilidade de direitos. Ou seja, o indivíduo tem à sua disposição um rol incontável de direitos e tutelas. O que não é injusto. Muito pelo contrário, se traduz no fruto de um trabalho árduo e secular.

Contudo, e é neste ponto em que reside o problema, em dados momentos já podem ser vistos determinados choques entre indivíduos, cujas lides destes originadas não podem ou devem ser resolvidas pelo clássico contencioso, não se tratando mais, tão somente, de um mero conflito de interesses, mas sim da busca pela efetivação de direitos já existentes, reconhecidos em âmbito mundial e conferidos ao ser humano.

Seguindo tal ideia, é que se propõe talvez se esta uma nova era do direito, a Era do Direito Conciliatório, na qual a solução para os conflitos não se sustentará apenas com a tutela jurisdicional, mas sim com o advento de uma consciência de reconhecimento do “outro”, por parte dos indivíduos, dos Estados, dos agentes econômicos, políticos e sociais, o que levará a uma composição dos litígios por meio do diálogo.

Através do método argumentativo-dedutivo, o estudo começará com a análise histórica do direito como um todo, chegando ao Princípio da Proteção da Confiança e sua aplicabilidade jurídica, seus efeitos sobre a dinâmica social, o reconhecimento do Direito Conciliatório e propositura de formas para sua aplicação.

2 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

A visão de mundo do homem pós-moderno carrega em si valores que ficaram escondidos, ou que foram subjugados até o presente momento, no modo de se expressar de seus antecessores. A base sociológica e jurídica em voga esteve de forma permanente a circundar ou a esfera do coletivo ou a esfera do individual, mas poucas vezes adentrou de forma latente à esfera do íntimo do ser humano.

Certa vez, questionado por um estudante acerca dos fatores que levariam uma organização estatal a se tornar excelente, Confúcio, após breve reflexão, assim respondeu: um exército competente, a riqueza dos cidadãos e a confiança que o povo deposita em seu soberano. Provocando ainda mais, o estudante questionou o sábio, indagando sobre, caso nem tudo pudesse ser alcançado, qual destes elementos seria renunciável. Confúcio respondeu que a confiança era a única coisa que não poderia ser abandonada. A inexistência de confiança é algo impossível de se admitir, pois um Estado não viveria um dia sequer sem ela (Araújo, 2009, p. 01).

O Princípio da Proteção da Confiança surge como um dos elementos da moderna dinâmica social humana, de forma a explicar e a desvendar os recônditos mais íntimos do espírito de um povo. É o entendimento de que a micro esfera do conhecimento e da compreensão do ser é o ponto crucial na busca de uma maior funcionalidade da macro esfera do Estado.

Assim, por exemplo, a confiança do indivíduo na estabilidade do ordenamento e nas posições jurídicas não deve ser abalada em prol do progresso, que, no entanto, não pode ser inibido, devendo o Estado adotar uma postura de equilíbrio entre a abertura a inovações e a flexibilidade e a manutenção desta estabilidade (Araújo, 2009, p. 03).

Tais fatores levam à possibilidade de uma discussão mais apurada acerca de temas importantíssimos, até então pouco suscitados pelo direito, entre eles, a ideia do tempo como elemento essencial do direito, a prevalência do

interesse público primário e o Princípio da Proteção da Confiança como dimensão subjetiva do princípio da Segurança Jurídica e do Estado de Direito.

Ainda que não se trate de tema inédito, as inovações trazidas por tal princípio demandam constante reflexão dos estudiosos do direito e das demais ciências sociais, por conta do vasto campo aberto, seja na área da política, da sociologia, da filosofia ou, de forma mais específica, no estudo da norma.

2.1 Vínculos Históricos do Princípio da Proteção da Confiança

Em termos gerais, a primeira reflexão sobre a questão da confiança foi feita por Émile Durkheim, ao realizar uma análise crítica da abordagem contratualista de Thomas Hobbes, onde se ateu ao fato da inexistência de um estudo mais aprofundado sobre as circunstâncias fáticas que levariam à vinculação dos indivíduos aos contratos, chegando à conclusão de que a confiança serve como suporte e como explicação razoável para tal fenômeno.

Em um período mais recente, o sociólogo alemão Niklas Luhmann (1989) apud Araújo (2009, p. 11 e 13) tem suscitado estudos sobre a composição e a aplicação da confiança na sociedade atual, disseminando a ideia de que esta reduz a complexidade social e, com isso, proporciona um aumento das possibilidades individuais, tornando-se forma eficaz para reduzir complicações sociais. Para ele, “a confiança de uma pessoa na concretização de suas próprias expectativas é, portanto, um fator elementar da vida social”. Tal entendimento atinge os mais variados ramos das ciências sociais, inclusive na relação entre os seres humanos.

Valter Shuenquener de Araújo (2009, p. 13), trazendo contemporaneidade ao tema, analisa a utilidade do conceito da confiança para “conter a insegurança, por meio da filtragem e organização do grandioso volume de informação complexa que recebemos”.

No que se refere ao Direito, surge a ideia de que este funcione como um instrumento que possibilite a existência de uma sociedade complexa, ao mesmo tempo em que garanta a segurança das expectativas individuais. Conforme preceitua Gerson Branco (2002, p. 177 e 181):

A confiança é um pressuposto para a existência de uma ordem jurídico-social, pois a preservação da confiança, por meio de promessas e do cumprimento de promessas, faz surgir regras que considerem o ponto de vista do outro, permitindo a convivência social. (...) O valor confiança é um dos pilares de todo o direito. Somente existe a possibilidade de convivência social se o valor confiança está presente.

Doutrinariamente, a confiança passa a galgar o posto de princípio de direito, como fundamento da ordem jurídico-social, informador das modernas leis que venham a compor o ordenamento jurídico, uma vez que a essa dinâmica já não basta tão somente a coercitividade da previsão legal, sendo imprescindível que nesta se introduza a força da confiabilidade, senão, até mesmo, que seja por esta substituída.

Além disso, ascende como preceito comportamental das relações sociais e, conseqüentemente, das relações jurídicas públicas e particulares, compondo uma nova visão onde o Direito deixa de ser uma instituição isolada, transformando-se em uma das peças a compor um sistema moderno e interdisciplinar, caracterizado pela busca por uma união das diferentes forças científicas, sejam essas nas áreas humanas, exatas, biológicas ou tecnológicas, de forma que sua função essencial seja garantir a dignidade e o cuidado para com o ser humano.

No anseio de se compor um conceito do que seja este momento, tal ideia poderia ser expressa pelo termo “Funcionalidade do Direito”. Argumenta John Rawls (2000, p. 163):

(...) numa sociedade bem ordenada, em que os cidadãos sabem que podem contar com o senso da justiça do outro, podemos pressupor que uma pessoa queira normalmente agir de modo justo e ser reconhecida pelos outros como alguém com quem se pode contar como membro plenamente cooperativo da sociedade durante toda a sua vida.

A confiança, neste caso, atua como propulsora de um comportamento cooperativo do indivíduo em relação à sociedade, de forma a garantir ao Direito a funcionalidade resultante da criação de um senso de justiça mútuo, onde todos se consideram parte da relação social, com o entendimento de que esta só existirá mediante a inclusão do outro. Tal mecanismo trabalha de maneira preventiva. A relação jurídica se resolve antes e sem a necessidade de se valer da lógica convencional da lide, pois, de forma antecipada, foi criado um sentimento de confiança na serena perpetuação da justiça.

Nesse contexto, outros conceitos emergem como derivação lógica da aplicação da confiança. Entre eles, o Estado começa a sopesar o valor da “reputação”. Esta funciona como um mecanismo propulsor das relações de confiança, o que facilita a cooperação. Com atribuições bem postas e bem executadas, não haveria dúvidas que levassem o indivíduo a deixar de contribuir ou até mesmo não acreditar na capacidade estatal para gerir e solucionar conflitos.

Na Alemanha, o conceito da proteção da confiança se desenvolveu de forma mais expressiva, ao ponto de figurar como princípio jurídico. Era um cenário pós-Segunda Guerra Mundial, por volta dos anos cinquenta, em que o Estado social alemão trouxe para si um rol maior de atribuições a serem executadas. Atualmente, a frequência e a agilidade das mudanças levam o indivíduo a depender diretamente da eficiência das decisões e normas estatais, o que gera o anseio de que estas sejam seguras e estáveis, ambiente propício para a disseminação da proteção da confiança (Araújo, 2009, p. 22).

A intervenção na vida dos particulares, típica do Estado do século XX, é um dos fatores a explicar o fenômeno, de abrangência mundial, do aumento do emprego do princípio da proteção da confiança. Neste sentido, para Patrícia Baptista (2006, p. 14) “a ampliação do papel do Estado, em especial como provedor de bens e serviços, fez surgir uma relação de dependência do cidadão face ao aparelho estatal”. O crescimento desmedido das funções estatais nos últimos sessenta anos levou à valorização da segurança jurídica e da proteção da confiança nessa geração do Direito.

A exigência do indivíduo de que existam constância e estabilidade nas decisões que lhe dizem respeito, resultantes da ampliação das atividades estatais e dos efeitos gerados pelo movimento das normas jurídicas na busca por uma

adequação aos anseios sociais modernos, estabelece o atual dilema do Direito: o dever de gerir a necessidade mútua por mudança e estabilidade de forma eficiente.

Segundo Luís Roberto Barroso (2003, p. 05), há certa inclinação ao pragmatismo nas interpretações recentes do Direito, regidas pelo imediatismo nas respostas a ameaças circunstanciais. Essa ansiedade se mostra desmedida, pois, apesar de ser uma das características da pós-modernidade a efemeridade do *status quo*, ou seja, que determinada situação se mantenha por pouco tempo, mude rapidamente e logo após exija nova regulamentação, esse não é mais do que um processo social natural.

Ocorre que a velocidade e a quantidade de informações que surgem, praticamente de forma instantânea, pressionam a visão do operador do direito, o leva a considerar meras especulações e ameaças em detrimento de situações concretas. A qualidade da resposta jurídica é, então, menos prestigiada do que a agilidade com a qual esta é fornecida.

Há uma perturbação dos institutos derivados ou que se relacionam com a segurança jurídica, por exemplo. Por isso, dentre outros motivos, é que a proteção da confiança surgiu e se desenvolve, a fim de ser viável enquanto remédio para a falta de habilidade de determinados preceitos normativos, obsoletos para o tamanho do desafio que é decifrar e fornecer o Direito em uma pós-modernidade exigente, no sentido de que este seja atual, constante e funcional.

2.2 Fundamentos do Princípio da Proteção da Confiança

Dos muitos desafios que surgem no processo de desenvolvimento da proteção da confiança como norma jurídica, de imediato se apresenta o de fornecer a base de sua origem, os fundamentos nos quais o instituto encontrou a força e a credibilidade necessárias para tal. Em termos gerais, duas correntes vigoram atualmente com o intuito de explicar esse fenômeno: a dos *civilistas*, que defende se tratar de um princípio oriundo dos institutos do Direito Privado, e a

dos *constitucionalistas*, que acredita ser este, na verdade, uma derivação dos próprios conceitos do Direito Público.

2.2.1 A proteção da confiança oriunda da boa-fé objetiva

A corrente civilista, com fulcro no Direito Privado, tem o princípio da boa-fé objetiva como o fundamento a dar origem ao princípio da proteção da confiança, com a ideia de que é imperativo ao Estado agir em conformidade com seu comportamento passado e habitual, ou seja, a *contrario sensu*, é lesivo ao princípio da boa-fé objetiva que o Estado mude de forma radical e absoluta o seu comportamento já consolidado.

O estabelecimento de um padrão das expectativas por determinada sociedade deve ser respeitado, à exceção de mudanças gradativas referentes a necessidades pontuais, fruto da própria dinâmica social. Deste modo, uma expectativa só perde sua validade com o surgimento e a consolidação de uma nova expectativa, ou seja, o comportamento estatal nunca poderá ser surpreendente a ponto de, por isso, ser considerado injusto pelo cidadão.

Sobre a vinculação do princípio da proteção da confiança ao princípio da segurança jurídica, elucida Gerson Branco (2002, p. 184-185):

O princípio da proteção da confiança tem autonomia científica, mas tem sido tratado no direito brasileiro em estreita vinculação e certa dependência com o princípio da boa-fé. Princípio da confiança e boa-fé não se confundem. (...) o âmbito de atuação do princípio da confiança é maior que o da boa-fé, mas a boa-fé objetiva atua para tornar concreta a proteção da confiança e, portanto, para proteger o bem confiança. Quem age conforme os deveres que nascem pela incidência do princípio da boa-fé também age conforme os deveres que derivam do princípio da confiança. Os limites exatos entre o âmbito de atuação de ambos é nebuloso.

Em razão disso, os princípios da proteção da confiança e da boa-fé objetiva trabalham, na verdade, como mecanismos de reforço mútuo, sendo este o seu único elo. Observação mais apurada pode constatar que suas esferas de

atuação são díspares: enquanto o princípio da boa-fé objetiva se estabelece no âmbito das relações individuais, aplicável quando exista uma relação jurídica específica e de efeitos concretos, o princípio da proteção da confiança, por sua vez, atua também no âmbito das relações jurídicas abstratas, além de ser aplicável como forma de contenção ao exercício do poder público, na proteção do particular que se relaciona com o Estado.

O discurso civilista falha por não poder ignorar que o princípio da proteção de confiança pertence ao arcabouço constitucional de forma mais latente que ao princípio da boa-fé objetiva. Este atua no campo do comportamento ético entre os particulares, com foco em que estes estabeleçam vínculos de lealdade, enquanto aquele provoca o Estado a cumprir o seu dever de agir de modo não contraditório e a se manter fiel às expectativas legítimas daqueles com quem interage.

2.2.2 Estado de direito, segurança jurídica e proteção da confiança

Ao contrário da corrente civilista, a constitucionalista é direta ao conceituar o princípio da proteção da confiança como Direito Público. Apresenta-se, até certo ponto, como a doutrina dominante. As discussões se concentram na procura pela raiz, o ramo público ao qual este princípio se vincula.

Entende Luís Roberto Barroso (2001, p. 3) que “num Estado democrático de direito, a ordem jurídica gravita em torno de dois valores essenciais: a segurança e a justiça”. Em outro estudo, Barroso (2005, p. 132) reitera esse raciocínio ao afirmar que “o conhecimento convencional, de longa data, situa a segurança – e, no seu âmbito, a segurança jurídica – como um dos fundamentos do Estado e do Direito, ao lado da justiça e, mais recentemente, do bem-estar social”. São estes os dois princípios que se posicionam como origem normativa do princípio da proteção da confiança: o Estado de Direito e a Segurança Jurídica.

A dificuldade repousa no espaço ocupado por estes princípios. Em muitos casos ambos se confundem. Ao tratar dos componentes do Estado de Direito em seu sentido material, parte da doutrina prevê a segurança jurídica como um destes. Esse entendimento foi inclusive reconhecido pelo STJ, ao conceituar a segurança jurídica, com base no art. 5º, caput, da Constituição Federal do Brasil, como princípio constitucional derivado do Estado de Direito, em decisão relatada pelo Ministro Luiz Fux, onde diz que “a segurança jurídica é princípio basilar na salvaguarda da pacificidade e estabilidade das relações jurídicas, por isso que não é despiciendo que a segurança jurídica seja a base fundamental do Estado de Direito” (Recurso especial nº 658.130 SP 2004/0052595-1, T1 - Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 04 de setembro de 2006. DJ 28.09.2006 p. 195).

Segundo preceitua Ricardo Lodi Ribeiro (2008, p. 188):

A segurança jurídica como um dos valores decorrentes do Estado de Direito exige que a atividade estatal seja dotada de previsibilidade e certeza. (...) A proteção da confiança legítima quando relacionada às alterações no Direito objetivo também protege o cidadão contra a retroatividade dos atos estatais, mesmo os legislativos, como decorrência da segurança jurídica.

Deste modo, o Estado de Direito é conceituado como preceito originário, do qual decorre o princípio da segurança jurídica. O princípio da proteção da confiança é entendido como consequência e decorrência lógica do deste último. Há quem entenda serem ambos derivados diretamente do Estado de Direito. Por esta razão, é forte a divergência doutrinária.

Entretanto, para Gomes Canotilho (2009, p. 73-74) ambos ocupam um mesmo patamar:

As pessoas – os indivíduos e as pessoas colectivas – tem o direito de poder confiar que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas ou em actos jurídicos editados pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico. (...) A segurança e a confiança recortam-se (...) como dimensões indeclináveis da paz jurídica.

Reporta-se ao Estado de Direito, mais uma vez, o dever de utilizar suas ferramentas, tendo em vista a paz social e a efetivação da expectativa legítima do indivíduo e da coletividade. Dentre os quais, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança se apresentam como oportunidade para garantir que essas políticas sejam concretizadas, funcionando de forma conjunta.

Ingo Sarlet (2006, p. 22), seguindo o entendimento supracitado, se posiciona sobre o tema:

O princípio da proteção da confiança, na condição de elemento nuclear do Estado de Direito (além de sua íntima conexão com a própria segurança jurídica) impõe ao poder público – inclusive (mas não exclusivamente) como exigência da boa-fé nas relações com os particulares – o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos em relação a uma certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente consideradas.

O Estado de Direito é elemento presente nas sociedades democráticas, informador dos processos de conceituação normativa, pois é imperioso de sua própria essência promover a disseminação da dignidade humana, como instrumento desta. Por consequência, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança se apresentam como sua derivação, seja de forma imediata ou em um segundo momento, e a partir dessa filiação se lançam à busca de um mecanismo que lhes traga eficácia.

2.3 Condições para o Emprego da Proteção da Confiança

Apesar de seu emprego abrangente e crescente na ordem jurídica atual, a proteção da confiança não deve ser aplicada de forma indiscriminada. Alguns preceitos são utilizados tendo vista fornecer maior instrumentalidade ao princípio quando este se relaciona com o caso concreto, ampliando as chances de que seja aproveitado em todo o seu potencial.

2.3.1 A base da confiança nas manifestações estatais

O primeiro deles, a *base da confiança*, exige, nos dizeres de Valter Shuenquener de Araújo (2009, p. 83), “um comportamento ou ato estatal capaz de criar uma expectativa legítima no seu destinatário”. É a necessidade de que exista algo que dê origem à confiança e a introduza na mente do particular.

A lei atua como um primeiro agente a difundir o preceito. Por meio de sua força positivadora, solidifica o entendimento e leva a uma expectativa legítima, que será suprida, ou não, no momento de sua aplicação, quando, além disso, provará se o referido texto legal, que pode ser tanto constitucional quanto infraconstitucional, é eficaz.

Entretanto, a ineficácia nem sempre se encontra na norma legal em si, mas na maneira como Estado a aplica. Deve a proteção da confiança, então, recair sobre a violação da expectativa legítima gerada pelos atos ou omissões estatais, no âmbito administrativo ou mesmo em decisões judiciais. Estes, por gozarem de legitimidade, tornam eventuais equívocos inaceitáveis e exigem a tutela em prol do particular afetado.

Há de se pontuar que, conforme leciona Almiro do Couto e Silva (1982, p. 34), o pronunciamento deve ser preciso, ou seja, para gerarem um direito subjetivo, as promessas estatais não podem conter obscuridades ou algo que gere dúvida quanto à sua previsão e vigência. Devem levar, de forma incontestável, a uma expectativa legítima. Se não houver inclinação nesse sentido, não se pode falar em dano ao indivíduo passível de tutela por meio da responsabilização do Estado.

Sofrem do mesmo mal os chamados “atos inexistentes”. Estes são, como comenta Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 425 e 434):

Uma categoria de atos viciados cuja gravidade é de tal ordem que, ao contrário dos atos nulos e anuláveis, jamais prescrevem e jamais podem ser objeto de ‘conversão’. (...) Consistem em comportamentos que correspondem a condutas criminosas ofensivas a direitos fundamentais da pessoa humana ligados à sua personalidade ou dignidade intrínseca e, como tais, resguardados por princípios gerais de direito que informam o ordenamento jurídico dos povos civilizados. (...) dir-se-ão inexistentes os atos que assistem no campo do impossível jurídico, como tal entendida a

esfera abrangente dos comportamentos que o Direito radicalmente inadmite.

A gravidade dos vícios inerentes aos atos inexistentes macula qualquer alegação de que estes possam ter gerado uma confiança a ser tutelada. Não há expectativa a ser protegida, pois é visível se tratar de atos oriundos de uma manifestação errônea do Estado, o que o Direito repudia veementemente. Um indivíduo comum, por mais que desconheça quaisquer aspectos jurídicos, não os teria como base para pautar seu comportamento.

Os atos ilegais e inconstitucionais, contudo, vigoram como manifestação estatal legítima, até que seja declarada a sua nulidade, ou seja, não compartilham da mesma lógica aplicada aos atos inexistentes. Assim se posicionou o Supremo Tribunal Federal:

1. Este Tribunal firmou entendimento no sentido de que os proventos regulam-se pela lei vigente à época do ato concessivo da aposentadoria, excluindo-se do desconto na remuneração as vantagens de caráter pessoal. É plausível a tese do direito adquirido. Precedente. 2. Embora a lei inconstitucional pereça mesmo antes de nascer, os efeitos eventualmente por ela produzidos podem incorporar-se ao patrimônio dos administrados, em especial quando se considere o princípio da boa-fé. 3. Para a anulação do ato administrativo que tenha repercutido no campo de interesses individuais é necessária a instauração do devido processo legal. Precedente. Agravo regimental a que se nega provimento. (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 359.043 AM, da Segunda Turma. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 03 de outubro de 2006. LEX-STF v. 29, n. 337, 2007, p. 246-251).

Esse entendimento foi pacificado pela Corte Suprema. Os atos realizados, que não comportem revisão por parte da administração estatal, não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade da lei em que se baseou. O fundamento reside no fato de que a criação da lei é manifestação legítima da vontade estatal, o que gera no particular a confiança de poder moldar seu comportamento através dela, confiança essa que deve ser protegida. Trata-se de ato de boa-fé, leva ao direito adquirido, incorporado ao patrimônio do indivíduo. A reversão desse status viola o princípio da segurança jurídica.

Todas essas formas são elementos da atividade do Estado que geram no particular uma expectativa legítima. São o fundamento, a base da confiança, o

primeiro requisito a ser observado, a fim de que o princípio da proteção seja validamente aplicado.

2.3.2 Existência da confiança no plano subjetivo

A confiança se configura em direito subjetivo. Como tal, à expectativa legítima não basta ter como fundamento seu vínculo com uma determinada objetividade normativa. Além do movimento concreto do Estado, para que se configure o dever de proteção, ao indivíduo compete demonstrar que acreditou de fato nessa inclinação e na continuidade desse comportamento. É o aspecto subjetivo do princípio da proteção da confiança.

No entendimento de Ricardo Lodi Ribeiro (2008, p. 233), não há que se falar na aplicação do princípio quando o ato ilegal:

Se baseou em informações prestadas pelo administrado de forma falsa ou incompleta, ainda que culposamente. Também não se aplica o princípio se o administrado conhecia a antijuridicidade do ato, ou se o seu desconhecimento deriva de culpa grave (...).

São duas as situações presentes neste caso. Na primeira, o próprio particular leva o ato a ser ilegal ao fornecer informações falsas ou incompletas, o que impossibilita o surgimento de uma expectativa legítima, uma vez que a conduta do agente está viciada, mesmo que não haja má-fé de sua parte. Na segunda possibilidade, este tem o pleno conhecimento de que o ato é ilegal ou se comporta de maneira tão grave que já não mais lhe cabe alegar boa-fé em sua conduta. O indivíduo atua com inequívoca má-fé.

É o que se pode apreender da conduta do agente. Para Luís Roberto Barroso (2006, p. 279), “será relevante saber, para a avaliação da legitimidade da expectativa, se o particular podia ou não razoavelmente prever o risco de futura modificação do ato do Poder Público”. Deste modo, somente o caso concreto poderá

dizer qual a posição ocupada pelo particular e, conseqüentemente, se a expectativa é digna ou não de proteção.

Além disso, deve ser avaliada a qualidade do ato. Para Almiro Couto e Silva (2004, p. 300), “sendo manifesto e grave o vício que macula o ato administrativo, não será invocável o princípio da proteção da confiança”. A ilegalidade deve ser de tal monta que não passe despercebida à visão do homem médio. Não pode alegar inocência quem utiliza esse ato como fundamento para intentar uma tutela por parte do Estado, procedimento que imediatamente atesta a má-fé do agente que assim atua.

Esse é o aspecto subjetivo do princípio da proteção da confiança. Uma vez comprovada sua existência, esta estabelece o vínculo com a base geradora da confiança, que é a concretude e a certeza oriundas do comportamento estatal, e forma o ambiente necessário para que se conceda a tutela das expectativas legítimas.

2.3.3 Atos concretos como forma de exercício da confiança

A confiança que permanece exclusivamente no campo da abstração não é digna de proteção. A moderna doutrina se posiciona no sentido de haver a necessidade de que existam movimentos concretos em torno das expectativas legítimas. O Estado se torna responsável pelos atos que, quando precisos e sem obscuridades, levam o indivíduo a crer que este assim se comportará continuamente, como exposto anteriormente neste estudo. Contudo, o particular não pode se manter inerte.

Para Patrícia Baptista (2006, p. 159 e 194):

O particular deve de algum modo ter posto em prática a sua confiança, traduzindo-a em determinados comportamentos, comissivos ou omissivos, em prova de sua boa-fé (...) se o beneficiário não tiver expressado de algum modo a sua confiança, nada haverá a se proteger, admitindo-se a retirada

do ato e o restabelecimento da situação anterior, uma vez que isso não provocará nenhum prejuízo maior para o destinatário.

De alguma forma, deve ocorrer a exteriorização dessa consciência; atos concretos por parte do indivíduo que certifiquem a existência de uma esperança de sua parte. Assim, há de se pontuar que as expectativas legítimas dignas de tutela pelo princípio da proteção da confiança são aquelas que se manifestam de forma concreta. A materialização no mundo real é o que lhes confere relevância jurídica.

Para Paul Craig (1999, p. 619), deve ocorrer o *hardship*, ou seja, que o indivíduo tenha agido concretamente em virtude de uma confiança e, em algum momento no futuro, tenha sofrido algum tipo de privação. Por essa razão, a proteção da confiança não se aplica somente aos casos que envolvam reflexos patrimoniais.

Qualquer ato concreto do particular que crie uma situação jurídica de modo que, caso seja abstraído mais adiante, possa levar à lesão de sua expectativa legítima em relação ao Estado, será aquele que receberá o amparo do princípio da proteção da confiança.

2.3.4 Comportamento estatal que frustre a confiança

Como último requisito, deve existir por parte do Estado uma manifestação contrária à expectativa anteriormente gerada. O seu posicionamento original deve ser alterado de forma substancial, ao ponto de com este estabelecer um conflito. É o primeiro elemento, a alteração normativa e comportamental.

Além disso, essa mudança deve ser suficientemente agressiva à expectativa legítima criada no particular pela norma anterior. Ainda que a modificação seja profunda, só será relevante a proteção da confiança se esta ficar prejudicada. Se o ato original se manter incólume, restará dispensada a necessidade de tutela.

Uma atenção especial deve ser conferida à velocidade com que o comportamento estatal é alterado. Mesmo que este processo ocorra de forma

gradual, existe a possibilidade de que a expectativa anterior seja afetada. Não é o lapso temporal que definirá a necessidade da tutela. Assim, o tempo, por si só, não é argumento suficiente para descaracterizar a confiança.

2.4 A Defesa da Expectativa Legítima

Após expor as condições que possibilitam a aplicação do Princípio da Proteção da Confiança, resta pontuar o conteúdo do objeto a ser tutelado, ou seja, qual é o real significado da expressão expectativa legítima.

Para Luís Roberto Barroso (2006, p. 278-279), são três os requisitos que a definem. Em primeiro lugar, a expectativa deve, necessariamente, ter sua origem em um comportamento estatal objetivamente considerado, ou seja, não ser fruto da esperança depositada em um mero discurso político proferido. Além disso:

Em segundo lugar, a expectativa será digna de proteção se a conduta estatal que a gerou perdurou razoavelmente no tempo, de modo a ser descrita como consistente e transmitir a ideia de certa estabilidade, levando o particular a praticar atos fiados na conduta estatal. Por fim, em terceiro lugar, será relevante saber, para a avaliação da legitimidade da expectativa, se o particular podia ou não razoavelmente prever o risco da futura modificação do ato do Poder Público. É natural e esperado que uma decisão liminar proferida por juiz de primeiro grau, ou mesmo uma sentença, sejam posteriormente modificadas, o mesmo não se passando com decisões transitadas em julgado, por exemplo.

Em termos gerais, os critérios utilizados neste caso formam um paralelo com as condições aplicadas ao avaliar-se a viabilidade de se invocar a tutela em prol da proteção da confiança. É necessária a existência de um ato estatal concreto, que se perpetue por tempo razoável, suficiente para que o indivíduo não permaneça inerte e pratique condutas influenciadas por este.

Por fim, a manifestação do agente não pode estar eivada de má-fé, ou seja, o particular não pode alegar que futura modificação no comportamento do

Estado seria impossível de se prever, quando, na verdade, for incontestável que sua natureza a admita.

A expectativa legítima é, então, o ato concreto do Estado que, em um lapso temporal razoável, gera no indivíduo tal confiança ao ponto de levá-lo a sair de sua inércia e a proceder de acordo com o comportamento estatal objetivado, momento este em que o particular estabelece o nexó necessário para torná-lo digno de tutela pelo Princípio da Proteção da Confiança, caso o Estado venha, futuramente, a agir de forma contrária ao ato que anteriormente estipulou.

3 O PÓS-MODERNISMO E A RELAÇÃO DO HOMEM COM O DIREITO

Antes de qualquer análise mais profunda acerca dos desdobramentos do Princípio da Proteção da Confiança, e para qualificar o seu estudo, é conveniente que se trate da raiz histórica, bem como do estágio em que se encontra o direito atualmente, através das lentes políticas, sociológicas e filosóficas que ajudaram a moldá-lo em dois momentos distintos: Modernidade e Pós-Modernidade.

A começar da Modernidade, a ideia é formar uma ponte histórica e cultural deste momento com o seu resultado, a Pós-Modernidade, rica e imprescindível reflexão para posteriores conclusões acerca da temática proposta.

3.1 Conceitos da Modernidade

Estado, indivíduo, razão, entre tantos outros. Temas de um período singular da história humana e, de forma mais específica, da história ocidental. É compreendida como uma época de reconfiguração das relações e da dinâmica social como um todo, consequência do Renascimento Cultural no continente europeu e do gradativo fim da lógica medieval de vida e de produção econômica, política e filosófica.

Para Anthony Giddens (1991, p. 11), a modernidade, com base em uma análise geográfico-cultural, é “[...] o estilo, costume de vida ou organização social que emergiam na Europa a partir do séc. XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência”.

A essa visão generalista de mundo devem ser somados uma série de fatores sociais, políticos e econômicos que juntos formaram o ambiente necessário à universalização de determinados conceitos. É o que se extrai, por exemplo, das

mudanças ocorridas na relação do homem com a religião e com a tradição, admitidas por Giddens (1991, p. 111):

No entanto, a maior parte das situações da vida social moderna é manifestamente incompatível com a religião como uma influência penetrante sobre a vida cotidiana. A cosmologia religiosa é suplantada pelo conhecimento reflexivamente organizado, governado pela observação empírica e pelo pensamento lógico, e focado sobre tecnologia material e códigos aplicados socialmente. Religião e tradição sempre tiveram uma vinculação íntima e esta última é ainda mais solapada do que a primeira pela reflexividade da vida social moderna, que se coloca em oposição direta a ela.

Todo um modo de vida é suplantado e alterado pela modernidade. Seu objetivo foi substituir a centralidade teológica medieval pela inovadora figura antropocêntrica do agir em sociedade. Nesse sentido, sugere Bruno Latour (2000, p. 129) que “[...] a modernização, mesmo tendo destruído a ferro e a sangue quase todas as culturas e naturezas, tinha um objetivo claro. Modernizar permitia distinguir claramente as leis da natureza exterior e as convenções da sociedade”.

Com isso, paradigmas antigos, como a ingerência da Igreja no exercício do poder político pelo Estado, deram lugar a uma construção racional da sociedade, baseada na reflexão abstrata e na produção científica de um mundo ideal previamente planejado. A natureza, inclusive humana, foi subjugada pela lógica.

Esse ímpeto destruidor, como se verá posteriormente, é a exata razão da desilusão do homem: se ver como pleno dominador da liberdade e da natureza. Ao achar que poderia se sentir satisfeito e seguro com o poder, chegará à conclusão de que todo novo elemento agregado à sua cultura lhe exige novas e maiores responsabilidades. Como elucida Guardini (2000, p. 19):

A Idade Moderna esqueceu tudo isto porque a fé revoltada do autonomismo produziu uma espécie de cegueira. Pensaram que o homem poderia possuir o poder e sentir-se em segurança com ele – através de uma lógica qualquer das coisas cujo comportamento lhe podia inspirar tanta confiança no domínio de sua liberdade como no domínio da natureza. Mas não é assim. Logo que uma energia, uma matéria, uma estrutura ou qualquer coisa entra no domínio do humano, passa a ter um novo caráter. Deixa de ser simplesmente natureza e passa a ser um elemento do mundo do homem. Integra-se na liberdade mas também na debilidade do homem e é a partir daí que pode ter vários significados, ser portadora de possibilidades quer de caráter positivo quer de caráter negativo.

Contudo, tal exigência não impediu que o ser humano inovasse socialmente, o que conferiu à modernidade uma singularidade sem precedentes na história, o que, conseqüentemente, atingiu a esfera do direito.

3.1.1 O direito moderno

Na esteira do advento da racionalidade, a ciência jurídica também se transforma. Pensadores como Hugo Grotius dão início a uma visão individualista do direito, por entenderem que este é inerente ao próprio homem e fruto de sua sociabilidade, contrário à concepção anterior que conferia à natureza e ao divino a origem da lógica jurídica.

Conforme Simone Goyard-Fabre (1999, p. 26-27), ao comentar Grotius:

As potências da racionalidade demonstrativa e construtora que ele põe em ação antecipam o domínio especulativo da razão, tal como o conceberão um pouco mais tarde Descartes, Hobbes e Spinoza. O rigor analítico e sintético de sua lógica dedutiva, que ele extrai da matemática, provém sem dúvida de um pensamento liberado da retórica do discurso e, por essa razão, já “moderno”. Em conformidade com sua postulação metodológica e seus paradigmas operacionais, Grotius elabora uma defesa da independência racional do direito.

O conceito de Grotius serviu de base para vários pensadores que o sucederam, dentre eles, Thomas Hobbes, que continuou o estudo do indivíduo como centro da ciência jurídica, estatuto epistemológico do que é principal, a ponto de chamá-lo de potência. Considera a natureza humana a fonte de onde nascem as estruturas do direito e da política. É a visão cientificista, de linguagem mecanicista e metodológica.

A coexistência natural dos indivíduos é comparável à dos lobos. Não pode ser mais do que uma relação de forças, a guerra de todos contra todos. Assim analisa Goyard-Fabre (1999, p. 31 e 33):

Hobbes considera que não se chega às verdades do direito político ouvindo a música das esferas que “os sineiros do mundo” fazem soar. Para compreender as estruturas do Estado, é preciso elevar-se ao conhecimento lógico e aos encadeamentos necessários dos elementos que nele “compõem”. [...] Os arcanos do mundo político se revelam assim na artificialidade da máquina política cuja figura filosófico-matemática é o Estado-Leviatã. Elabora-se a filosofia do poder civil, até nas suas consequências, recorrendo aos conceitos, às categorias e aos esquemas da jovem ciência mecanicista. Nesse procedimento que instala solidamente o direito político no continente da modernidade, Hobbes não se contenta em transportar as formas operacionais e as exigências mentais do mecanismo do campo da física para a esfera do político aplicando-as, com maior ou menor acerto, à realidade humana.

Tamanha abstração científica de Hobbes em relação à composição do Estado e do arquétipo jurídico não passou incólume às críticas de filósofos modernos como Hegel (2003, p. 133), para quem a política não é mais do que um “paraíso perdido”. O Estado é tão somente “um Estado de entendimento [que] não é uma organização, mas uma máquina, de uma pluralidade atomística e sem vida”.

Razão e Estado, por meio do idealismo, se consolidam. Para Eduardo Bittar (2009, p. 50-51), em Hegel entende-se o Estado como a maior realização da razão em todos os tempos:

O entrelaçamento do real com o racional é visto apenas como uma declaração da plenipotenciária onipotência da razão na construção e reconstrução da própria natureza. Em seu pensamento, deleita-se aquele que pretende ver no direito o momento em que o espírito determina a liberdade, na medida em que é por meio do direito que são regulados os comportamentos de múltiplos sujeitos, na projeção da liberdade em sua exterioridade, ainda mais considerando-se a tarefa de fixar-se limites entre o justo e o injusto, entre o lícito e o ilícito. O império da razão encontra sua máxima manifestação em Hegel, o que, sem dúvida nenhuma, consolida a perspectiva de tecnização e racionalização modernos.

Como elucidada Goyard-Fabre (1999, p. 37-38), para Hegel o Estado falha no uso da razão ao legislar em demasia sobre problemas particulares, ao invés de proceder à conjugação de uma “unidade ética absoluta”, de elevar-se ao universal, ou seja, ao focarem na figura do indivíduo, os filósofos modernos cometeram um equívoco fatal:

Portanto, a crítica do direito político moderno é feita sem reservas da parte de Hegel. Já em suas primeiras obras, explicou que o indivíduo, esse átomo que os filósofos modernos postaram no limiar da sociedade, nada é: ele não pode viver em autarquia; nem biológica nem economicamente, pode bastar a si mesmo; a autonomia não tem sentido concreto. Como o indivíduo não é uma dimensão real da vida ética, os imperativos que ele eventualmente pode atribuir a si mesmo são necessariamente pobres, quando não formais ou vazios. Em consequência, o Estado moderno tem excessiva tendência a legislar sobre problemas particulares; dessa maneira, só obtém resultado incoerentes, às vezes até tão discordantes que, forçado a uma legislação minuciosa, cede à inflação dos textos e à multiplicação dos tribunais.

De modo distinto, assevera Goyard-Fabre (1999, p. 102), Rousseau atribui à lei não a tarefa de criar o direito, mas sim a de fixar o direito, de forma a ignorar a ala mais radical do positivismo jurídico. Dessa lógica de fixação do direito, função precípua da lei, surge o “Contrato Social”, expresso na figura de “Cartas Constitucionais”, o que, para a escritora, é “[...] a consequência mais flagrante das mutações semânticas correlatas, no século XVIII, da evolução do racionalismo”.

Divide sua ideia reguladora do direito: entende existir o “direito natural propriamente dito”, que corresponde à espontaneidade da vida que, em todo indivíduo, quer perseverar, não tendo este qualquer dimensão jurídica, e o “direito natural raciocinado”, que procede da arte aperfeiçoada inventada pela razão para instalar uma ordem jurídica no trato dos homens. Este último consiste no estabelecimento de regras, de convenções, de pactos e de lei; é a base da legislação positiva das sociedades civis.

3.1.2 O império da constituição

De forma mais substancial, Montesquieu (2006, p. 395) aprimora a ideia de Constituição, que se tornará em documento e prova incontestável do ambiente jurídico moderno. Ele a classifica de “Lei Fundamental”, aquela que garante a estabilidade política e jurídica, através da separação dos poderes e da hierarquia das normas. “Para que não de possa abusar do poder, é preciso que, pela

disposição das coisas, o poder detenha o poder”. O Estado nasce com a Constituição.

Nesse sentido, para Emmanuel Seiyès (1997, p. 67-68) “o poder nada é sem suas formas constitutivas; ele não age, não se dirige; não se comanda a não ser por elas. [...] O governo só exerce um poder real na medida em que é constitucional”. Não se pode falar em sociedade politicamente organizada sem que haja uma carta de diretrizes e bases com rigor e racionalidade regulamentadora para esse objetivo. “É impossível criar-se um corpo para uma finalidade sem lhe dar uma organização, formas e leis próprias para cumprir as funções às quais se quis destiná-lo. É isso que chamamos de Constituição desse corpo”, diz Seiyès (1997, p. 67).

A Constituição tornou-se presença hegemônica no que se pode conceber por Estado Moderno. Sua ideologia ganhou adeptos em várias esferas do corpo científico, o que potencializou os estudos e o aprimoramento de seus conceitos, a ponto de Kant (2010, p. 22) não apenas considerá-lo princípio maior da sociedade civil no âmbito estatal, mas também como o norte de “uma sociedade civil que administra o direito de maneira universal”.

Como anota Goyard-Fabre (1999, p. 111):

Mas, para superar “a sociabilidade insociável” que reina no seio da espécie humana, não há outra via senão o estabelecimento de uma Constituição: assim como a Constituição civil continua sendo no Estado “a ideia necessária” da qual falava a *Crítica da razão pura* para assegurar a coexistência das liberdades, assim, também entre os Estados, a Ideia pura de uma “Constituição cosmopolítica” é o princípio regulador segundo o qual será evitado o antagonismo entre as nações.

Com Kant, surge a ideia de uma Constituição universal, ou outra estrutura normativa, que contivesse todo um arcabouço jurídico considerado ideal pela humanidade. Acerca desse viés analítico de Kant, inspiração oriunda da Revolução Francesa, comenta Hannah Arendt (1993, p. 28):

Ele esmiuçou a ‘sociabilidade’ básica do homem e enumerou como seus elementos a comunicabilidade – a necessidade de os homens comunicarem-se – e a publicidade, a liberdade pública não apenas para pensar, mas também para publicar – ‘a liberdade de escrita’.

Os estudos posteriores acerca da normatividade que cercava a Constituição lhe trouxeram avanços e uma estruturação até então inimagináveis. Com a Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen estrutura a pirâmide normativa, sistema hierárquico no qual a Constituição é o seu ápice, de onde esta irradia sua ideologia jurídica para todas as outras esferas legais, chamadas de normas infraconstitucionais.

Sem uso da metafísica ou da divinização jurídica, Kelsen não admite que o direito seja entendido pelos sentidos, mas sim da pura interpretação da norma. É o que comenta Moacyr Motta da Silva (2009, p. 126-127):

O Direito representa, na teoria de Kelsen, um sistema de normas cuja unidade decorre da norma fundante. A partir dela, todas as demais derivam do mesmo fundamento de validade. A particularidade desse sistema consiste em que o Direito imuniza todas as disciplinas metafísicas, como a ética, a justiça, a moral. O Direito é considerado *a priori*, sem qualquer relação com a experiência. O Direito articula-se pelo Dever-Ser (*Sollen*), sem relação com o Ser (*Sein*).

O Positivismo Jurídico teve em Kelsen o seu maior expoente, o que fez dessa corrente do direito uma das mais longevas concepções jurídicas já existentes. Continua com grande vigor na pós-modernidade, apesar de amplamente questionada, como se verá posteriormente neste estudo.

Eduardo Bittar (2009, p. 81-82) assim explica a ascensão do positivismo jurídico:

Nesse contexto é que a lei vem insculpida como uma camisa-de-força para o jurista, tornando-se o veículo de promoção da certeza e da segurança jurídicas. Em substituição ao arbítrio, um Estado Constitucional, em substituição aos princípios de direito natural, a regularidade da lei, em substituição à retórica argumentativa, procedimentos calculados de defesa e acusação no processo, no lugar da verdade real, a verdade formal, em substituição à investigação de provas, o quietismo da verdade dos autos (*quod non est in actis non est in mundu*), no lugar da negociação, a sentença etc.

Como resultado do “culto à lei”, a legalidade se torna o princípio mais atuante do direito político moderno. Assim entende Goyard-Fabre (1999, p. 281-282):

[...] uma ordem jurídica não legítima assim como uma legitimidade não legal seriam, no Estado moderno, contraditórias em seus próprios termos e se configurariam monstros. Como a prevalência do direito no Estado se traduz – o que é ensinado muito claramente, segundo Weber, pelo liberalismo de B. Constant ou de E. Laboulaye – por um sistema constitucional no qual se inserem todas as leis, apenas a conformidade das regras e das ordens a esse dispositivo lhes confere validade. A legitimidade é a regularidade formal das decisões e das ações do Estado. [...] A legalidade seria assim, segundo a exigência lógica da racionalidade, o modelo moderno da legitimidade. Na doutrina, o “positivismo jurídico” proporcionaria sua expressão mais brilhante, na qual a legitimidade não só se confunde com o formalismo da regularidade jurídica mas decorre de uma postulação técnico-racional que se crê segura de sua “neutralidade axiológica”.

Para Weber, isso explica que o Estado moderno tenha como características, entre outras, o aspecto processual da política, a inflação administrativa, a funcionarização do Poder, fruto da economia capitalista, que cunhou para si uma estrutura burocratizada a fim de ser um auxílio para sua legitimidade.

A estrutura jurídica, funcional e burocratizada do Estado moderno visava alcançar um único objetivo: a governabilidade. Hegel (2000, p. 287-290) diz que o “poder governamental” é conferido e exercido pelos funcionários destinados a “realizar a passagem do universal para o particular e para o singular”, ou seja, a “executar as decisões do príncipe”, no sentido de cumprimento do mandado legal.

O termo mais adequado não seria outro senão “administrar”. O governo é o conjunto de entes estatais posicionados de forma estratégica para o atendimento e a satisfação dos anseios sociais; para dar o público ao público. Como elucida Simone Goyard-Fabre (1999, p. 219-220):

Governar uma comunidade política é, no sentido mais amplo – qualquer que seja o aparelho, homem ou instituições, no qual se encarna o governo – esforçar-se por lhe dar uma coerência de conjunto. Um governo mostra-se assim numa relação vertical de dominação ou de diretriz. Instaura na comunidade em que se exerce uma mediação entre, de um lado, uma naturalidade que, “flexível em todos os sentidos”, corre sempre o risco de se revelar desordenada, e, do outro, a exigência normativa de ordem pública,

Seu objetivo é obter, muito especialmente no espaço estatal, uma regulação das ações e das condutas. Para tanto, o governo geralmente assume, no mundo moderno, a forma jurídico-civil de uma obra institucional.

Para tanto, o ordenamento jurídico confere ao Estado, como ferramenta de governo, mecanismos de coerção, o que conduz Rousseau à conclusão de que não existe e nunca existirá a verdadeira democracia, uma vez que esta só seria plena na forma direta, estruturalmente inviável. Cumpre ao governo, então, excluir de seus atos qualquer tipo de arbitrariedade.

Em sua reflexão sobre o governo moderno, conclui Goyard-Fabre (1999, p. 274):

Se, de fato, a ordem jurídico-política, com suas regras, estabelece a dominação dos órgãos governamentais, esta deve ser suscetível de justificação ou, como se diz geralmente, de “reconhecimento”. Em outros termos, o poder do Estado precisa da adesão dos cidadãos. Assim, é a legitimidade que lhe dá sua plenitude e sua força.

A modernidade caracterizou-se pela confecção de arquétipos sociais cuja pretensão era a de serem absolutos e universais. Enquanto teoria, a complexidade de suas estruturas, pensadas milimetricamente, fez de seus modelos inspiração para uma sociedade que queria se desvincular dos métodos medievais. Povo, Soberania, Constituição, Estado, Governo, Legitimidade, termos em justa disposição, perfeição esta que será questionada pela pós-modernidade.

Entretanto, apesar da implementação dessa complexa rede administrativa, a legitimação não decorre de seu funcionamento em si, mas sim da aprovação de seu destinatário final: o povo. Essa condição está atrelada à ideia da soberania e da vontade popular, como se verá a seguir.

3.1.3 A soberania do povo

O Estado como conhecido na era moderna, cientificamente estruturado, funcional, juridicamente positivado pelo império da Constituição, legal e legitimado, só subsiste dessa forma por conta do fator primordial que o sustenta: a força da soberania.

Para Carl Schmitt (2008, p. 226), há apenas “uma necessidade mal compreendida de normatividade: uma norma não pode legitimar-se em si”, posicionamento que se opõe abertamente à estrutura normativa de Kelsen. Schmitt atribui à soberania do povo o título de *majestas populi*, a verdadeira legitimidade: a legitimidade democrática.

A continuação dos estudos acerca das formas de manifestação do poder levou Hobbes à seguinte conclusão, assim resumida por Goyard-Fabre (1999, p. 168):

[...] Portanto, seu exercício não tem limites; manifesta-se em todos os setores da existência humana porque nenhum deles, por natureza, está imune às dissensões. Assim se explica a onipotência do poder soberano, “único legislador”: ele define o justo, conhece e decide todos os litígios, fazendo-se assim senhor do poder judiciário; mas também “decide a guerra e a paz com as outras nações e repúblicas”, “escolhe todos os conselheiros, ministros, magistrados e funcionários”, distribui punições, sinais de consideração e recompensas, cunha moeda, institui e rege a propriedade, administra os bens dos menores, exerce a preempção dos mercados, recolhe as contribuições, dispõe da força armada; é até “juiz das opiniões e das doutrinas que serão permitidas ou proscritas”.

A soberania, enquanto poder, é um fato na e para a dinâmica social ocidental, cujo conhecimento e apreensão tem caráter decisivo para os atores do “jogo político”. Dela necessitam para sobreviverem e gerenciarem o Estado, seja movidos pela consciência pública, seja movidos pelo interesse de encontrarem satisfação e favorecimento pessoais. Por esta razão, a ingenuidade ao lidar e ao dialogar com a soberania cobra um alto preço do agente público.

Para Jellinek, segundo Goyard-Fabre (1999, p. 176), esse é um raciocínio extremamente tortuoso, “pois os episódios que marcam com mais nitidez a

lenta crise que conduzirá à ideia moderna da soberania do povo pertencem mais à história e à religião do que ao direito ou à filosofia política”. Deve-se admitir que a mobilização jurídica por vezes, senão na maioria delas, não é a responsável pelo impulso social que leva à revolução.

Na verdade, a própria dinâmica social se encarrega de transformar a estrutura da sociedade. A força necessária para isso surge com a adesão no foro íntimo do indivíduo, ambiente este, do que se pode extrair da história humana, mais sensível ao chamado religioso do que às elucubrações jusfilosóficas.

A construção de toda a estrutura estatal moderna é fruto da atuação do indivíduo. Não de qualquer indivíduo, mas sim de sua coletividade: o povo. A reflexão sobre as formas de manifestação do poder como contrato social levou Rousseau à conclusão de que do povo decorrem as leis, o Estado, o governo e o império da Constituição. Ou seja, o povo é soberano.

Inspirado por tais ideias, Tocqueville compara os rumos políticos norte-americanos e franceses. Enquanto nos Estados Unidos a soberania do povo é oriunda do que ele chama de “espírito do povo”, na França decorre da lógica abstrata e metafísica da autonomia da vontade. O humanismo abstrato especula a um ponto em que se torna capaz de gerar uma nova espécie de despotismo.

Para Tocqueville (2007, p. 262), “a soberania do povo não deve sair dos limites da justiça e da razão”. Não basta admitir que a soberania decorre do povo. A esse raciocínio deve ser somada a busca pela construção de uma organização que possa gerir a pluralidade de vozes que ecoam com a consolidação do Estado, dito de Direito, a fim de que a soberania resulte em progresso social.

3.1.4 Os paradigmas do direito na modernidade

A sociedade modificou-se ao caminhar de um sistema medieval para outro, moderno. Do feudalismo para o modelo de produção capitalista. Economia, religião, filosofia, artes, todos foram influenciados por essa época de efervescência

sociocultural e passaram por processos de reforma, originando novas conceituações acerca de si.

O direito não passou incólume a isso. Pelo contrário, encontrou nesse momento histórico a brecha necessária para se reformular e se posicionar na vanguarda dos novos tempos, de uma vez por todas. Inflamou o espírito da humanidade, que passou a ver-se como detentora de direitos.

É o que comenta Horkheimer (2002, p. 41):

No século XVIII a convicção de que o homem é dotado de certos direitos não era uma repetição de crenças sustentadas pela comunidade, nem mesmo uma repetição de crenças transmitidas às gerações posteriores pelos ancestrais. Era um reflexo da situação dos homens que proclamavam esses direitos; expressa uma crítica das condições que clamavam imperiosamente por uma mudança, e tal exigência foi compreendida por aqueles que a transformaram em pensamento filosófico e ações históricas. Os pioneiros do pensamento moderno não inferiram das leis o que fosse o bem – tendo eles mesmos provocado uma ruptura das leis –, mas tentaram reconciliar as leis com o bem. Seu papel na história não foi adaptar suas palavras e ações ao texto dos velhos documentos ou doutrinas geralmente aceitas: eles mesmos criaram os documentos e causaram a aceitação das suas doutrinas.

A reconciliação das leis com a humanidade foi objeto de anseio do indivíduo moderno, ciente possuidor de direitos, emancipado da dominação religiosa, autonomia esta que o impulsionou à criação de um arcabouço jurídico próprio e estabeleceu o primeiro paradigma do direito moderno: a liberdade.

Como resultado, surge uma complexa estrutura estatal, encarregada de gerenciar a dinâmica dos povos, orientada pelas cartas constitucionais e auxiliada pela figura da administração pública.

Desse período, infere Eduardo Bittar (2009, p. 59):

Há, sem dúvida alguma, uma relação de entrosamento íntimo no nascimento, aparecimento e desenvolvimento do Estado moderno com o modelo de legitimação fundada no espírito objetivo e legalista pertencente à dinâmica do direito. Seja o que for, ocorra o que ocorrer, seja quem for o governante, o direito é um ordenamento de regras que definem, previamente a qualquer mandato ou exercício de cargo, as competências, atribuições e funções do exercente do poder. Ora, desta neutralidade decorre um modo de estruturação, estabilização e manutenção do Estado extremamente favorável ao crescimento do espírito burocrático, uma vez

que a burocracia é a máxima expressão da literalidade das regras, dos procedimentos e da estabilidade das instituições de Estado.

O liberalismo racional da modernidade levou à necessidade de um projeto de Estado, de uma sociedade organizada e governável, necessidade que estabeleceu mais um dos paradigmas do direito moderno: a burocracia estatal.

Uma mecânica social engendrada com o fim de planejar os rumos dessa nova era; garantir e promover certeza e segurança jurídica. A lei assume o status de instrumento de controle e de regulação, imprescindíveis para um Estado que promete a massificação de suas políticas públicas e a ampla efetivação dos direitos do homem.

Nesse sentido, Boaventura Souza Santos (2001, p. 170):

O Estado constitucional do século XIX foi concebido como a máquina perfeita de engenharia social. A sua constituição formal, mecânica e artificial, conferia-lhe uma força e uma plasticidade nunca antes conseguidas por qualquer outra entidade política. A força era simultaneamente externa e interna; exercida externamente por um poder militar e econômico, contra os Estados estrangeiros e os concorrentes na acumulação mundial de capital; exercida internamente, sobretudo por meio do direito, contra os inimigos internos de uma transformação social normal e ordeira. A plasticidade, resultante de uma manuseabilidade institucional e jurídica praticamente infinitas, residia na capacidade do Estado para decidir quais os meios normais e anormais e quais os fins normais e anormais da transformação social. Estas extraordinárias características convertiam o Estado na unidade natural – de espacialidade e temporalidade homogêneas – da transformação social e da inteligibilidade social. Esta naturalização do Estado exigia a naturalização do direito moderno como direito estatal.

A ruptura de uma determinada lógica social leva ao limbo do processo de transição para outro sistema, momento em que dúvidas e ineditismos andam de mãos dadas com tentativas de rearranjo e de esquematizações. O Estado moderno rapidamente entendeu que, em face das perspectivas até então apresentadas, sua viabilidade política dependeria de sua força jurídica, o que trouxe à tona outro paradigma do direito moderno: a ordem.

Entretanto, tal organização não foi eficaz a ponto de saldar as promessas de universalidade e de acesso a direitos, idealizadas pelos cientistas sociais e políticos modernos, o que evidenciou a falibilidade do discurso revolucionário humanista.

O Estado, ocupado com o capitalismo e com o agigantamento das estruturas de produção de bens, demonstrou que, na realidade, a engenharia social moderna não atendia à sociedade como um todo, mas sim que o progresso era destinado a um grupo de pessoas bem mais seletivo. O direito era apenas um instrumento de dominação e controle das massas.

Em meio a esse retrato, Karl Marx expõe seu estudo acerca da luta de classes, confronto entre capital e proletariado. Reivindicava mudanças nas relações trabalhistas e nos rumos econômicos do Estado, a fim de que a igualdade fosse efetiva, de forma a diminuir a distância entre as diferentes camadas sociais. As bases da filosofia comunista marcaram profundamente o fim do século XIX e o início do século XX, uma prévia dos desafios que a pós-modernidade legaria ao direito.

Como elucida Zygmunt Bauman (1999, p. 45), “o comunismo moderno foi um discípulo super-receptivo e fiel da Idade da Razão e do Iluminismo e, provavelmente, o mais consistente dos seus herdeiros do ponto de vista intelectual”. Diferentemente do capitalismo, não se ateve a ilusões e a abstrações metafísicas, de modo a posicionar-se mais próximo da realidade fática e fenomenológica das dinâmicas sociais.

A força questionadora dos ideais comunistas pôs em xeque a figura imaculada do Estado moderno e enumerou os estigmas sociais encontrados nessa estrutura de privilégios, protegida por uma engenharia jurídica injusta e discriminadora. O chamado à luta pela criação de leis mais coerentes com o momento social vivido pela humanidade estabeleceu mais um dos paradigmas do direito moderno: a igualdade.

Tais revoltas demonstraram a incoerência do Estado moderno em relação ao seu discurso inaugural. Havia um equívoco em sua construção jurídica e política, o que de forma recorrente levou governos a crises de legitimidade. Uma análise mais apurada dos fatores elencados por Montesquieu e por Hume, segundo Goyard-Fabre (1999, p. 284), poderia ter evitado esse panorama:

Assim, Montesquieu, sem expor em termos expressos o problema da legitimidade, retomava uma ideia de Bodin e considerava que o “espírito geral das nações”, em seus componentes físicos e morais, é um elemento fundamental para a base jurídica de um Estado. A validade de um governo repousa no equilíbrio desses diversos fatores e, para estabelecer as leis

civis e políticas, o legislador deve agir sempre em harmonia com eles e, mesmo, respeitar a eficiência causal deles.

Hume, com sua crítica do contrato social, cujo duplo erro axiomático e processual denuncia, situa deliberadamente seu pensamento do direito político à margem do racionalismo teórico e abstrato da filosofia do Iluminismo. Segundo ele, nenhum raciocínio é suscetível de conferir um fundamento ou uma garantia à autoridade dos governos. Portanto, a legitimidade do Poder não encontra sua base na postulação abstrata e dogmática de uma razão especulativa com pretensão teórica e científica; ela só pode enraizar-se nos costumes, nas tradições, nas opiniões e nos hábitos de vida dos povos.

O direito, bem como a sociedade política, só pode se considerar organizado no momento em que seu programa prevê a consideração de elementos e fenômenos humanos, negligenciados pela influência teórica e abstrata da ciência jurídica, ou quando dialoga com outros ramos do conhecimento como a economia, a antropologia, a geografia, a sociologia, etc.

Caso contrário, o governo falha ao ignorar as particularidades de seu próprio povo. Confunde igualdade com generalidade, passo decisivo rumo à ineficácia de suas políticas e à falta de adesão por parte de seus súditos. Surge outro paradigma do direito moderno: a legitimidade do poder.

Nesse diapasão, os cientistas jurídicos passam a questionar as escolhas dos governantes e a integridade da estrutura formada pelo Estado moderno. A dúvida repousa sobre a justiça dos atos estatais, principalmente no que se refere ao processo de composição do ordenamento jurídico.

A incerteza permeia o pensamento do homem no fim da modernidade, que suspeita da viabilidade do sistema que construiu. Para Grondona (2000, p. 36), tal preocupação tem fundamento, pois o decurso da história humana mostrou que “sem justiça não pode haver sociedade; sem beneficência poderia haver, ainda que fosse lamentável. Enquanto a justiça é o ‘cimento’ da sociedade política, a beneficência é o ‘ordenamento’, o que a faz mais bela, nobre, digna de imitar”.

Existe um fundamento em que se assenta a sociedade, capaz de sustentá-la ainda que a ética ou a moral venham a falhar. Por ser a base, deve ser constante, não alheia às circunstâncias humanas, razão pela qual, o indivíduo moderno se viu inseguro ao ver o Estado subjugá-la. Trata-se do último paradigma do direito moderno: a justiça.

Esses foram os elementos gerados pelo cenário político e social vigente na Era Moderna. Fase de ruptura e de construção de novos esquemas. Estruturas de organização da sociedade, sob o prisma e a influência de vários elementos da cultura e das ciências humanas. Época de experimentações e da consolidação de ideias que serão, posteriormente, julgadas pela pós-modernidade.

3.1.5 Uma definição de modernidade

Após a pontuação dos principais temas e debates da modernidade, cabe, ainda, a busca por uma definição, algo que expresse tanto quanto possível o que essa era significou para a humanidade.

Sobre esse assunto, diz Foucault (2000, p. 341-342):

Sei que se fala frequentemente da modernidade como uma época ou, em todo caso, como um conjunto de traços característicos de uma época; ela é situada em um calendário, no qual seria a precedida de uma pré-modernidade, mais ou menos ingênua ou arcaica, e seguida de uma enigmática e inquietante “pós-modernidade”. E nos interrogamos, então, para saber se a modernidade constitui a consequência da *Aufklärung* e seu desenvolvimento, ou se é preciso ver nela uma ruptura ou um desvio em relação aos princípios fundamentais do século XVIII.

Referindo-me ao texto de Kant, pergunto-me se não podemos encarar a modernidade mais como uma atitude do que como um período da história. Por atitude, quero dizer um modo e relação que concerne à atualidade; uma escolha voluntária que é feita por alguns; enfim, uma maneira de pensar e de sentir, uma maneira também de agir e de se conduzir que, tudo ao mesmo tempo, marca uma pertinência e se apresenta como uma tarefa. Um pouco, sem dúvida, como aquilo que os gregos chamavam de *êthos*. Consequentemente, mais do que querer distinguir o “período moderno” das épocas “pré” ou “pós-modernas”, creio que seria melhor procurar entender como a atitude de modernidade, desde que se formou, pôs-se em luta com as atitudes de “contramodernidade”.

Atitude, postura, ação que culminou em uma ruptura com a visão de mundo que reinava até então. Mais do que uma vinculação cronológica, Foucault encontra na modernidade um caráter revolucionário, capaz de questionar todo um sistema, termo que expressa de forma suficiente o que foi essa era.

Mais atento às lógicas e variantes do poder, Guardini (2000, p. 53) dará outro nome à modernidade:

Domínio no sentido mais extremo da palavra que se exprime numa nova forma de mundo. Procura tocar elementos da Natureza e da existência humana. Isto significa possibilidade insuspeitadas de construir mas também de destruir, sobretudo quando se trata da natureza humana, muito menos fixa e segura de si do que se pensa normalmente.

Assim, a modernidade seria uma era de domínio e de controle, seja sobre a natureza, seja sobre o próprio homem. Sua expressão precípua seria a da criação de arquétipos de ordem. Estruturas perfeitas, posicionadas para a utilização do governante.

Mesmo os avanços científicos, mais do que promoverem o progresso, teriam por objetivo elidir a eterna insegurança do homem, fazê-lo acreditar na possibilidade de uma sociedade organizada sobre o reinado da política e da garantia de seus direitos.

Deste modo, até mesmo a tarefa de conferir à modernidade uma nomenclatura que satisfatoriamente a defina se torna uma das mais árduas e menos precisas. Ao invés de defini-la, Eduardo Bittar (2009, p. 57) enumera os pontos mais marcantes desse período da história humana:

O aparecimento do Estado, a configuração do direito, a criação do espírito das leis do mercado, a ideologização da ordem liberal, a afirmação do modelo capitalista, o surgimento da nação como fonte de segurança e estabilidade territoriais, a crença na ideia de progresso são características marcantes daquilo que se chama modernidade. Ser moderno e estar de acordo com a modernidade parece ser colaborar para que estes termos se unam indelevelmente. Mas, para que isto ocorra, é necessário pensar que apenas paulatinamente esta fusão vai se produzindo, sendo que o direito, a legalidade, o Estado e a burocracia desempenham um papel garantidor neste contexto da afirmação dos interesses burgueses, da realizabilidade do liberalismo político, bem como da fortificação do mercado. Neste sentido, se comparada a pré-modernidade à modernidade, as mudanças sociais, políticas e econômicas, assim como culturais, se dão pelo ritmo, pelo espaço e pela institucionalidade [...].

Não poder conceituar não significa dizer que ela é irreconhecível. Mais do que lapso temporal, atitude ou forma de controle, a modernidade caracteriza-se

por ser marcante. Sua manifestação transformou as bases do mundo ocidental e é capaz de gerar efeitos ainda na atualidade. A pós-modernidade, a seguir exposta, é o retrato disso.

3.2 O Advento da Pós-Modernidade

O século XX foi um período inigualável na história da humanidade. Nunca antes, em um lapso temporal tão curto, tantos paradigmas foram quebrados, recriados e testados. Nunca antes o estudo das ciências sociais foi tão importante ou teve uma abordagem tão universal.

A modernidade, já desgastada ao final do século XIX, foi reavaliada e julgada enquanto proposta de mundo. Mostrou-se insuficiente. Rouanet (2000, p. 20) é um dos que subestima sua continuidade. Chega a descartá-la totalmente:

Adorno escreveu em *Minima Moralia* que a modernidade tinha ficado fora de moda. Hoje estamos confrontados, ao que parece, com algo mais definitivo: não a obsolescência, mais a morte da modernidade. Seu atestado de óbito foi assinado por um mundo que se intitula pós-moderno e que já diagnosticou a rigidez cadavérica em cada uma das articulações que compunham a modernidade.

O discurso enfático se deve ao trauma gerado pelos avanços tecnológicos e o surgimento da indústria bélica, cuja capacidade foi provada durante a primeira e a segunda Guerra Mundial, e nos conflitos armados e guerras civis que despontaram nessa era, que catalisaram e massificaram as reflexões dos mais variados ramos do conhecimento. O mundo voltou sua atenção para a necessidade mais premente de seu tempo: a sobrevivência da humanidade.

Era um período de transição, conforme explica Rouanet (2000, p. 25):

Mas, se não há ruptura, há vontade de rupturas. Se tantos críticos e artistas perfeitamente inteligentes acham que estamos vivendo uma época pós-

moderna, é porque querem distanciar-se de uma modernidade vista como falida e desumana. O desejo de ruptura leva à conclusão de que essa ruptura já ocorreu. A consciência pós-moderna é crepuscular, epigônica. Ela quer exorcizar uma modernidade doente, e não construir um mundo novo, embalado em seu berço pelo *bip* de uma utopia eletrônica. Ela tem razão quando critica as deformações da modernidade, como a administração crescente da vida, a aplicação cega da ciência para fins destrutivos e um progresso econômico transformado em seu próprio objetivo. Porém, não tem razão em distanciar-se da própria modernidade.

O processo de distanciamento em relação ao passado recente e, mais do que isso, o forte desejo de romper com os paradigmas anteriores, demonstra a ineficácia da estrutura engendrada pelo império da razão e questiona o modelo político e jurídico defendido pelo Estado moderno.

Há uma crise generalizada da legitimidade do direito político vigente, conforme constata Simone Goyard-Fabre (1999, p. 295 e 297):

A fim de compreender o problema da legitimação no direito político moderno, é preciso em primeiro lugar notar a extraordinária extensão tomada pelo conceito de “crise” nas sociedades democráticas ocidentais: ele se aplica à ordem política ou jurídica, mas também à ordem social, econômica ou cultura. Ao mesmo tempo, o fenômeno geral do nosso tempo é que, em todos esses campos, insinuou-se a dúvida, levando a pôr no banco dos réus ao mesmo tempo os procedimentos racionais de legitimação e a existência de valores universais, ou, pelo menos, bastante largamente partilhados para que, referindo-se a eles, possa estabelecer-se um consenso.

A desconfiança quanto ao futuro é permanente. Medo e insegurança em contornos generalizados formam a personalidade da sociedade pós-moderna. A maior parte dos governos não cumpriu a agenda política a que se propuseram. Direitos e garantias não foram efetivados. O sistema jurídico se tornou ineficiente ou, na visão de Eduardo Bittar (2009, p. 84), caduco:

Em poucas palavras, na pós-modernidade, o sistema jurídico carece de sentido, até mesmo de rumo, e sobretudo de eficácia (social e técnica), tendo em vista ter-se estruturado sobre paradigmas modernos inteiramente caducos para assumirem a responsabilidade pela litigiosidade contemporânea. Assim, a própria noção de justiça vê-se profundamente contaminada por esta falseada e equívoca percepção da realidade (uma realidade distante, infra-estatal, tormentosa, carente de “imposições” normativas...).

A modernidade muito prometeu. Além do que a capacidade humana permitia realizar, na verdade. Vislumbrada com a liberdade racional, a construção dos arquétipos sociais desse período foi afetada pela ilusão do metafísico, do universal e do abstrato.

Zygmunt Bauman (1999, p. 12) comenta:

(...) ordem (mais precisamente e de forma mais importante, a da ordem como tarefa) como a menos possível das impossíveis e a menos disponível das indispensáveis – com efeito, como o arquétipo da todas as outras tarefas, uma tarefa que torna as demais meras metáforas de si mesmas.

O Estado se posiciona como o controlador e o regulador da atividade humana dentro da dinâmica social. Adiante, Bauman (1999, p. 29) chega a dizer, em sua reflexão, que “a sociedade racionalmente planejada era a *causa finalis* declarada pelo Estado moderno. O Estado moderno era um Estado jardineiro. Sua postura era a do jardineiro”.

Sua estrutura era científica e industrial. Copiou o modelo capitalista de criação e de produção de bens, acreditando que poderia criar e produzir estabilidade, segurança, garantias e direitos com a mesma precisão e eficiência. Pensamento inevitável, uma vez que se tratava do sistema hegemônico e que, na época, o Estado era regido pela influência burguesa.

Dessa forma, a sociedade foi exigida à exaustão e, como se vê atualmente, também a própria natureza, sacrificada em nome do progresso. Assim entende Bauman (2007, p. 16):

O progresso, que já foi a manifestação mais extrema do otimismo radical e uma promessa de felicidade universalmente compartilhada e permanente, se afastou totalmente em direção ao pólo oposto, distópico e fatalista da antecipação: ele agora representa a ameaça de uma mudança inexorável e inescapável que, em vez de augurar a paz e o sossego, pressagia somente a crise e a tensão e impede que haja um momento de descanso.

A frustração é clara: o “controle” perdeu o controle. O Estado, que se intitulava a própria “ordem”, exigiu do ser humano sua companhia rumo ao progresso para depois, ao aproximar-se do “caos”, abandoná-lo.

Esse rompimento explica algumas das conjunturas e muito dos comportamentos característicos da pós-modernidade. Entre eles, principalmente na atual condição brasileira, o crescimento dos índices de violência e a perpetuação da miséria social, comentados por Eduardo Bittar (2009, p. 88-89):

Por isso, quando se pergunta pela questão da ascensão da violência, que desocupa o direito de ser a linguagem de regulação do espaço comum, alcançando estatísticas brutais em nossos tempos, atravessando de modo preocupante a vida brasileira, deve-se aí enxergar mais do que simplesmente um fenômeno episódico do cotidiano de grandes metrópoles entrecortadas por uma forma de vida em acentuado estado de desagregação social. Em uma leitura de semiose psicossocial, que vê na violência um vestígio de patologias sociais mais profundas e sistêmicas, a violência é hoje mais do que uma questão acidental, lateral ou passageira, mas sim o próprio modo de realização da dialética do esclarecimento, e, exatamente por isso, o modo de assinatura de nossa era. Ela cumpre o papel de fazer vir à tona o caráter degradante da lógica interna da modernidade, denunciando que nem somente de luzes, de ordem e de progresso, mas também de trevas, de exploração e de miséria, vive a modernidade.

As conclusões que podem ser extraídas desse retrato da humanidade consolidam a ideia de que raras vezes, no que tange à esfera das relações sociais, uma personalidade é assumida por acaso. O “fortuito” pouco contribui e pouco influencia os comportamentos do homem.

A história foi guiada por movimentos e propostas elaboradas, ao prazer e responsabilidade da vanguarda de cientistas, burgueses e populares que impuseram suas ideologias; dos que acintosamente se lançaram a expor suas realidades e utopias.

Assim, Bauman (2000, p. 193) afirma:

Nós, humanos, somos dotados de tudo de que todos precisam para tomar o caminho certo, que, uma vez escolhido, será o mesmo para todos. O sujeito de Descartes e o homem de Kant, armados da razão, não errariam em seus caminhos humanos a menos que empurrados ou atraídos para fora da reta trilha iluminada pela razão.

Bauman (1999, p. 245) expressa algo que considera inegável e assustadoramente real: “A maior parte de sua história, a modernidade viveu na e da auto-ilusão”. A grandiosidade da razão apagou do homem o discernimento simples

com que este regia a vida. O fez acreditar no discurso racional que dizia ser necessário o abandono do passado.

O resultado disso levou ao que hoje se compreende por pós-modernidade, assim dito por Fehér Heller (1998, p. 16):

A condição política pós-moderna se baseia na aceitação da pluralidade de culturas e discursos. O pluralismo (de vários tipos) está implícito na pós-modernidade como projeto. O colapso da grande narrativa é um convite direto à coabitação entre várias pequenas narrativas (locais, culturais, étnicas, religiosas, ideológicas).

A pós-modernidade trouxe o advento da sociedade plural, cujos contornos já não são mais delineados por uma única fonte de controle e organização. A possibilidade de rearranjo social torna-se universal, o que leva o estudo da política e das estruturas jurídicas para outros ambientes, outrora inexplorados.

Cabe, ainda, a tentativa de resumir o que representou a modernidade e o que nela trouxe à tona a pós-modernidade da forma como é. Nessa tarefa, contribui David Harvey (1992, p. 35-36):

É odioso, mas mesmo assim útil, impor a essa complexa história algumas periodizações relativamente simples, ao menos para ajudar a compreender a que tipo de modernismo reagem os pós-modernistas. O projeto do Iluminismo, por exemplo, considerava axiomática a existência de uma única resposta possível a qualquer pergunta. Seguiu-se disso que o mundo poderia ser controlado e organizado de modo racional se ao menos se pudesse apreendê-lo e representá-lo de maneira correta. Mas isso presumia a existência de um único modo correto de representação que, caso pudesse ser descoberto (e era para isso que todos os empreendimentos matemáticos e científicos estavam voltados), fornecia os meios para os fins iluministas. Assim pensavam escritores tão diversos quanto Voltaire, D'Alembert, Diderot, Condorcet, Hume, Adam Smith, Saint-Simon, Auguste Comte, Matthew Arnold, Jeremy Bentham e John Stuart Mill.

O ímpeto pós-moderno é o de desdizer a modernidade, dos mais variados modos. Vozes de todos os cantos tentam construir, planejar ou, ao menos, explicar a viabilidade das estruturas sociais, na busca de caminhos para uma humanidade desconfiada de si.

3.2.1 Sobre o termo “pós-modernidade”

O primeiro desafio apresentado por essa nova era surge com a dúvida sobre a exatidão de sua nomenclatura. Apesar do grande apreço conferido ao termo “pós-modernidade”, forma pela qual é majoritariamente conhecida, há extrema discordância quanto a ser este o seu fiel signo.

Vários cientistas sociais dedicaram boa parte de seus estudos acerca do tema debruçados sobre o desafio de encontrar a melhor maneira de registrá-la, como demonstra Zygmunt Bauman (1998, p. 30):

Não é em toda parte, porém, que essas condições parecem, hoje, estar prevalecendo: é uma época que Anthony Giddens chama de “modernidade tardia”, Ulrich Beck de “modernidade reflexiva”, Georges Balandier de “supermodernidade”, e que eu tenho preferido (junto com muitos outros) chamar de “pós-moderna”: o tempo em que vivemos agora, na nossa parte do mundo (ou, antes, viver nessa época delimita o que vemos como a “nossa parte do mundo”).

A falta de unanimidade na escolha por um termo único que o defina antecipa uma das características mais marcantes desse período: a incapacidade de gerar consenso. Não há um discurso uniforme ou uma força motriz singular, o que leva a uma conduta empreendedorista do indivíduo quanto ao seu próprio futuro. As realidades passam a ser locais e o mundo a acontecer do micro para o macro, e não o contrário.

Tal é o entendimento de Boaventura de Souza Santos (2001, p. 50):

Como todas as transições são simultaneamente semi-invisíveis e semicegas, é impossível nomear com exatidão a situação atual. Talvez seja por isso que a designação inadequada de “pós-modernidade” se tornou tão popular. Mas, por essa mesma razão, este termo é autêntico na sua inadequação.

Santos (2001, p. 257) suscita ainda outra dificuldade inerente ao estudo desse novo momento histórico, qual seja, exatamente o de situá-lo na linha cronológica da humanidade e, assim, estabelecer o seu lapso sua vigência:

A transição paradigmática é um período histórico e uma mentalidade. É um período histórico que não se sabe bem quando começa e muito menos quando acaba. É uma mentalidade fraturada entre lealdades inconsistentes e aspirações desproporcionadas entre saudosismos anacrônicos e voluntarismos excessivos. Se, por um lado, as raízes ainda pensam, mas já não sustentam, por outro, as opções parecem simultaneamente infinitas e nulas. A transição paradigmática é, assim, um ambiente de incerteza, de complexidade e de caos que se repercute nas estruturas e nas práticas sociais, nas instituições e nas ideologias, nas representações sociais e nas inteligibilidades, na vida vivida e na personalidade.

Dessa forma, a melhor opção talvez seja a de conceituar a pós-modernidade como uma época de ampla transição paradigmática, processo de contínua avaliação dos métodos e circunstâncias que reinaram na era anterior, razão pela qual é marcada por excessos cometidos por lados muitas vezes extremos e antagônicos.

A multiplicidade de condutas do ser humano, surpreendentes e avivadas como nunca antes, fornece rico material de estudo para as diversas competências do conhecimento. Ao mesmo tempo, imprevisibilidades e ineditismos continuam a impedir sua satisfatória definição.

Nesse sentido, David Harvey (1992, p. 47):

Os sentimentos modernistas podem ter sido solapados, desconstruídos, superados ou ultrapassados, mas há pouca certeza quanto à coerência ou ao significado dos sistemas de pensamento que possam tê-los substituído. Essa incerteza torna peculiarmente difícil avaliar, interpretar e explicar a mudança que todos concordam ter ocorrido.

Indefinição quanto ao nome, período, interpretação. Nenhum elemento, contudo, foi tão abalado pelo último século quanto a figura do ser humano. O indivíduo, enquanto ser racional, mas desiludido; livre, porém vítima do jugo do Estado; dono de direitos, nunca plenamente garantidos.

Olhar para o homem pós-moderno é didático e útil para a construção de um retrato, tão fiel quanto possível, dessa fase histórica. Por isso, Horkheimer (2003, p. 142) comenta:

Nessa época de grandes negócios, o empresário independente não é mais uma figura típica. O homem comum acha cada vez mais difícil planejar para os seus herdeiros e mesmo para o seu futuro remoto. O indivíduo contemporâneo pode ter mais oportunidades do que seus ancestrais, mas suas perspectivas concretas têm prazo cada vez mais curto. O futuro não entra rigorosamente em suas transações. Ele sente apenas que não estará perdido inteiramente se conservar a sua eficiência e a ligação com sua corporação, associação etc. Assim, o sujeito da razão individual tende a tornar-se um ego, encolhido, cativo do presente evanescente, esquecendo o uso das funções intelectuais pelas quais outrora era capaz de transcender a sua real posição na realidade.

O indivíduo contemporâneo se torna refém da perplexidade dos acontecimentos e da velocidade dos tempos. Não se firma, nem se contem. Age imediatamente, agressivamente. É litigante contumaz do presente e, por isso, não consegue abstrair-se de si mesmo e enxergar a figura do “outro”.

Sua complexidade caminha lado a lado com sua superficialidade, de modo que suas necessidades são muitas. Porém, pelo fato de não conseguir engendrar uma estrutura que as satisfaça, sofre continuamente os reveses das ondas políticas e sociais. Tal postura leva a humanidade a arcar com os ônus deixados por seu passado e a degenerar-se como consciência coletiva.

Ao mesmo tempo, o aumento da população mundial e o agigantamento das atribuições e responsabilidades do Estado pós-moderno o levam a assumir uma postura defensiva, quando não omissa, frente aos problemas e ao caos instalado em todos os campos de sua estrutura. Apenas remedia os conflitos que surgem cotidianamente.

Assim, não há qualquer ação coesiva. Pelo contrário, como entende David Harvey (1992, p. 19), “a fragmentação, a indeterminação e a intensa desconfiança de todos os discursos universais ou (para usar um termo favorito) “totalizantes” são o marco do pensamento pós-moderno”, o que resulta na falta de um domínio absoluto, qualquer que seja a ideologia.

Como elucida Richard Tarnas (2002, p. 82):

Portanto, para sermos corretos, não existe nenhuma “visão de mundo pós-moderna”, nem a possibilidade de existir uma. Por sua natureza, o paradigma pós-moderno é fundamentalmente subversivo em relação a todos os paradigmas, pois em sua essência está a consciência de que a realidade é ao mesmo tempo múltipla, local e temporal, desprovida de qualquer fundamento demonstrável.

A pós-modernidade é cheia de pormenores, ao mesmo tempo em que age sem rodeios. É fatalista e utilitarista. Por outro lado, a vontade de romper com as bases da modernidade lhe conferiu adjetivos apreciáveis. É que pode ser visto em Bauman (1997, p. 41-42), ao tratar do fim das ilusões:

Saber que isso é verdade (ou apenas intuí-lo, ou continuar como se soubesse) é ser pós-moderno. A pós-modernidade, pode-se dizer, é a modernidade sem ilusões (o oposto disso é que a modernidade é a pós-modernidade que recusa a aceitar sua própria verdade). As ilusões em questão concentram-se na crença de que a confusão do mundo humano não passa de estado temporário e reparável, a ser substituído, mais cedo ou mais tarde pelo domínio do ordenado e sistemático da razão. A verdade em questão é que a confusão permanecerá, o que quer que façamos ou saibamos, que as pequenas ordens ou sistemas que cinzelamos no mundo são frágeis, temporários, e tão arbitrários e no fim contingentes como suas alternativas.

Eduardo Bittar (2009, p. 167) assim expressa a essência da pós-modernidade:

A vinda do pluralismo, inaugurado na pós-modernidade, é saudada por uns com muito otimismo, e, por outros, com muito pessimismo. Em lugar do uno, o divisivo; em lugar do total, o fragmentário; em lugar do certo, o indeterminado; em lugar do universal, o local; em lugar do despersonalizado, o personalíssimo.

Deste modo, a humanidade se torna menos ingênua e mais real, ao ponto de não anelar por qualquer grandeza além do que possa alcançar o indivíduo. A fragilidade e a luta pela sobrevivência formam o enredo de um debate que custa a encontrar soluções. Uma perpétua fase de transição.

Bem ou mal, toda manifestação humana é, por menor que seja, objeto de consideração por parte do direito. Não seria diferente com um fenômeno

histórico-social com a magnitude da pós-modernidade. Por isso, como será visto a seguir, o mundo jurídico se movimenta, de forma a entender e a receber, da melhor maneira possível, o que os novos tempos trazem consigo.

3.2.2 As dimensões do direito pós-moderno

A pluralidade contemporânea contesta a solidez inerente ao direito moderno. Seus postulados perderam significado. Liberdade, burocracia estatal, ordem, igualdade e legitimidade do poder, antes verdadeiros dogmas jurídicos, hoje carecem de exatidão e não mais representam a personalidade sociocultural da humanidade.

A exclusividade e a autonomia da ciência jurídica, em relação aos demais ramos do conhecimento, é parte das muitas ilusões modernas que caíram em face do atual panorama geopolítico mundial. O purismo teórico não subsiste ao confronto direto com a realidade prática, moldada por certo grau de ação fatalista.

O sistema jurídico se torna arcaico, como comenta Eduardo Bittar (2009, p. 113):

Se o direito pressupõe uma certa estabilização de valores majoritários ou consensuais, para que a norma exerça seu *poder de escolha* de conteúdos normativos, a pergunta, num momento transitivo, acaba sendo: Quais os consensos possíveis num mundo em transformação? Então, passam a ser debates correntes: clonar o ser humano ou proibir cientistas de realizarem experiências genéticas com seres humanos?; autorizar casamentos entre homossexuais ou proibir a constituição dessas sociedades maritais?; diminuir a idade penal, e reconhecer a incapacidade da sociedade de atrair novas gerações à consciência social, ou deixar relativamente impunes atrocidades cometidas por menores? Diferentemente de como se concebia o direito como centro de especulações na ideologia burguesa e iluminista dos séculos XVIII e XIX, passa-se a concebê-lo, em meio a tantas transformações socioculturais, como um processo em transformação, permeável às novas demandas e adaptado aos novos atores sociais.

Na onda dessa movimentação social, o direito busca o seu espaço em um mundo de novas e variadas linguagens, na tentativa de formular respostas no mínimo úteis à formação de um norte científico e político para a humanidade, o que lhe apresenta o desafio de se desprender definitivamente dos paradigmas do passado.

Dentre estes, talvez o mais difícil seja o abandono de sua personalidade dirigente, inflexível e conservadora, que formou a chamada, por Boaventura de Souza Santos (2001, p. 258), “ortodoxia conceptual”, conforme comenta:

Ao reduzir as ricas tradições epistemológicas do primeiro período do Renascimento à ciência moderna e as ricas tradições jurídicas desde a recepção do direito romano ao direito estatal, o Estado liberal oitocentista teve um papel fundamental, e concedeu a si próprio um extraordinário privilégio político enquanto forma exclusiva de poder. Esta tripla redução do conhecimento à ciência, do direito ao direito estatal e dos poderes sociais à política liberal – por muito arbitrária que tenha sido nas suas origens – atingiu uma certa dose de verdade à medida que se foi inserindo na prática social, acabando por se tornar um ortodoxia conceptual.

O Estado se ergueu como o ápice da modernidade, centralizando em si todas as esferas da vida social. Fez o homem deixar sua autonomia plena e tornar-se dependente do sistema político, civil e jurídico da maneira como o arquitetou. Contudo, o deixou órfão no momento em que compreendeu a impossibilidade de cumprir a missão de ser seu fiel provedor.

E o termo é este: órfão. Bem aplicado, ao analisar-se que os contornos dramáticos da pós-modernidade muito se explicam pela dificuldade da humanidade em desfiliar-se totalmente do *modus operandi* moderno, impregnado em seu espírito, ao ponto de transformar as mudanças em medidas já atrasadas e que pouco acenam para qualquer perspectiva de substancial progresso.

Esse abandono é, por vezes, a causa da rebeldia em relação ao sistema vigente. Ao mesmo tempo, seu comportamento impõe ao homem que se emancipe dos laços do Estado, de forma a transformá-lo em um “autodidata social”. Alguém que utiliza as próprias individualidades para transpor desafios como a pobreza, a falta de acesso à justiça, a precariedade do sistema de saúde, o sucateamento do ambiente e do ensino escolar, etc.

Entretanto, apesar de tantas intempéries, a pós-modernidade agrega de positivo à sociedade o apego aos detalhes, como diz David Harvey (1992, p. 109):

Como avaliar o pós-modernismo em geral? Como avaliação preliminar, eu diria que, em sua preocupação com a diferença, as dificuldades de comunicação, a complexidade e nuances de interesses, culturas, lugares etc., ele exerce uma influência positiva. As metalinguagens, metateóricas e metanarrativas do modernismo (particularmente em suas manifestações ulteriores) tendiam de fato a apagar diferenças importantes e não conseguiam atentar para disjunções e detalhes importantes.

Porém, como fruto da inconclusividade inerente a este tempo, e pelo que se extrai do exposto acima, não há consenso quanto a que fim destinar para a modernidade. Abandoná-la totalmente, utilizar o que for proveitoso ou simplesmente dar continuidade à sua ideia. Propostas que suscitam debates acalorados entre pensadores de renome.

Dentre eles, Michel Foucault e Jürgen Habermas, que defendem pontos de vista distintos, como analisa Sergio Paulo Rouanet (2000, p. 150):

Aceite essa moldura, Habermas e Foucault estariam em radicalmente opostos. Pois, para Habermas, a modernidade não é um projeto falido, mas um projeto incompleto. Não se trata de negar a modernidade, mas de completar esse projeto, realizando através de um novo paradigma – o da racionalidade comunicativa – as virtualidades emancipatórias contidas no projeto iluminista. Foucault, pelo contrário, repudia a modernidade. Mas, tentando ultrapassá-la, ficou de fato aquém dela, pois não percebeu que as patologias sociais geradas pela modernidade somente podem ser corrigidas pela própria modernidade.

Apesar do desejo de imediata ruptura com a o modernidade, esta foi tão marcante para o homem que a melhor escolha talvez seja a de avaliá-la melhor. Admitir que esse ímpeto é uma reação do instinto social, uma atitude de defesa. Até mesmo um alerta, ou ainda, numa visão otimista, uma oportunidade de progresso.

Afinal, na verdade, a pós-modernidade não trouxe muitos ineditismos, se comparada à sua era predecessora, mas sim deixou vir à tona aquilo que já existia na periferia do mundo, informando os povos acerca de sua real beleza e monstruosidade.

A proposta de Habermas é dar continuidade ao projeto da modernidade, sob a alegação de que este nunca fora realmente alcançado, de forma que não se pode afirmar com veemência se este é falho ou não. Assim, sua proposta é a de eliminar essa dúvida do único modo possível: chegando a uma universalidade da comunicação e dos direitos, ou seja, com o uso dos arquétipos modernos à exaustão.

Menos pretensiosa, contudo, é a ideia de Jean-François Lyotard (1989, p. 130):

Por esta razão, não parece possível, nem mesmo prudente, orientar, como o faz Habermas, a elaboração do problema da legitimação no sentido da procura de um consenso universal através do que ele chama de *Diskurs*, ou seja, o diálogo das argumentações.

A descrença deixada pelo caos moderno exige cautela por parte de manifestações futuras, para que não se assumam posições extremadas, nem atitudes precipitadas. Ao que tudo indica, há uma cortina densa de fenômenos a serem explicados, de modo que um comportamento mais afeito aos detalhes é o que mais com aquilo que o momento pede.

O presente aponta para caminhos tortuosos. Nesse sentido, diz Boaventura Souza Santos (2001, p. 27), “o nosso lugar é hoje um lugar multicultural, um lugar que exerce uma constante hermenêutica de suspeição contra supostos universalismos ou totalidades”. A prudência se torna um bem de primeira grandeza no confronto a imediatismos e preconceitos.

Desse modo, a dedicação ao estudo sobre as dinâmicas sociais se mostra uma alternativa e um atalho para o cientista que realmente entende a relevância de sua função. A sociedade e suas nuances são as principais fontes dos discursos contemporâneos: miséria, violência, novas formas de poder.

Alguns desses temas, como a justiça social e a eficácia, adquirem importância ímpar, como demonstra Eduardo Bittar (2009, p. 130):

Num contexto de emergência da pós-modernidade, tanto as questões da justiça social como da decisão legítima estariam, nesta perspectiva, fadadas

ao descrédito pela perda da eficácia, e seriam laureadas com o crédito da força popular quando e se vinculadas à ideia de eficácia.

No mesmo sentido, Jean-François Lyotard (1989, p. 12):

Os decisores tentam, no entanto, gerir estas nuvens de sociedade (*socialité*) com matrizes de *input/output*, segundo uma lógica que implica a comensurabilidade dos elementos e a determinabilidade do todo. A nossa vida encontra-se destinada por eles ao crescimento do poder. A sua legitimação, tanto em matéria de justiça social como de verdade científica, adviria da otimização das *performances* do sistema, da eficácia.

O surgimento de formas de controle não institucionalizadas desafia o Estado democrático de direito. Crescem as políticas fantasmas de repressão e de exclusão social, ou seja, que não são conhecidas e contabilizadas pelos dados oficiais. O poder se torna muito mais uma expressão midiática. Assim, os cuidados com a imagem e a reputação passam a ser essenciais.

Forma-se, então, um ciclo composto por movimentos de revolta e por respostas repressivas. O Estado se vê cercado por diversas reivindicações, enquanto a estrutura de que dispõe para o atendimento dessas demandas é formada por objetos e ideologias arcaicas.

É o que admite Eduardo Bittar (2009, p. 131):

Assim, tornam-se assunto *démodé* os grandes temas da modernidade: universalidade da lei; abstração das normas; consenso e vontade geral; universalidade dos direitos humanos; ordenamento jurídico como sistema fechado e completo; sociedade como organismo; essencialidade do caráter gregário do homem; soberania como um ponto inquestionável e incontestável da constituição do Estado moderno; formas capitalistas de produção e competição fordista do espaço produtivo serial; entre outras questões. Em lugar do universalismo, o fragmentário; em lugar do centralismo, o periférico; em lugar do consenso *omnium*, os regionalismos; em lugar da igualdade, a identidade.

Em seguida, ao tratar sobre a alteração na ordem de valores vigente, comenta Bittar (2009, p. 160):

Pode-se mesmo dizer que uma nova ordem de instituições e valores, fundados na ideia do ecletismo e do pluralismo, desponta como norte pós-moderno às formas de vida. Esta nova ordem é ainda um projeto em andamento; a própria pós-modernidade é parcamente consciente de si mesma. Mais que isso, a pós-modernidade surge como o bastião crítico de todos os cinturões ideológicos e teóricos até então existentes, de modo a não se confundir com nenhum e a não postular confundir-se com nenhuma tendência reconhecível. O retrato mais exato da pós-modernidade pode ser dado ao dizer-se que inexistem uma ontologia, uma bandeira ou uma identidade pós-modernas, tendo-se em vista sua rebeldia aos paradigmas existentes. Todo esse novo arcabouço de mutações socioculturais redundará num afastamento contínuo da lógica moderna, com a qual se organizam os esquemas de vida e as formas de juízo (axiológico, estético, político, científico, cultural...) acerca do mundo.

O direito contemporâneo é tão plural quanto a época na qual se encontra. Divide-se em vários ramos (direito civil, penal, ambiental, tributário, internacional, etc.) na tentativa de abranger e de dar sua opinião acerca de todos os fatos. O ambiente sociocultural pós-moderno clama pela participação da ciência jurídica, e dela cobra por uma manifestação inteligente e eficaz, como se verá adiante.

3.3 As Crises Jurídicas na Pós-Modernidade

A transição de um conceito até então vigente para outro, inovador, abre margem à possibilidade de eclosão de uma “crise”. A história humana é carregada de ideologias, constantemente precedidas por um momento de crise. É a linha divisória em que os erros e insatisfações se tornam públicos e ganham corpo suficiente para fazer com que as coisas não sejam mais como antes.

O direito pós-moderno está em crise. Suas estruturas são questionadas a cada novo fenômeno que surge e que demanda a manifestação do ordenamento jurídico. A persuasão discursiva não leva mais o espírito humano a quedar-se ante sua aura de segurança e estabilidade.

Para Boaventura de Souza Santos (2001, p. 74), isso se deve ao nascimento de um novo paradigma social:

Eu falarei do *paradigma de um conhecimento prudente para uma vida decente*. Com esta indagação, quero significar que a natureza da revolução científica que atravessamos é estruturalmente diferente da que ocorreu no século XVI. Sendo uma revolução científica que ocorre numa sociedade ela própria revolucionada pela ciência, o paradigma a emergir dela não pode ser apenas um paradigma científico (o paradigma de um conhecimento prudente), tem de ser também um paradigma social (o paradigma de uma vida decente).

A sociedade espera que seu corpo científico, do qual faz parte a disciplina jurídica, tenha sensibilidade o bastante para fazer convergir as diferentes esferas do conhecimento em prol do sujeito principal da estrutura social: o homem.

Uma ciência se torna inútil quando não prima pela funcionalidade daquilo que produz. Estar fechada em si mesma é estar distante da realidade do mundo. Isso explica o atual estado do direito e sua ausência de vínculos com o panorama sociocultural vigente.

Nesse sentido, Boaventura de Souza Santos (2001, p. 23), cita algumas das conjunturas dessa crise:

Basta rever até que ponto as grandes promessas da modernidade permanecem incumpridas ou o seu cumprimento redundou em efeitos perversos. No que respeita à promessa de igualdade, os países capitalistas avançados com 21% da população mundial controlam 78% da produção mundial de bens e serviços e consomem 75% de toda a energia produzida. Os trabalhadores do Terceiro Mundo do sector têxtil ou da electrónica ganham 20 vezes menos que os trabalhadores da Europa e da América do Norte na realização das mesmas tarefas e com a mesma produtividade.

O Estado e suas estruturas jurídicas assumem o desafio de responder a esse novo quadro. Para isso, algumas mudanças se fazem necessárias, como explica Bittar (2009, p. 179-181):

Desta forma, forjaram-se os principais paradigmas do Estado de Direito e da dogmática jurídica durante o século XIX. Concebeu-se, neste sentido, uma experiência de um Estado legalista, que se movimenta a partir de uma imensa miríade de textos normativos, atos burocráticos, expedientes dispendiosos, mas que, vivenciando a crise contemporânea, é incapaz de conter delitos os mais banais, ou mesmo de dar efetividade a normas de importância social reconhecida.

[...] Os tradicionais paradigmas que serviram bem ao Estado de direito do século XIX não se encaixavam mais para formar a peça articulada de que necessita o Estado contemporâneo para a execução de políticas públicas efetivas. Assim, perdem significação: a universalidade da lei, pois os atores sociais possuem características peculiares não divisíveis pela legislação abstrata; o princípio da objetividade do direito, que o torna formalmente isento de qualquer contaminação de forças políticas, quando se sabe que toda a legislação vem formulada na base de negociações políticas e partidárias; [...] a garantia de direitos universais de primeira geração, como forma de expressar a proteção à pessoa humana, o que na prática ainda pouco se incorporou às realizações socioeconômicas; a garantia da existência da jurisdição como garantia de acesso a direitos, quando se sabe que, em verdade, a justiça se diferencia para ricos e pobres, pelos modos como se pratica e pelas deficiências reais de acesso que possui.

A análise pode se dividir em ao menos três facetas: Crise de Eficácia, Crise do Positivismo e Crise Social Brasileira. O roteiro delineado permite aprofundar o estudo para uma abordagem mais direta acerca das crises que permeiam o direito pós-moderno.

3.3.1 A questão da eficácia

Ao adentrar à esfera da filosofia jurídica de forma mais latente, observa-se que o século XX foi incisivo na discussão acerca da eficácia. Um dos aspectos do direito a sofrer os efeitos do fim da modernidade, trata-se de uma qualidade específica da norma. Mais do que teórico, tem um significado social determinante.

Sobre o tema, elucida Eduardo Bittar (2009, p. 189):

Fica claro, no período posterior à ascensão e ao enfraquecimento da hegemonia teórica do imperialismo normativista Kelseniano, que não se pode creditar todo o esforço da ciência do direito numa espécie de avaliação alienante do jurista das relações sociais, enquanto relações normadas em *dever-ser* capturadas como momentos da vida social relacionados em hierarquia e forma pelo princípio da *validade*. Nada há a justificar, especialmente a partir dos anos 60/70/80 do século XX, a sustentação do positivismo jurídico. Isto porque a teoria jurídica passa a se ocupar de problematizar questões de fundo real, social, econômico, de um modo cada vez mais intenso, e será a própria mudança dos hábitos,

costumes, valores, economia e política neste período que haverá de demonstrar o quanto o real problema do direito neste momento deixa de ser a justificação da ordem pela validade (garantida por uma ciência pura do direito), e passa a ser a possibilidade de produzir efeitos num campo real cada vez mais coalhado de *problemas eficaciais*. De que serve um ordenamento cuja fundamentação remonta à norma fundamental se, na prática, não é capaz de ser praticado? Num contexto pós-moderno, a dimensão do que *é* torna-se mais relevante que a dimensão do que *deve ser*. A sensibilização das teorias contemporâneas quanto a esta mudança abre campo, portanto, às correntes de pensamento críticas ao positivismo, bem como abrem campo para o direcionamento do foco de atenção das investigações no sentido da questão da *eficácia*.

Assim, importa à norma o *ser*, ao contrário do raciocínio positivista, que indagava o *dever-ser*. Mais do que encaixar-se nos parâmetros formais de produção, cumpre a ela ser praticável. Sua qualidade é a relevância prática social e o diálogo que consegue manter com outras disciplinas.

Essa ideia permite considerar que uma norma, ainda que formalmente constituída, pode não produzir efeitos práticos, caso seja socialmente ignorada. A *contrario sensu*, uma norma, ainda que não constituída por aquela que é a estrutura legiferante por excelência, pode produzir efeitos práticos, se for observada pela práxis social.

É o que acontece com os costumes de determinadas comunidades brasileiras, isoladas da justiça formal em face da geografia continental do país. De forma mais grave, é o que acontece nas periferias das metrópoles e das grandes cidades nacionais, lugares que detêm uma cultura jurídica própria, paralela aos direitos garantidos pelo Estado e marcadas por níveis alarmantes de violência econômica, social e criminal.

A sobrevivência do “contrato social” é comprometida. Continua Bittar (2009, p. 191):

A crise de eficácia é um ponto de comprometimento da própria experiência e sobrevivência do contrato social, na medida em que a ausência ou inoperância prática das instituições conduz a um profundo abismo entre a legalidade e a facticidade das regras jurídicas. É deste abismo que se nutrem as desavenças sociais, os desvios, as condutas antijurídicas, os criminosos, para afrontarem ainda mais a própria existência dos organismos estatais e oficiais da representatividade popular. Na carência da eficácia da legislação, todo um novo arranjo de forças sociais se fortalece no sentido de criar um outro sentido para a vida social, que acaba tomando a conformação de um Estado de natureza habbesiano (lei do mais forte, leis de mercado, eticidades de grupos majoritários...).

O Estado se afunda no abismo da inoperância funcional, bem como a sociedade, que se perde ao conjugar uma multiplicidade de métodos paraestatais que, o mais das vezes, não observa os padrões estabelecidos pelos princípios inerentes aos direitos humanos.

A norma informal se constitui através de uma visão utilitarista e imediatista das relações sociais, de modo que o indivíduo, sob o prisma do egoísmo exacerbado, é a fonte inspiradora que lhe dá o formato, em acordo com as circunstâncias apresentadas por uma realidade crua.

Campilongo (2000, p. 58) assim resume a situação sociojurídica atual:

A luta de todos contra todos, sem regras nem previsibilidade nos resultados. A lei é posta de lado, vista como um empecilho às chances de maximização dos benefícios individuais. A legalidade serve, quando muito, para reprimir os grupos excluídos dos favores e prebendas do Estado. A ordem jurídica sofre uma dupla desmoralização institucional: de um lado, fica claro que a violação da lei tem baixo custo para alguns setores; de outro lado, a penetração da lei, quando deve assegurar direitos da maioria, é impotente para atingir de modo homogêneo toda a sociedade. Impunidade e ineficácia são os dois lados da fraqueza institucional da democracia delegativa no Brasil. Nem Estado unificado, nem sociedade unificada: e, como o direito é o instrumento por meio do qual o Estado regula a sociedade, a fragmentação estatal e societal significa, em última análise, não apenas a ruptura com a matriz organizacional do Estado, mas, também, o esvaziamento quase completo da sua legalidade.

Os órgãos institucionais de produção do direito perderam, ao longo do tempo, a adesão social que se faz necessária para que a norma estabeleça um vínculo com aqueles aos quais se destina. Além disso, a sanção que lhe é inerente não mais exerce força coercitiva a ponto de conter o comportamento dos infratores e, assim, não se presta como garantia na efetivação dos direitos de seus tutelados.

Como visto anteriormente, há também a pressão contemporânea para que a ciência jurídica como um todo se mova no sentido de construir um ambiente jurídico, legislativo, político e social que tenha por motivação alcançar o objetivo único de criar mecanismos que correspondam às expectativas, necessidades e interesses coletivos.

Nesse sentido, vários doutrinadores se engajaram no desafio de analisar e dimensionar o estado, as características e as possibilidades que possam ser extraídas da atual “crise de eficácia da norma jurídica”.

Norberto Bobbio direcionou seus estudos pelo viés “fenomenológico” da eficácia, e do direito como um todo. Entende que a resposta se encontra na observação acerca da influência da norma, bem como da sanção, para o cumprimento ou não, por parte dos cidadãos, das formas de direito concebidas pelo Estado; se esta é compreendida como um instrumento útil para suprir as exigências da população; e, por fim, se a mesma contribui satisfatoriamente para a organização da vida em sociedade.

Para Bobbio (2001, p. 47-48):

A investigação para averiguar a eficácia ou a ineficácia de uma norma é de caráter histórico-sociológico, se volta para o estudo do comportamento dos membros de um determinado grupo social e se diferencia, seja da investigação tipicamente filosófica em torno da justiça, seja da tipicamente jurídica em torno da validade. Aqui também, para usar a terminologia douda, sem bem que em sentido diverso do habitual, pode-se dizer que o problema da eficácia das regras jurídicas é o problema *fenomenológico* do direito.

E continua Bobbio (2001, p. 53-54):

Nota-se que esta distinção de problemas não deve ser concebida como uma separação em compartimentos estanques. Quem desejar compreender a experiência jurídica nos seus vários aspectos deverá considerar que ela é a parte da experiência humana cujos elementos constitutivos são: ideais de justiça a realizar, instituições normativas para realiza-los, ações e reações dos homens frente àqueles ideais e a estas instituições. Os três problemas são três aspectos diversos de um só problema central, que é o da melhor organização da vida dos homens em sociedade.

Desse modo, não basta à norma ser válida, mas sim que ela consiga interagir com um conjunto de fatores que formam o contexto social em que foi inserida. Eficácia não resulta, necessariamente, da validade e dos moldes formais de produção legal. A simples existência de uma norma não garante que esta será obedecida.

Essa linha sociológica de averiguação da eficácia adquiriu acentuada relevância no decurso do século XX e tem regido os estudos jurídicos contemporâneos. É fruto da abertura do direito a esse e a outros ramos da ciência, interdisciplinariedade característica dessa era que busca, como dito anteriormente, a funcionalidade de suas criações; o legado para a humanidade.

Em continuidade à reflexão acerca da eficácia, Miguel Reale (1995, p. 112-113) defende ser este o caráter fático da norma, distinto da validade ou de qualquer outro de seus atributos, como comenta:

A eficácia se refere, pois à aplicação ou execução da norma jurídica, ou por outras palavras, é a regra jurídica enquanto momento da conduta humana. A sociedade deve viver o direito e como tal reconhecê-lo. Reconhecido o direito, é ele incorporado à maneira de ser e de agir da coletividade. Tal reconhecimento, feito no nível dos fatos, pode ser o resultado de uma adesão racional deliberada dos obrigados, ou manifestar-se através do que Maurice Hauriou sagazmente denomina "assentimento costumeiro", que não raro resulta de atos de adesão aos modelos normativos em virtude de mera intuição de sua conveniência ou oportunidade. O certo é, porém, que não há norma jurídica sem um mínimo de eficácia, de execução ou de aplicação no seio do grupo.

Assim, Reale entende que só a experimentação social pode dizer se a norma é eficaz ou não. É o risco inerente à atividade legiferante: ver sua produção ser posteriormente ignorada pelo grupo destinatário da norma. Esta é incorporada, se isso ocorrer, de forma gradativa e, só assim, passa a constituir o arcabouço cultural e a linguagem costumeira do povo.

Com fulcro em uma visão mais doutrinária, Tercio Sampaio Ferraz Junior construiu uma classificação bipartida sobre o elemento da eficácia, formada pelo viés semântico, baseado na efetividade social da norma, e pelo viés sintático, atinente à efetividade técnica da mesma.

Explica Ferraz Junior (2001, p. 195):

Uma norma se diz socialmente eficaz quando encontra na realidade condições adequadas para produzir seus efeitos. Essa adequação entre a prescrição e a realidade de fato tem relevância semântica (relação signo/objeto, norma realidade normada). [...] Cremos, destarte, que a ineficácia de uma norma, a ausência de um mínimo de efetividade, não afeta sua validade, pois a norma editada entrou para o ordenamento, ainda que nunca tivesse produzido efeitos.

Entende, dessa forma, que a eficácia de uma norma não se encerra, como na abordagem dos doutrinadores anteriores, com a averiguação acerca de sua agregação por parte da sociedade. Esse é apenas um de seus eixos: a efetividade social.

Além disso, a norma também pode ser considerada eficaz segundo o prisma da efetividade técnica. Para isso, deve atender a todos os requisitos formais de produção das normas jurídicas, ou seja, ter passado, sem qualquer vício, pelo crivo do Poder Legislativo.

Por partilhar da mesma ideia, comenta Bittar Filho (1992, p. 33):

O conceito de eficácia está relacionado com a produção de efeitos. É eficaz a lei: a) que tem condições fáticas de atuar, por ser adequada à realidade; b) que tem condições técnicas de atuar, por estarem presentes os elementos normativos que a tornam adequada à produção de efeitos concretos. A hipótese prevista pela letra "a" é a de eficácia semântica; a prevista pela letra "b" é a de eficácia sintática.

Conceituações a parte, a questão atinente à eficácia da norma jurídica é somente mais um dos elementos que constituem a crise do direito pós-moderno. A perda da visão autonomista sobre sua ciência, em relação às demais, já seria um passo importante para conferir validade ao sistema jurídico, como entende Eduardo Bittar (2009, p. 209-211):

O sistema jurídico, como um todo, sofre diretamente os impactos e abalos da pós-modernidade em configuração, eis a necessária constatação. Sabendo-se tratar de um sistema que não vive autonomamente, com relação aos demais sistemas (social, cultural, político, econômico, científico, ético...), é de dizer que o sistema jurídico recebe diretamente o impacto das modificações sofridas nas últimas décadas, que acabaram por produzir profunda desestruturação nos modos tradicionais e modernos de concepção do mundo. [...] A validade do sistema, até certo ponto, não é afetada pelo fato de os sujeitos normativos não se submeterem aos comandos estatais, afirmação esta que começa a perder força a partir do momento em que a inoperância do sistema jurídico se torna crônica. Uma montanha não desmorona porque lhe arrancaram um pequeno torrão de terra. Ela desmorona quando sistematicamente, e de modo fatalmente comprometedor, quantidades significativas de terra, em posições estratégicas e determinantes, lhe forem retiradas durante tempo suficiente para que estas ações desvitalizem a própria estrutura de sustentação.

Surge um vazio jurídico, com a perda gradual das estruturas que orientaram o direito na modernidade, explica Boaventura de Souza Santos (2001, p. 293):

A redução e a degradação dos serviços e das prestações sociais levaram, correlativamente, a retrair o alcance e a intensidade da penetração jurídica do Estado no espaço doméstico. Parece, assim, ter surgido um vazio jurídico, como se a rasura das inscrições do Estado-Providência tivesse realmente criado uma tabula rasa, desta vez pronta para receber as novas inscrições do pós-Estado-Providência.

O Estado tem aumentado sensivelmente a produção legislativa. Com isso, as perspectivas a curto e médio prazo acenam para a continuidade da vigência de normas imprecisas e contraditórias. Normas “tampão” são utilizadas na esperança de apagar os maiores incêndios, sem, contudo, proceder à construção de um sistema legal mais enxuto, claro e eficaz.

3.3.2 A crise do positivismo e da ciência jurídica

Apesar de tudo, a eficácia é tão somente refém do atual estágio no qual se encontra a ciência jurídica. Os moldes juspositivistas do século XIX se tornaram a ideologia dominante nos Estados nacionais formados nesse período. Hierarquia normativa, autoritarismo estrutural e hegemonia do discurso científico, termos, entre tantos outros, que ecoaram pelo século seguinte, prescrevendo uma ética comportamental abstrata e dissonante em relação aos rumos seguidos pela humanidade.

Para Eduardo Bittar (2009, p. 368), se trata de uma formação jurídica dogmática:

A codificação e a formação de uma cultura do positivismo no âmbito da ciência e do saber jurídicos conduziram a um esvaziamento dos aspectos sentimentais, relativistas, linguísticos e retóricos inerentes a toda discussão

jurídica. Eis os primeiros passos para a formação da dogmática jurídica. O positivismo, atrelado à formação da dogmática, é o paradigma central esmagador da criatividade flexível, pois substancialmente atrelado ao imaginário da segurança, da legalidade, da certeza, do controle, da regularidade, da sistematicidade, da objetividade.

No mesmo diapasão, Boaventura de Souza Santos (2001, p. 52) critica:

No entanto, a gestão reconstrutiva dos excessos e dos défices da modernidade não pôde ser realizada apenas pela ciência. Necessitou da participação subordinada, mas central, do direito moderno. Uma participação que, como já referi, foi subordinada, dado que a racionalidade moral-prática do direito, para ser eficaz, teve de se submeter à racionalidade cognitivo-instrumental da ciência ou ser isomórfica dela. Mas, apesar de subordinada, foi também uma participação ventral porque, pelo menos a curto prazo, a gestão científica da sociedade teve de se proteger contra eventuais oposições através da integração normativa e da força coerciva fornecida pelo direito. Por outras palavras, a despolitização científica da vida social foi conseguida através da despolitização jurídica do conflito social e da revolta social.

O direito falhou enquanto ciência. Passou muito tempo preso a arquétipos sociais e a organizações normativas insensíveis aos pedidos humanos. Estruturas jurídicas e políticas se desenvolveram fora dos laços do Estado, exatamente em locais até então desconhecidos por seus estudos, onde o grau de interação entre norma e indivíduo era mínimo.

O discurso inflexível é incompatível com os atuais parâmetros da vida em sociedade. Ao primar pela segurança e pela estabilidade, o Estado de Direito se tornou inseguro, ineficiente e desqualificado. Não há um caminho, discurso ou face da história, mas sim uma multiplicidade de acontecimentos diários e locais. O direito se inspira em ideologias decadentes e puristas, enquanto atende a uma sociedade massificada e heterogênea.

O que não nega a contribuição latente do positivismo ao direito como um todo, uma vez que vários de seus órgãos e mecanismos são verdadeiras produções da engenharia jurídica, atestado da capacidade de abstração do homem.

Contudo, não é o que os tempos exigem. Como conclui Eduardo Bittar (2009, p. 370-372):

O principal problema da ciência do direito, portanto, parece repousar em suas matrizes de inspiração, que se tornam absolutamente insuficientes para a preparação do jurista contemporâneo para os desafios dos tempos atuais. As ideias do purismo metodológico, da redução da ciência do direito a uma enciclopédia de comentários às leis positivas, do trabalho de apuro conceitual e sistemático das regras de comportamento normatizadas. [...] A irrupção da pós-modernidade traz consigo as seguintes tendências, ainda em ascensão, em assentamento e em pleno processo de produção: à publicização do direito privado; à pulverização dos direitos; à falência da dogmática isolacionista; à quebra do paradigma de que a ciência jurídica só pode ser a ciência caracterizada pela pureza Kelsiana; [...] à discussão e tematização da descriminalização e da deformalização do direito, com incentivos e formas alternativas de conciliação, negociação, arbitragem e procedimentos administrativos. [...] A percepção atual das modificações em curso passa pela consciência da própria tarefa da ciência do direito. Isso representa dizer que não se entende que a abolição da dogmática do direito esteja em processamento, mas que esteja em processamento uma modificação cultural necessária, para tornar a dogmática do direito uma prática científica mais afinada com necessidades sociais e menos amparada por concepções conceitualistas ou formalistas, típicas manifestações do positivismo novecentista, que realizava em ciência a ideia de ordem e progresso na dimensão do conhecimento das regras de Estado e de direito.

Não se trata de uma ruptura total com as bases positivistas da modernidade, mas sim de uma adaptação de seus arquétipos às circunstâncias contemporâneas. Entre elas, a percepção da crise social instalada no Estado brasileiro, a sociedade desigual, a corrupção, a miséria, a violência e outros temas a serem considerados pela nova sistemática jurídica.

3.3.3 A crise social brasileira

O Brasil é um país de características próprias, que determinam sua agenda enquanto Estado e o seu espírito político enquanto nação. Sua extensão continental apresenta dificuldades para que as estruturas institucionais adquiram uma presença física efetiva. Comunidades geograficamente isoladas, bem como diversas minorias, são preteridas nas políticas públicas do governo. A multiplicidade cultural, orgulho nacional, exige cuidados especiais para que seja possível a existência de coesão social.

Por outro lado, a aglomeração de interações e as necessidades sociais das regiões metropolitanas impelem os governantes à tentativa de sanear um cenário que apresenta contornos de caos. São locais onde miséria, abandono e violência já não buscam mais se esconder da percepção alheia.

Assim, Eduardo Bittar (2009, p. 218-219) traduz a tônica social do país:

O Brasil é um país que se ergue sobre um processo de modernidade incompleto, cujas consequências tem sido lentamente percebidas e vividas pela sociedade. Por isso, nesta realidade, que historicamente nasce como lugar colonial e expressão do expansionismo mercantil europeu, vive-se, a um só tempo, pré-modernidade (pense-se nas comunidades de pescadores da Amazônia), modernidade (pense-se no crescimento e no desenvolvimento tecnológicos que agora aportam em certas cidades brasileiras) e pós-modernidade (pense-se em metropolizações e conturbações urbanas dos grandes centros populacionais brasileiros). [...] na realidade brasileira deve-se também ter em consideração que a pós-modernidade não é um fenômeno homogêneo nas dimensões continentais brasileiras. De norte a sul, de leste a oeste, não se pode falar em homogeneidade na condução de políticas públicas, na aplicação da legislação, no desenvolvimento de atividades sociais etc., uma vez que o regionalismo é um dado forte na divisão econômica, cultural e social da República Federativa do Brasil.

O caso brasileiro é único, provavelmente um dos mais simbólicos da pós-modernidade. A multiplicidade dos problemas nacionais desafia qualquer cientista social. O problema demanda, já em seu nascedouro, que o trabalho ocorra simultaneamente por duas frentes distintas: a primeira, que sejam encontradas soluções para os reclames populacionais, de modo que em todo o território nacional todos sejam atendidos igualmente; a segunda, que essa solução seja a mais propícia para as características daquela determina localidade, ou seja, entender que a existência um sistema hermético e padronizado poderá frustrar a eficiência da prestação dos serviços.

É o que pontua Bercovici (2003, p. 241-242):

O princípio da igualação das condições sociais de vida significa que os cidadãos das regiões menos desenvolvidas têm o direito de que o Estado providencie para eles a mesma qualidade de serviços públicos essenciais que usufruem os cidadãos das regiões mais desenvolvidas. O que se quer evitar é que a população seja penalizada por habitar em um ou outro ente da Federação. Para tanto, União e entes federados devem atuar conjuntamente para assegurarem a igualdade na prestação de serviços públicos essenciais a todos os brasileiros. A igualdade dos cidadãos em

relação à prestação de serviços públicos, quanto à igualdade da capacidade de todos os membros da Federação na prestação destes mesmos serviços.

Uma política estéril é manifestamente ineficaz. A falta de compromisso com o atendimento das responsabilidades públicas assumidas ao se tornar governo fere a identidade e a razão de ser do Estado. De promotor da tolerância e da solidariedade social, este passa a se comportar de forma indiferente e desengajada, brecha que pode levar à violação dos direitos humanos e da justiça como um todo.

Como afirma Zygmunt Bauman (1998, p. 82):

Não é preciso mencionar que o problema da justiça não pode ser sequer postulado a menos que já haja um regime democrático de tolerância que assegure, em sua constituição e prática política, os “direitos humanos” – ou seja, o direito a conservar a própria identidade e singularidade sem risco de perseguição. Essa tolerância é uma condição necessária a toda a justiça. O ponto principal, porém, é que não é a sua condição suficiente. Por si mesmo, o regime democrático não promove (e muito menos assegura) a transformação da tolerância sem solidariedade – ou seja, o reconhecimento da penúria e sofrimentos de outras pessoas como responsabilidade própria de alguém, e o alívio, assim como, subsequentemente, a eliminação da penúria como a tarefa própria de alguém. Na maioria das vezes, dada a atual configuração do mecanismo político, os regimes democráticos interpretam tolerância como empedernimento e indiferença.

Há um componente espiritual, não transcendental, mas consciente, inerente ao Estado. Este não é mera estrutura, fria, insensível. É, na verdade, a conjugação de esforços, ideais, necessidades e desejos. Da humanidade para a humanidade.

Assim, o anseio pela justiça é a força responsável por criar a democracia, de modo que não é a democracia responsável por criar a justiça, mas sim de servir como instrumento que possibilite sua atuação. Os direitos são mecanismos que orbitam em torno do centro chamado “ser humano”.

3.4 O Advento do Discurso Sobre a Dignidade Humana

Após uma luta secular, o direito alcançou, na pós-modernidade, a sua principal razão e também o seu maior legado: a plena consciência de que existe exclusivamente para a busca e a efetivação da dignidade humana.

Como expõe Castanheira Neves (2002, p. 49): “O homem-pessoa e a sua dignidade é o pressuposto decisivo, o valor fundamental e o fim último que preenche a inteligibilidade do mundo humano do nosso tempo”. Assim, torna-se um princípio praticamente incontestável, apesar das disparidades entre as culturas e ordenamentos jurídicos ao redor do mundo.

Diz Eduardo Bittar (2009, p. 299-300):

Desprovida de universalismos, hodiernamente, a palavra dignidade (*dignitas* – latim) parece corresponder a um importante foco, e, portanto, a um importante centro convergente de ideias e preocupações sociais, em meio às dispersões pós-modernas, onde o destaque dado reitera a importância da conquista histórica dos direitos fundamentais. Pensar na perspectiva que se amplia para o século XXI é pensar no fato de que a dignidade passa a recuperar seu valor, seu sentido, recompondo-se para fazer parte do discurso jurídico do milênio que irrompe já marcado por inúmeras violações aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Deste modo, não se trata de uma norma universal, homogênea, única para todos os povos, mas sim de um caminho possível de ser trilhado. Uma explicação plausível em meio à pluralidade de discursos típica do ambiente contemporâneo. Acima de tudo, útil para desmascarar práticas injustas e estruturas arcaicas do direito e da política.

A qualidade inerente à dignidade humana influencia a construção normativa atual, a ponto de alterar a atuação dos três poderes, suas funções típicas e atípicas, para que estes venham a convergir seus esforços no sentido de realizarem os direitos fundamentais. O cumprimento ou não de tal princípio é capaz de formar provar o governo e dizer se este é legítimo ou não.

Entende Felipe (1996, p. 100):

A dignidade é o fim. A juridicidade da norma positiva consiste em se poder reconhecer que, tendencialmente, ela se põe para esse fim. E se não se põe, não é legítima. A razão jurídica se resolve em uma determinada condição humana em que cada indivíduo é, para a humanidade, o que uma hora é para o tempo: parte universal e concreta do todo indissolúvel.

Assim, é primordial o estudo apurado e a observância correta do instituto da dignidade humana por parte do Estado, sob pena de este ser encontrado longe dos objetivos que o diferenciam das formas privadas de poder e ser superado por valores e juízos a ele atípicos.

Para tanto, Eduardo Bittar (2009, p. 302) apresenta três características da dignidade humana, sendo a primeira o entendimento que “só há dignidade, portanto, quando a própria condição humana é entendida, compreendida e respeitada, em suas diversas dimensões, o que impõe, necessariamente, a expansão da consciência ética como prática diuturna de respeito à pessoa humana”.

O objeto da dignidade é o ser humano em sua plenitude. Suas manifestações e formas de expressão se diferem de todas as demais criaturas terrestres. Acreditar e ver a si mesmo e ao outro como *sapiens*, ou seja, como um ser que existe e que sabe que existe, por si só demanda a criação de um ambiente ético distinto daquele comandado pela lógica da natureza.

Dessa forma, a preocupação para com a pessoa não se restringe ao seu físico, mas abrange também o seu conforto psicológico, razão pela qual se tornam intoleráveis práticas e comportamentos de preconceito racial, social, de gênero, orientação sexual, bem como aos que visem frustrar sua liberdade de expressão. É o ônus da tolerância, que não existe na ética da natureza, capaz de gerar o bônus da conscientização social, só possível na ética humana.

A segunda característica, para Bittar (2009, p. 304):

Dignidade da pessoa humana é expressão de amplo alcance, que reúne em seu bojo todo o espectro dos direitos humanos (que são tratados no âmbito privado como direitos da personalidade), que se esparge por diversas dimensões alcançando: relações de consumo; prestação de serviços essenciais pelo Estado; cumprimento de políticas públicas; atendimento de necessidades sociais; construção da justiça social; política legislativa; moralidade administrativa; políticas econômicas e de destruição de

recursos; políticas previdenciárias; políticas educacionais; políticas urbanas e rurais; políticas penitenciárias.

A dignidade da pessoa humana é completa. Não se restringe à relação entre os homens, mas abrange também a relação destes com o Estado. Além disso, em seu viés jurídico, não trata de termos ou áreas específicas deste, mas sim de sua totalidade. Seja no direito da criança e do adolescente ao ensino regular e de qualidade, seja, em outro pólo, nas formas de tratamento de figuras até então inéditas como a dos crimes digitais.

Por fim, a terceira e última característica para Bittar (2009, p. 305):

É ela a meta social de qualquer ordenamento que vise a alcançar e fornecer, por meio de estruturas jurídico-político-sociais, a plena satisfação de necessidades físicas, morais, psíquicas e espirituais da pessoa humana. No entanto, a dignidade humana atendida significa não propriamente a satisfação de querências individuais (ou idiosincrasias), mas de um *minimum* exigível socialmente, capaz, por seus recursos, meios e técnicas, de alcançar justiça social.

Desse modo, a dignidade humana não é afeita a elucubrações e a abstrações que buscam o ideal de um mundo perfeito. Também não se destina à satisfação de luxos e caprichos de uma minoria abastada. Na verdade, aponta para o alcance de um denominador comum de justiça social. Por políticas transformadoras de realidades desumanas.

Sobram estruturas desalinhadas em relação à ética da dignidade, ou seja, inúteis e ineficazes. A pós-modernidade chama o direito a se encontrar com seu objetivo. A prestar o seu serviço maior: garantir humanidade ao homem.

4 A ERA DO DIREITO CONCILIATÓRIO

Como visto anteriormente, o direito da modernidade foi marcado pela rigidez e pelo absolutismo dos arquétipos positivistas, oriundos da metanarrativa e da abstração racional, que visavam encontrar a norma universal para a humanidade. Essa personalidade foi a responsável pela criação de um aparato estatal forte, coercitivo e sancionador, que influenciou a política, a economia, a cultura e a sociedade ocidental como um todo.

No século XX, em decorrência das diversas guerras e distúrbios sociais ao redor do mundo, esse modelo se tornou falido. Legou um mundo dividido em camadas sociais, com desigualdades e com um anseio crescente pela efetivação da dignidade humana.

Eis a pós-modernidade. Plural em seus discursos, necessidades e metas, e sob a égide de uma estrutura jurídica e política injusta, arcaica e ineficaz. É o que entende Simone Goyard-Fabre (1999, p. 214):

Assim como o piloto em seu navio deve estar atento à menor variação dos ventos e das correntezas para manter o rumo, assim também os homens que governam homens devem saber que a rigidez e a imutabilidade de uma política são os caminhos para seu fracasso e, em consequência, que é indispensável, para governar, avaliar a pressão das circunstâncias.

Continua Goyard-Fabre (1999, p. 339):

Mesmo que se tenha de admitir que, no plano mundial, sua realização padeça não somente das insuficiências de um poder jurisdicional porém, ainda mais, da pobreza dos meios de que dispõem as instituições internacionais para sancionar as falhas que, no entanto, constata e condenam, o mérito do Estado DE direito poderia ser o de ter instituído, na maioria dos Estados ocidentais, uma garantia constitucional dos direitos e liberdades fundamentais. [...] Nunca será demais que cabe à positividade da lei e do direito objetivo conferir aos direitos do indivíduo sua dimensão jurídica e mediatizar assim a efetividades deles, ou seja, a produção dos efeitos jurídicos vinculados a eles.

É inegável a contribuição modernista e iluminista para a humanidade. Todavia, esse sistema destoa daquilo que a pós-modernidade exige. É insuficiente e elitizada para um era de caos e de massas. Tal dificuldade é facilmente averiguada ao observar-se o comportamento do Estado contemporâneo em face dos problemas sociais. Ao invés de mudanças substanciais, este catalisa políticas já existentes, se enrijece com mais dos mesmos métodos antigos.

Comenta Faria (1988, p. 97):

Todavia, em virtude das próprias contradições da sociedade de classes, o alto ritmo de mutabilidade de suas normas gera aquela situação paradoxal vista ao final do capítulo anterior: embora legalmente ninguém possa escusar-se do descumprimento das obrigações normativas, alegando não conhecê-las, na prática o homem comum deixa de saber como agir como tal, incapaz de produzir certeza jurídica e segurança de expectativas. Para compensar essa incerteza e essa insegurança, o homem comum passa a observar como o Estado se comporta através de suas múltiplas agências burocráticas, para, a partir desse aprendizado, saber o que dele se pode esperar.

Dentre os mecanismos escolhidos, o Estado se volta para o poder legiferante, aprovando um número recorde de leis e textos normativos, na tentativa de regular situações jurídicas específicas, não administradas pelos demais poderes com o arcabouço legal já existente, o que comprova a ineficiência destes órgãos. A necessidade de compreensão do cenário atual leva à busca por métodos e políticas alternativas, inclusive, aponta para uma reestruturação do Poder Judiciário.

4.1 A Crise do Poder Judiciário

A crise do direito, como era de se esperar, também atingiu o Poder Judiciário. A massificação das políticas de Estado e dos problemas sociais oneraram os órgãos judicantes, acrescentando-lhes o dever de assistirem a todas as pessoas, de forma irrestrita. Até então, na prática, o acesso à justiça era o desejo de muitos e o privilégio de poucos.

O século XX, e talvez seja esse o ponto, exigiu que os benefícios e garantias da modernidade fossem oferecidos em larga escala. Contudo, estes, quando de sua criação, apesar do espírito universalista contido no discurso de seus idealizadores, tinham por objetivo servirem a uma classe específica. Era a visão de mundo de alguns aplicada a todos indistintamente, ou seja, de modo desigual.

Princípios processuais como a ampla defesa, o devido processo legal e a imparcialidade do juízo são sobrepajados pela práxis forense, cuja composição física não consegue absorver a demanda de ações propostas. A isso, soma-se o desafio trazido pelos constantes fenômenos jurídicos e sociais a pressionar o judiciário por respostas e sentenças solucionadoras, que substituam a inércia dos demais poderes, o que abriu espaço ao “ativismo judicial”.

Para Eduardo Bittar (2009, p. 306):

Sem dúvida nenhuma, o termômetro da erosão maior de um sistema jurídico é o próprio Poder Judiciário. Isso se deve ao fato de se tratar do Poder incumbido de exercer o importante *múnus* da decidibilidade, concretizando as normas abstratamente previstas pelo ordenamento, convertendo-as em normas individuais, que atendem a demandas reais e históricas nas quais agentes sociais se encontravam envolvidos. Mais que isso, o Poder Judiciário é aquele que mais se vê acossado pela enormidade dos problemas sociais brasileiros, por ser constantemente instigado a decidir conflitos de natureza social, que deveriam ser tratados e implementados politicamente (*a priori*), e não jurisdicionalmente (*a posteriori*), diga-se de passagem, lidando com questões dessa natureza dentro de uma cultura liberal, de conflitos individuais, de demandas de interesse privado, sem aparelhamento e/ou preparo devidos, bem como dentro de um sistema engessado por formalismos e procedimentos processuais incapazes de satisfazer a questões de dimensão difusa e/ou coletiva.

De certo modo, os tribunais arcam com as escolhas e com os erros que ocorrem na esfera política. A aprovação de um projeto de lei mal construído, por exemplo, pode gerar fatos e expectativas de direitos até que seja posteriormente considerado inconstitucional, se assim acontecer. Consequentemente, a sentença que julgue os casos desse lapso temporal terá necessariamente que abordar a delicada questão da modulação de seus efeitos sobre os atos praticados durante a vigência da determinada lei, o que, por mais que se tenha o maior dos cuidados, sempre desestabiliza a ordem jurídica e leva a uma sensação de injustiça.

Os atos praticados pelo Poder Executivo, do mesmo modo, podem sobrecarregar o Poder Judiciário. Por exemplo, ao conferir licenças ambientais para a construção de hidroelétricas em áreas de proteção, ou que já são habitadas, que exijam a movimentação de espécimes nativas da fauna e da flora local, bem como o rápido julgamento e a provisão de indenizações à população dali retirada.

Além disso, a rigidez técnica engessante peculiar a essa instituição atrasa provimentos judiciais e a possibilidade de rápida solução dos litígios. É o que entende Adorno (2006, p. 9): “A racionalidade técnica hoje é a racionalidade da própria dominação, é o caráter repressivo da sociedade que se auto-aliena”. Há que se entender: quando a justiça tarda ela falha.

Nesse diapasão, elucida Edmundo Lima de Arruda Júnior (1993, p. 47):

Já presente e observável no senso comum, qual seja, as situações de crise, envolvendo em última instância a justiça, ainda que, de forma mais específica e restrita, vinculadas a seu corpo materializador, o Poder Judiciário. Já não se trata de discussão acadêmica, mas de tópicos presentes no senso comum, tais quais: divórcio entre direito e lei; não acesso à justiça pela maior parte da população; explosão de litigiosidade; congestionamento do Poder Judiciário com burocratização e corrupção do mesmo; percepção da quebra de mitos, da neutralidade e imparcialidade, seja do poder como dos magistrados que os corporificam.

Dentre os vários problemas que compõem a crise do Poder Judiciário, chamam a atenção as questões atinentes ao excessivo aumento da litigiosidade e à necessidade de mudança no comportamento e nas atribuições da figura do juiz na resolução da lide, que serão expostas adiante.

4.1.1 O aumento da litigiosidade nos tribunais

Destaca-se na rotina atual do Poder Judiciário o expressivo número de processos em trâmite em seus diversos ramos e graus de jurisdição. O final do século XX foi profícuo na produção de estudos e de políticas sobre o acesso à

justiça. Como resultado, classes sociais até então receosas de estarem face a face com o juiz passaram a recorrer aos serviços e garantias oferecidos pelos órgãos judicantes.

Ao mesmo tempo, criou-se um “espírito litigante” no ambiente processual, de modo que este passou a ser desvirtuado de sua utilidade habitual e a servir como mecanismo de pressão entre as partes envolvidas. Situações fúteis e irrisórias da vida se transformam em querelas absurdas, que se prolongam no tempo; cuja solução não reside naquilo que a sentença possa expressar, mas sim na capacidade dos envolvidos de dialogarem e de encontrarem por si mesmos a harmonia necessária que viabilize a sua convivência.

É o que observa Eduardo Bittar (2009, p. 243):

Forte desenvolvimento de uma cultura de litigiosidade jurídica e exploração do aspecto contencioso do direito que o torna meio de agressão ou violência simbólica, em face de uma cultura da arbitragem ainda pequena e insignificante diante da grande enxurrada de demandas recebidas diariamente pelo Poder Judiciário: a proliferação de um uso do direito como um exercício de agressão (ainda que simbólica), desvia, naturalmente, sua finalidade precípua, além de torná-lo um argumento de autoridade e pressão, ou seja, mais um instrumento de efetiva subjugação daquele que é desconhecedor dos trâmites jurídicos ou daquele contra quem se quer ver inflingido um mal vingativo nas negociações ou nas relações sócio-humanas mais corriqueiras (Não é incomum escutarem-se as seguintes frases: 'Eu vou te processar e complicar tua vida!'; 'Cuidado, porque eu te processo e te enrolo com a justiça!'), manifestando-se em diversos níveis de agressão, [...] deixando o ordenamento de representar uma forma de garantia de direitos para tornar-se um argumento a mais favorável ao arbítrio pessoal.

Além disso, o próprio comportamento das partes no decorrer do processo coopera para a intensificação da crise. Casos que poderiam ser concluídos por processos administrativos ou aqueles passíveis de resolução, por exemplo, pelo rito sumaríssimo, não se utilizam dessa via alternativa.

Em ampla análise da litigiosidade e da morosidade no sistema judiciário brasileiro, Daniela Monteiro Gabbay e Luciana Gross Cunha (2012, p. 153-155) auferiram que, por vezes, as causas são levadas diretamente à apreciação do Poder Judiciário:

Nos casos estudados, o tratamento administrativo dos conflitos – que se poderia entender como um exemplo de filtro pré-processual, não tem evitado que a demanda seja lavada ao Judiciário. O exaurimento da instância administrativa e a tentativa de prévia solução pela via extrajudicial (v.g, SAC, Ouvidoria dos Bancos, PROCON, INSS) não são obrigatórias e, em muitos casos, observou-se o acionamento direto do Poder Judiciário. [...] Também houve bastante divergência sobre o papel que deve desempenhar o Poder Judiciário na sociedade brasileira. A diversificação das suas funções parece evidente: não se identifica mais apenas como o órgão julgador de conflitos de interesses através da aplicação da lei. A crise da Justiça e do processo lhe tem imposto funções de gestão, legitimação dos mecanismos alternativos de resolução de conflito, elaboração de políticas de redução de demandas judiciais, de cooperação interinstitucional com órgãos da Administração Pública e instituições privadas ligadas aos grandes litígios etc. Internamente, os órgãos de cúpula do Judiciário têm assumido a centralização e padronização de julgamentos considerados mais relevantes, em detrimento e com a limitação da atividade jurisdicional de base.

Dessa forma, a própria organização do Judiciário fica prejudicada. Surgem dificuldades na divisão das competências jurídicas; no estabelecimento de uma escala de prioridade entre as causas; a necessidade de especialização da justiça; e a necessidade de atuação conjunta dos órgãos governamentais para a dinamização do rito processual.

A busca de formas alternativas para a solução de litígios, então, surge como um horizonte possível e desejável, carregado pela celeridade e leveza típicas de um ambiente extrajudicial, em contraste à atmosfera de confronto característica dos fóruns de justiça.

Desse modo, entende Bittar (2009, p. 244):

Falta de uma cultura de solução alternativa de litígios: a carência de alternativas para a solução de litígios fora da justiça formal, a partir de meios como a conciliação, a negociação, a arbitragem, despejam diariamente volumes exorbitantes de lides nas barras dos tribunais, conflitos que remanescem latentes na medida em que sua satisfação plena é dificilmente possível (ganho de causa, perda da causa, ganho parcial e perda parcial), e, quando possível, demorada e custosa.

Um dos elementos da crise do Poder Judiciário, a litigiosidade se porta como barreira à instrumentalização da justiça e impede que esta seja plenamente acessível, impregnando a experiência processual. Formas alternativas como a conciliação, os procedimentos pré-processuais e os processos administrativos são opções atuais e habilitadas para aliviar a carga atribuída aos órgãos jurisdicionais.

A estrutura e o modelo jurídico, bem como o comportamento dos usuários desse sistema, interferem na dinâmica e no ritmo dos trabalhos e, porque não dizer, na própria qualidade dos serviços oferecidos e das soluções encontradas.

4.1.2 A importância da figura do juiz para a solução de conflitos

Além da forma como se vê e se utiliza o processo, outro fator que contribui para o acirramento da crise do Poder Judiciário é a formação humana e jurídica dos juízes que compõem os quadros dos tribunais brasileiros. Antes mesmo de exercerem a magistratura, ainda na universidade, os operadores do direito são carregados pelo formalismo legal do aprendizado positivista, de modo que se tornam frios àquilo que está ao redor do caso jurídico.

Antes de tudo, o fato jurídico é um fato social. Deve ser compreendido como o resultado de uma totalidade de fenômenos. O diálogo entre diferentes culturas e épocas, aspectos ambientais, sociais, psicológicos, concatenados na figura de um conflito.

A formação do jurista, e porque não dizer da própria norma, deve ser rica na capacidade de discernimento acerca de conjunturas não compreendidas pela legalidade em si. O estudo mais apurado de disciplinas como a filosofia e a sociologia jurídica é elementar na construção de indivíduos que vejam o direito e a carreira jurídica como a prestação de um serviço público essencial ao Estado democrático. É o que elucida Faria (1998, p. 27):

Ao forjar uma mentalidade legalista em flagrante contradição com a realidade sócio-econômica, os cursos jurídicos condenam os estudantes de hoje – portanto, os juízes, promotores e advogados, de amanhã – a uma (in)formação burocrática, incapaz de perceber as razões dos conflitos sociais.

De forma complementar, Perelman (1996, p. 513) destaca a importância e a necessidade de que a justiça seja avaliada pela ótica do raciocínio humano:

Com efeito, o juiz não é autômato: concede-se-lhe um poder de apreciação, condição de seu poder de decisão. A qualidade que se exige dele é ter discernimento, ou seja, ser capaz de apreciar os diferentes aspectos de um problema, de pesar o pró e o contra. Se a justiça pudesse dispensar o julgamento, se se pudesse mecanizá-la, as máquinas poderiam dizer o direito de uma forma muito mais rápida e muito menos onerosa do que o homem. Mas as máquinas não têm discernimento, sendo por isso que, em todas as situações delicadas, o recurso ao juiz é indispensável.

Ponderação é o atributo humano essencial ao juiz. O comportamento humano é de certo modo imprevisível, razão pela qual a lógica hermética e mecanicista é incapaz de entendê-lo; muito menos de respondê-lo. A justiça se caracteriza pela busca do denominador comum de cada causa. O direito renasce a cada novo conflito.

O juiz deve considerar e aplicar as experiências adquiridas ao longo da carreira, e não eventuais preconceitos ou teoremas construídos com o tempo. O ineditismo é inerente a essa função, bem como deve ser o desprendimento do operador do direito em face da possibilidade de ter que reavaliar seu conhecimento e seu posicionamento jurídico.

Para Eduardo Bittar (2009, p. 322-323):

O juiz, nesse modelo, pode ser identificado como sendo a *justiça animada*. E isso, de fato, porque o juiz é o responsável pela aplicação da justiça corretiva. Se as partes se desigualam, cumpre ao juiz restabelecer a igualdade. Por isso, a simbologia fundamental da magistratura reside na balança com o reto (*rectum*) em posição ereta. Justiça reclama ponderação, e não mecanicismo. O juiz representa a imparcial e equidistante personificação da justiça (grego, *dikaion émpsychon*). É mediador, pois representa uma mediedade, um termo medianeiro entre dois interesses opostos. O humanismo que se requer em sua formação não é algo que se exige desmotivadamente, pois a lógica da atividade julgadora é uma lógica humanista e do razoável, com apelo para a prudência e para a capacidade de adequação de plúrimos fatores; o juiz preparado mnemonicamente para aplicar leis não é, certamente, o melhor perfil de profissional para o exercício dessa lógica.

Entretanto, há aqueles que não admitem a mudança. Apegam-se a paradigmas e ao grau de conforto conferido pela função que ocupam e se afastam do mundo como um todo, longe do verdadeiro nascedouro do direito: a sociedade. Tornam-se alienados sociais.

Dentre os motivos para isso, está o uso indiscriminado da formalidade judicial, apoiado em estruturas arcaicas como a divinização da figura do juiz e a pompa e o esplendor do ambiente forense, que, ao invés de respeito e ordem, resulta em receio e desconforto para as pessoas em geral.

Segundo Azevedo (1989, p. 21):

Às teimosas investidas de um mundo em vertiginosa mutação, às crises sociais sucessivas, ao clamor da vida que reclama nova configuração político-jurídica, inspirada pela ética da solidariedade em um universo cada vez mais interdependente, os juristas respondem com o refinamento de suas técnicas analítico-descritivas, encarando o drama humano com o óculo de um aparato conceitual que lhes garante um confortável afastamento do campo de luta.

O resultado desse retrato do Poder Judiciário e do exercício da magistratura é a queda na qualidade da prestação jurisdicional e, conseqüentemente, na efetivação dos princípios constitucionais outrora expostos, como o devido processo legal.

A parte propõe a demanda cheia de reservas quanto à viabilidade da causa. Menos por conta de seu conteúdo, mais em razão da incerteza de que a sentença proferida ao final do processo fará justiça. Sabe que o seu caso, motivo de temores e anseios, será apenas mais um volume da alta carga de trabalho que aguarda pela rápida e fria apreciação do magistrado.

Os próprios advogados e defensores, conscientes de que ao juiz cabe o dever de ser altamente produtivo, e que isso significa número de casos resolvidos, descreem do poderio de sua argumentação e se contentam em garantir o óbvio. Não vislumbram a possibilidade de inovação na defesa do direito, de modo que muitos direitos acabam por não serem defendidos.

Acrescenta Sales (2003, p. 64-65):

É quase impossível proferir sentenças de qualidade dos serviços prestados à comunidade, quer pela morosidade na tramitação dos processos, quer pela precariedade do atendimento às partes litigantes e aos seus advogados, quer pela sobrecarga de trabalho para os juízes encarregados de julgar ou instruir um excessivo número de processos. [...] Essa distância do Poder Judiciário em relação às partes ocorre principalmente com pessoas hipossuficientes, que não podem custear advogados bem qualificados que insistam em ouvir as partes e as orientem na verificação de todos os problemas inseridos naquela questão; advogados que insistam com os juízes por uma reflexão mais apurada do caso, explicitando que “há muito mais no mundo do que está nos autos”.

O ofício da magistratura é desafiador ao ser humano. Julgar o outro, decidir a vida e os caminhos deste, ao mesmo tempo em que pode significar uma fascinante imagem de poder, pode transtornar a consciência desse servo da sociedade, que, antes de tudo, é parte dela.

Além disso, como tratado anteriormente, ao juiz incumbe averiguar fatores extralegais, conjugando-os aos procedimentos do raciocínio jurídico, que também são atributos garantidores e promotores da justiça. Dessa forma, se traduz em um ofício diligente e interdisciplinar, como bem elucida Piero Calamandrei (2003, p. 17):

Julgar sempre foi a função mais árdua a que os homens podem ser chamados; talvez uma função demasiadamente onerosa para a fragilidade humana. Mas, hoje, a esta inevitável intromissão em todo juízo de inconscientes elementos sentimentais de ordem individual somam-se (e nisto sobretudo consiste a crise atual) fatores sentimentais de inspiração coletiva e social, que tratam de conciliar as leis da lógica com as exigências irracionais da política.

O juiz não deve, por si só, ser o responsável por toda a prestação jurisdicional, sob pena de esta se constituir em uma atribuição desumana e impossível de ser satisfatoriamente exercida, o que pode resultar em serviços mal executados e até mesmo em afronta às garantias e aos direitos fundamentais.

Alternativas intra e extraprocessuais não são mais mera perspectiva, mas sim uma necessidade evocada pelo próprio sistema jurídico. Os atuais parâmetros de solução de litígios não coadunam e não contribuem para a coesão e a pacificação social.

Mais do que a própria estrutura processual, há de se mudar a consciência que impera na sociedade, que vê a justiça como arma e o outro como adversário. Entender o direito como uma vitória humana e não como uma apropriação individual ou pessoal é o fator decisivo para a eficiência das políticas públicas como um todo. Vigem a necessidade de coexistência; a era do “direito conciliatório”.

4.2 A Visão Conciliatória do Direito

Os últimos séculos foram frutíferos no que tange à conceituação e à busca por mecanismos de efetivação dos direitos ditos fundamentais. Nunca antes o discurso humano esteve tão voltado para o objetivo de acabar com a selvageria social e política marcante em toda a sua história.

Criaram-se instrumentos nacionais e internacionais para a garantia e a aplicação de direitos de modo universal. As constituições se tornaram diretrizes sociais e humanas, ao preverem, inclusive, a forma de organização e atuação do Estado, e de lhe atribuir a responsabilidade por concretizar a norma e o “espírito dos povos”.

Entretanto, e talvez seja essa a razão, nesse mesmo período, o homem devastou o planeta. Foi autor de massacres contra a natureza e contra o próprio si mesmo. Ameaçou o mundo através da promoção do terror e do estresse social.

O indivíduo perdeu a esperança e passou a desconfiar de tudo e de todos. Tornou-se cada vez mais individualista. Com o fim de sua inocência, assumiu um posicionamento de resguardo e enfrentamento, de forma que já não inova ou contribui socialmente, apenas exige o direito, por considerá-lo sua propriedade.

Deste modo, conclui-se o retrato da catástrofe humana e pós-moderna. Com tons de exigência e desconsideração, além de contornos de insustentabilidade, ausente de qualquer horizonte de solução, o direito portou-se demasiadamente

impositor, ao aumentar o leque de normas fundamentais, mas pouco efetivador, ao não produzir os meios necessários para que estas fossem sentidas pela sociedade de forma substancial.

O inchaço do ordenamento jurídico gerou uma crise interpretativa, bem como a difusão de várias correntes doutrinárias. Em inúmeros casos, as circunstâncias do próprio conflito definem o sentido da sentença, e não direito em si. Mais uma vez fica demonstrada a incapacidade da modernidade ao não ter conseguido eliminar ambivalências e nem gerar consensos.

Assim, para Bauman (1999, p. 9):

A ambivalência, possibilidade de conferir a um objeto ou evento mais de uma categoria, é uma desordem específica da linguagem, uma falha da função nomeadora (segregadora) que a linguagem deve desempenhar. O principal sintoma de desordem é o agudo desconforto que sentimos quando somos incapazes de ler adequadamente a situação e optar entre ações alternativas.

Que o direito é uma ciência interpretativa sua própria natureza, argumentativa, o diz. Entretanto, o progresso normativo levou o homem, e o sistema jurídico como um todo, a um patamar em que o ato de decidir parecer ser injusto. Por mais profunda que seja a reflexão acerca do caso e dos direitos em jogo, a sentença parece não ser capaz de por fim ao conflito e de trazer a paz; de aplacar o ímpeto das partes.

Enquanto há processos em que a lesão ou o perigo de lesão a determinado bem jurídico está claro, em outros há o receio de que a sentença venha a ser a precisa causadora da ofensa ao direito. São casos para os quais ordenamento jurídico não pontua qual é a tradução que deseja. Não se trata de mero conflito de normas, mas do direito consigo mesmo.

Para Simone Goyard-Fabre (1999, p. 347-348):

Assim enunciado, o dilema parece simples. Na realidade, é muito problemático. Qual deve ser o estatuto jurídico de sujeitos como o pródigo, o alienado mental, o imigrante? Que acontece com o embrião, o taxicômano, o doente em estado de coma terminal? Se considerarmos que a determinação jurídica deles é apenas questão de qualificação e não abrange nenhuma realidade ontológica, não será necessário admitir que é

difícil, no caso, descartar sempre motivos éticos e juízos de valor e que, de qualquer forma, a autonomia da vontade, portanto, a responsabilidade e a capacidade de imputação são essenciais ao reconhecimento do sujeito de direito? Em consequência, os “direitos subjetivos” de que o Estado DE direito se faz garante e defensor – a liberdade de fazer ou não fazer, o direito à imagem, a capacidade de contratar obrigações, os direitos patrimoniais etc. – só têm sentido e consistência se mediatizados pelo conceito de “pessoa jurídica” na medida em que é inserido numa ordem jurídica que o determinou como tal.

Principalmente no que tange a assuntos polêmicos e de repercussão nacional, a solução não salta aos olhos do julgador, se é que existe de fato uma solução. Outras vezes, há de se admitir que ambas as partes tem razão, que o direito a ambas deveria contemplar e, porque não dizer, que não caberia ao Poder Judiciário a decisão sobre a questão, mas sim que se trata de um assunto político, econômico ou administrativo. As outras esferas do Estado são corresponsáveis na busca por meios e pelo saneamento das exigências de cada demanda.

Como exemplo, segue o seguinte caso: um indivíduo, de boa-fé, se apropria de um imóvel público, um barracão abandonado na zona rural de uma pequena cidade, utilizando-o como depósito para o lixo reciclável que recolhe diariamente, ofício do qual se ocupa. Vinte anos depois, o negócio prospera e o local agora abriga uma cooperativa de reciclagem, constituída por sua iniciativa, em parceria com outros colegas e famílias de catadores de lixo, e que gera trabalho e renda para estes. Entretanto, o município ingressa com uma ação de reintegração de posse do imóvel, com a alegação de que se trata de bem público, ou seja, não passível de usucapião.

É um caso complexo, com direitos e princípios constitucionais em conflito. Por um lado, bens públicos dominicais, apesar da existência de correntes doutrinárias que defendam o contrário, não são, por regra, usucapíveis, uma vez que se trata de um bem que pertence à coletividade, de modo que deve ser averiguado se há interesse público sobre este e definida, qual seja, sua melhor destinação.

Entretanto, os trabalhadores ali lotados, sujeitos de boa-fé, por si mesmos conferiram uma utilidade, uma função social ao bem, que se encontrava abandonado pelo descaso do município. Em sua defesa vige o direito constitucional ao trabalho e à renda e, por consequência, a efetivação do princípio da dignidade humana.

Não há de imediato uma solução plausível para o problema apresentado. Até porque se trata, na verdade, de uma falha na política de governo escolhida pelo Poder Executivo, que deveria ser o responsável, tanto para conferir uma destinação adequada ao bem público abandonado quanto para viabilizar e capacitar o exercício profissional daqueles trabalhadores.

Entende Warat (1999, p. 75-76):

Quando os juristas falam de conflito, o reduzem à figura do litígio, o que não é a mesma coisa. Quando se decide judicialmente, por meio de um litígio, considera-se normativamente os efeitos (principalmente sobre os interesses em disputa); desse modo o conflito pode ficar hibernando, retornando agravado em qualquer momento futuro.

Os mecanismos atuais para a solução de litígios não contemplam a questão como um todo, o que resulta em um alto grau de reincidência processual bem como no congestionamento do Poder Judiciário com as mesmas causas anteriormente apreciadas ou com outras destas derivadas.

Para Popper (1993, p. 308), “a exigência de objetividade científica torna inevitável que todo enunciado científico permaneça provisório para sempre”. Assim, é característica e necessidade própria do direito o fato de não ser imutável, mas o de acompanhar o ritmo das contínuas mudanças sociais.

Com isso, é inapropriado encerrar o ordenamento jurídico e, de forma mais específica, restringir a apreciação do direito material em conflito ao método do rito processual clássico. É o que entende Schnitman (1999, p. 17):

Nossa cultura privilegiou o paradigma ganhar-perder, que funciona como uma lógica determinista binária, na qual a disjunção e a simplificação limitam as opções possíveis. A discussão e o litígio – como métodos para resolver diferenças – dão origem a disputas nas quais usualmente uma parte termina ganhadora, e outra, perdedora. Essa forma de colocar as diferenças empobrece o espectro de soluções possíveis, dificulta a relação entre as pessoas envolvidas e gera custos econômicos, afetivos e relacionais.

Em contraponto à lógica vigente, Jürgen Habermas inova ao propor uma alteração no atual modelo de construção normativa, inaugurando a “era do

direito conciliatório”, baseada na comunicação entre direta entre o Estado e o indivíduo, de modo que a sociedade assume papel ativo nas decisões e nos rumos da nação, bem como contribui na formulação de um ordenamento jurídico que reflita as necessidades oriundas da interação entre os seres humanos.

Sobre Habermas, explica Sales (2003, p. 171):

A Teoria da Ação Comunicativa, de Jürgen Habermas (*Theorie des Kommunikativen Handelns*), procura um conceito comunicativo de razão e um novo entendimento da sociedade, ou seja, sociedade na qual os indivíduos participam ativamente das decisões individuais e coletivas conscientemente, ensejando-lhes a responsabilidade por suas decisões. Essa teoria entende o indivíduo como ente participativo que antes de agir avalia as possíveis consequências, tendo em vista, por exemplo, as normas e sanções apresentadas pelo ordenamento jurídico do país. Não age, portanto, automaticamente.

Mais do que uma visão de mundo, a ênfase conciliatória é fruto da necessidade pós-moderna de que existam mecanismos de diálogo entre os indivíduos e as instituições políticas, bem como locais de debate dos conflitos, além da busca por consenso e por soluções definitivas.

A falta de consenso, inclusive, só é uma marca da pós-modernidade em decorrência da falta de confiança nas instituições políticas e governamentais contemporâneas. Na verdade, a humanidade como um todo anseia por maior coesão e pela sistemática pacificação do ambiente social.

Nesse sentido, Habermas (2000, p. 381) explica que a aplicação de sua teoria resulta no “acordo obtido de maneira comunicacional, avaliado à luz do reconhecimento intersubjetivo das pretensões à validade, que torna possível a reticulação das interações e dos contextos procedentes do mundo vivido”.

A vantagem dessa teoria repousa na sua capacidade de leitura do mundo e da apreensão da realidade social diária *in locu*, de modo que é capaz de perceber e conceber estruturas mais úteis e funcionais ao ser humano. Conseqüentemente, atinge o direito, conferindo-lhe maior aceitabilidade, aplicabilidade e eficácia ao atuar na sociedade.

O resultado dessa nova lógica social e jurídica já pode ser notado nos mecanismos alternativos de solução dos conflitos, figuras recentes, mas

possibilidades reais para aliviar tão sobrecarregado Poder Judiciário, bem como para promover a efetivação da justiça.

4.2.1 A solução de conflitos através da conciliação, mediação e arbitragem

Os métodos alternativos de solução de conflitos têm assumido a responsabilidade e se destinado a aplacar a crise que vige nos órgãos judiciais. Ao mesmo tempo, sua contribuição social têm suscitado estudos mais aprofundados e revisões consideráveis da lógica jurídica e normativa como um todo, a fim de que se torne um sistema mais coerente como o momento histórico em que atua.

Quanto às características desses novos mecanismos, assim define Morais (1999, p. 107):

Mecanismos alternativos, entre os quais citam-se a mediação, a arbitragem, a negociação, a conciliação, colocam-se ao lado do tradicional processo judicial como uma opção que visa a descongestionar os tribunais e a reduzir o custo e a demora dos procedimentos; a estimular a participação da comunidade na resolução de conflitos e a facilitar o acesso à solução do conflito, já que, por vezes, muitos deles ficam sem solução porque as vias de obtenção são complicadas e custosas, e as partes não têm alternativas disponíveis, a não ser, quem sabe, recorrer à força.

Também contribui Ellen Gracie Northfleet (1994, p. 325):

O clima de informalidade e a confidencialidade das sessões favorecem o esclarecimento de situações que talvez não aflorassem na sala de audiências. O diálogo que se estabelece entre as partes é mais verdadeiro porque envolve a inteireza de suas razões e não apenas aquelas que poderiam ser deduzidas com forma e figura de júízo.

Dentre os métodos alternativos, está a conciliação. Basicamente, se trata da tentativa de acordo entre as partes em conflito, sobre a presença de um terceiro, o conciliador, encarregado de levá-las a um ponto em que consigam

encontrar um denominador comum que solucione a causa, sem, contudo, exercer um papel ativo. O objetivo é que estas se sintam satisfeitas e que a lide tenha célere e imediato fim. O sistema jurídico brasileiro positivou essa técnica através da Lei nº 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Estadual, e da Lei nº 10.259/01, responsável pela instituição desses mesmos tribunais na Justiça Federal.

De forma mais específica, diz Vezzulla (2001, p. 16):

A conciliação como técnica é de grande utilidade nos problemas que não envolvem relacionamento entre as partes, o que permite trabalhar sobre a apresentação superficial (verdade formal ou posição) para alcançar uma solução de compromisso sem repercussão especial no futuro de suas vidas.

Entretanto, a conciliação não deve ser confundida com a mediação, outro mecanismo de solução de litígios. Ambas visam à conclusão rápida e fácil dos conflitos. A mediação, contudo, tem como objetivo simultâneo o de restaurar a harmonia social. O mediador, neste caso, é a figura do terceiro que intervêm para auxiliar as partes a encontrarem a razão do problema e a agirem de modo solucionador.

É indicada para os casos em que as partes mantinham laços sociais estreitos, mas que foram quebrados em face da disputa. Assim, o mediador tem a função de levá-las a se desfazerem da imagem de adversárias, para que, além da solução do litígio propriamente dito, a relação entre elas seja reestabelecida e que não haja possibilidade de novos conflitos no futuro.

Assim entende Ponieman (1999, p. 126):

A sociedade tão hiperdinâmica requer imperiosamente um sistema jurídico e métodos de resolver controvérsias igualmente ágeis e atualizados e além disso idôneos para pacificar uma sociedade convulsionada. A mediação reaparece então não por acaso, mas porque está funcionalmente apta para tanto, pois contrariamente ao que ocorre nos casos dos litígios contribui para restaurar as relações e o necessário consenso de modo geral.

Além desses mecanismos, outro que tem ganhado força é o instituto da arbitragem, a seguir explicado por Sales (2003, p. 41-42):

A arbitragem, por sua vez, é um procedimento no qual as partes elegem um árbitro para solucionar as divergências. Na arbitragem, ao contrário da negociação e da mediação, as partes não possuem o poder de decisão, o qual se encontra a cargo do árbitro. [...] O árbitro é juiz de fato e de direito e a decisão arbitral não é sujeita a homologação ou passível de recurso no Poder Judiciário. O cumprimento da decisão é obrigatório. O árbitro deverá ser um técnico ou especialista no assunto em discussão para dar um parecer e decidir a controvérsia. Ao árbitro é atribuído o poder de um juiz de Direito e a sua decisão é Soberana.

A arbitragem consiste na nomeação pelas partes, em comum acordo, de um terceiro, o árbitro, para a solução do litígio entre elas existente. Este tem o poder de decidir a lide, ou seja, as partes não se apresentam para uma tentativa de acordo, mas sim para receberem a sua sentença, que tem a mesma força como se fosse emitida pelo Poder Judiciário, ou seja, é título executivo judicial, de cumprimento imediato.

A arbitragem é indicada, e tem se tornado comum, para a solução de conflitos contratuais, na seara civil; para resolver disputas entre países, no direito internacional; e para os litígios no âmbito do direito empresarial, onde o árbitro ou o foro arbitral é previamente escolhido pelas partes, constando em cláusula do contrato firmado entre as empresas.

A celeridade na solução dos conflitos, a possibilidade de restauração dos laços e da harmonia social, bem como a oportunidade de não adentrar ao rito e à dinâmica processual próprias do Poder Judiciário, tem feito desses mecanismos realidade cada vez mais presente e alternativa que se consolida definitivamente no sistema jurídico contemporâneo.

4.2.2 Mecanismos pré-processuais de solução de conflitos

Além dos métodos alternativos de solução de litígios, outros têm surgido como possibilidade de efetiva realização do direito, ainda que fora da alçada estatal propriamente dita.

São os mecanismos pré-processuais, criados pela atuação da própria sociedade, sem vínculos com o Estado, mas trabalhando em auxílio a este, de forma a dinamizar a promoção de políticas públicas de inclusão social e de favorecimento da presença jurídica em áreas de conflitos, dominadas pela miséria, pela violência criminal, etc.

A ideia é levar a justiça à periferia, que, na verdade, é centro onde nascem os conflitos mais substanciais, como comenta Alvim (1996, p. 177):

Ao lado da atividade jurisdicional e para supri-la, surgem formas parajudiciais ou parajurisdicionais de resolução de conflitos, através de organismos criados pela própria sociedade, com ou sem estímulo do Estado, que, mais que uma mera resolução de litígios, busca alcançar a pacificação do grupo social, pela pacificação dos litigantes. [...] desloca-se a administração da justiça do eixo do Estado para o das próprias comunidades onde emergem os conflitos, mais próximas dos contendores e que melhor sabem avaliar os males que provoca a discórdia entre os seus membros.

Um desses mecanismos pré-processuais é a assistência jurídica, oferecido pelo próprio Estado ou por órgãos privados. Destina-se à orientação e à conscientização jurídica, para que o indivíduo, sem condições de arcar com as custas de um advogado, possa realizar consultas e solucionar suas dúvidas sobre o assunto. Exemplo disso é o PROCON (Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor).

Para Grinover (2001, p. 245):

Uma assistência jurídica, que não é propriamente judiciária, mas é pré-processual, como orientação que o Estado deve propiciar, intervindo como mediador na solução pacífica dos conflitos e assim oferecendo alternativas ao processo. [...] abre-se um novo campo, a começar por essa tarefa de

orientação, mas podendo abranger institutos como a conciliação, por intermédio de canais institucionalizados, que podem ser públicos ou privados e que, se forem extrajudiciais, significam uma alternativa ao processo.

Desse modo, a pessoa se sente mais segura e amparada ao decidir pela propositura, ou não, de uma ação no Judiciário. Ao mesmo tempo, exerce um caráter preventivo ao impedir que situações menores se transformem em problemas e danos de grande monta, que posteriormente teriam de ser apreciadas pelo direito.

4.2.3 A resolução de demandas com base em precedentes jurisprudenciais

Apesar de não se tratar de um método alternativo de solução de conflitos, o uso de precedentes jurisprudenciais tem se tornado frequente nos tribunais brasileiros e resolvido processos dos diferentes ramos do direito.

Com raízes no direito romano e, assim, baseado na *civil law*, o sistema jurídico pátrio por longo tempo se manteve distante da ideia de concluir litígios com base em decisões pretéritas. O caso deveria ser decidido através do fundamento legal e da conformidade da argumentação ao ordenamento jurídico.

Não havia afeição aos costumes da sociedade e aos seus precedentes, típicos do sistema *common law* anglo-saxão, defendido por Burke, como comenta Simone Goyard-Fabre (1999, p. 373):

Burke não se limita, contudo, à análise de um estado de espírito que constituiria a diferença entre a Inglaterra insular e a Europa Continental. [...] Sempre acreditou na força das tradições veiculadas pela história das nações; atribui importância primordial ao papel dos costumes e dos precedentes e, como confere muito valor à jurisprudência, considera que as regras do direito, tanto público quanto privado, só têm eficiência pelo realismo prudente que os liga à experiência de cada povo. Tudo o mais é sofisma.

Entretanto, nas últimas décadas, o direito nacional e o estudo do processo deram margem a novas interpretações sobre a contribuição jurisprudencial para o progresso do sistema judiciário. A criação de súmulas das decisões dos tribunais superiores foi um marco, uma vez que o ordenamento passou a aceitar e a seguir a orientação dos órgãos máximos do Poder Judiciário, o que levou à pacificação de temas até então conflitantes.

De forma mais substancial, a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, alterou a Constituição Federal ao incluir o art. 103-A, a figura da súmula vinculante. Destina-se a afirmar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal que, após reiteradas decisões sobre uma matéria constitucional, decide-se por uma determinada interpretação, caso esta seja aprovada por ao menos dois terços de seus membros. O termo “vinculante” se deve ao fato de que, uma vez acolhido o posicionamento, este obriga os demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta a segui-lo.

Mesmo comportamento assumiu o legislador nacional ao alterar o Código de Processo Civil e incluir o art. 285-A, com a Lei nº 11.277, de 2006, que prevê julgamento de plano da ação que tiver por fundamento controvertido uma questão unicamente de direito, e para a qual já tiver sido proferida sentença de total improcedência em casos idênticos, naquele mesmo juízo. Outra vez o entendimento reiterado do Poder Judiciário foi consagrado como precedente válido e como norma jurídica.

É uma prática que beneficia todos os envolvidos na relação jurídica, segundo Araújo (2009, p. 177):

O julgamento de conflitos judiciais tem sido feito, cada vez mais, com um amparo firme em precedentes, e isso não ocorre apenas para beneficiar os jurisdicionados através da criação de uma mais densa segurança e certeza quanto ao desfecho de futuras decisões. A observância dos precedentes – é preciso frisar – também beneficia largamente o Estado. Esse modo de julgar traz, conforme avulta PATRÍCIA MELLO, maior eficiência para o sistema e *“provoca uma economia de tempo e de recursos, na medida em que torna desnecessária novas considerações acerca daquelas matérias que já restaram pacificadas”*. O Estado, portanto, e não somente o particular, também se beneficia quando cria um método decisório seguro, previsível e estável.

Continua Araújo (2009, p. 182), ao comentar Konrad Hesse:

A dinâmica de construção da jurisprudência garante a evolução do Direito. Conforme destaca KONRAD HESSE, o processo contínuo de decisões judiciais produz efeitos de organização, racionalização e estabilização, o que é uma característica similar à das normas legais.

A utilização de precedentes jurisprudenciais não pode, contudo, impedir inovações inerentes ao direito. Há casos cuja singularidade repousa em detalhes e que demandam maior atenção quanto à possibilidade ou não de aplicação do entendimento consagrado naquela Corte.

Entretanto, em face da proliferação de processos cujo direito já foi reiteradamente discutido pelos tribunais e decidido em sentido convergente, a jurisprudência exerce um papel de organização e de segurança jurídica, impedindo que o Poder Judiciário se prolongue na análise de questões já pacificadas, a fim de que este se concentre em conflitos de maior complexidade e cujo debate ainda se encontra acirrado.

4.3 Aplicações e Resultados dos Métodos Alternativos de Solução de Conflitos

Cabe salientar alguns resultados práticos já encontrados em determinados ramos do direito, decorrentes da implementação de métodos alternativos para a solução de litígios.

A começar pelo direito civil, talvez o braço mais avançado nesse quesito, Serpa (1999, p. 161) cita algumas possibilidades para a sua aplicação, como, por exemplo, no âmbito “comercial e civil, demandas envolvendo quebra de contratos; industrial e do trabalho; e de família, incluindo-se a separação de casais e divórcio; questões de vizinhança e comunitárias envolvendo questões de propriedade”, entre outros, que apresentam resultados satisfatórios.

Entretanto, não se trata de um rol ilimitado. Direitos indisponíveis, como os de personalidade, não são passíveis de negociação ou mesmo que se adentre a

um debate em que se possa cogitar que a parte deles disponha, ainda que em prol de um acordo que lhe seja, por exemplo, materialmente vantajoso.

Mas, em vista do envolvimento latente do direito civil com questões de cunho patrimonial, a transação lhe é algo comum, de modo que não há necessidade de discorrer acerca da sua possibilidade neste ramo jurídico. Mais importante é promovê-la no espírito dos litigantes, de forma a enxergarem a parte contrária não como adversária, mas como um sujeito de direitos.

Outro ramo que adentrou no estudo acerca da viabilidade desses mecanismos em sua práxis forense é o direito penal. Através dos conceitos da “Justiça Restaurativa”, o acusado é chamado a contribuir na reparação do dano que causou à vítima, como forma de favorecer sua reintegração social e em contraponto à falibilidade do sistema prisional brasileiro.

Para Ada Pellegrini Grinover (1996, p. 18):

O objetivo central da Justiça Criminal já não deve ser só a decisão (formalista) do caso, senão a busca de solução para os conflitos. [...] Em se tratando de infrações penais da competência dos juizados criminais, de ação privada ou pública incondicionada, a composição civil chega ao extremo de extinguir a punibilidade.

Dentre os efeitos resultantes dessa nova política punitiva, destaca Araújo (1999, p. 76-77):

Creemos firmemente nos Mecanismos Alternativos de Solução de Conflitos como ferramentas na busca da paz, sempre e quando encararmos como transformação cultural e não como mecanismos para descongestionar as Varas de Justiça do país. Além disso consideramos estes mecanismos como argumentos altamente eficazes na diminuição dos índices de violência no país.

Entende-se, dessa forma, que o sistema prisional não basta para solucionar o conflito ou para impedir a propagação da violência. Na verdade, o que se faz é ignorar o viés social inerente ao problema, uma vez que o criminoso se vê como alguém que foi injustiçado pelo Estado, de modo que não mais se preocupa caso reincida na prática delitiva.

Para Howard Zehr, os envolvidos no tratamento da questão delitiva devem trocar as lentes da justiça retributiva e olhar o crime sob a perspectiva da justiça restaurativa, numa análise abrangente das circunstâncias que envolvem o conflito.

Destaca Zehr (2008, p. 192):

O primeiro passo na justiça restaurativa é atender às necessidades imediatas, especialmente as da vítima. Depois disso a justiça restaurativa deveria buscar identificar necessidades e obrigações mais amplas. Para tanto o processo deverá, na medida do possível, colocar o poder e a responsabilidade nas mãos dos diretamente envolvidos: a vítima e o ofensor. Deve haver espaço também para o envolvimento da comunidade. Em segundo lugar, ela deve tratar do relacionamento vítima-ofensor facilitando sua interação e a troca de informações sobre o acontecido, sobre cada um dos envolvidos e sobre suas necessidades. Em terceiro lugar, ela deve se concentrar na resolução dos problemas, tratando não apenas das necessidades presentes, mas das intenções futuras.

Segundo Costa (2001, p. 8) “a eficácia desses instrumentos alternativos depende de uma mudança de mentalidade, é preciso aprendermos a negociar, aprendermos a transigir, aprendermos, principalmente, ao sentarmos à mesa de conciliação, a ser leais uns aos outros”.

Além disso, a eficácia reside no ato de levar os instrumentos do Estado para dentro de áreas periféricas, para que este se faça presente e sensível a querelas até então ignoradas devido à centralização de suas estruturas e instituições. Fortalece a democracia e a coesão social como um todo.

Na Justiça do Trabalho, é marcante a presença dessa consciência conciliatória, o que faz desse ramo do direito um dos mais modernos e eficazes na transformação do meio social.

Explica Adriana Goulart de Sena (2011, p. 117):

Os princípios do processo do trabalho, da oralidade, da economia, da gratuidade, da celeridade e da conciliação são da própria essência do exercício da jurisdição trabalhista. A Justiça do Trabalho é reconhecidamente apta na solução rápida das causas. A celeridade e a tentativa de solução conciliada dos conflitos são “valores” tanto para o Judiciário Trabalhista quanto para o seu Magistrado.

E continua Sena (2011, p. 123):

É forçoso reconhecer que os momentos legais específicos à tentativa de conciliação resultam na consagração do Juiz do Trabalho como pacificador social. A solução adjudicada trabalhista só se fará presente, se e quando, frustrada a conciliação. Todavia, é importante salientar que tal frustração pode ocorrer exatamente em face da condição de patologia judiciária da conciliação levada à apreciação do Magistrado do Trabalho quando da homologação. Certo é que o juiz não é homologador passivo do acordo trazido pelas partes em um processo judicial trabalhista.

Ao ingressar como Magistrado do Trabalho, o juiz assume também uma consciência inerente a este ramo do Poder Judiciário. Na conciliação, será o fiel fiscal de sua composição, a fim de que impeça acordos que agridam o direito e a possibilidade de efetivação da justiça. Essa é a tônica do espírito conciliatório como um todo.

Para Schnitman (1999, p. 18):

Resoluções alternativas de conflitos oferecem novas opções não-litigantes. São práticas capazes de atravessar a diversidade de contextos sociais; são estruturas para capacitar as pessoas a aprenderem a aprender, permitindo-lhes um escrutínio tanto das diferenças quanto das convergências. A partir do momento que as divergências podem ser dirimidas, a escalada dos conflitos se reduz, aumenta a habilidade para compreender os diversos pontos de vista e são geradas, durante o processo, novas possibilidades, novos enquadramentos e maneiras práticas de litigar com as diferenças.

Os métodos alternativos de solução de litígios garantem a celeridade e a composição dos conflitos, de forma a impedir que estes se perpetuem e acentuem as diferenças entre as partes. Aliviam a carga processual sob responsabilidade do Poder Judiciário e, assim, permitem que este se concentre em questões mais sensíveis e de maior complexidade.

Além disso, o direito progride enquanto ciência social, com a consolidação de instrumentos e de um raciocínio jurídico inovador e criativo, o que resulta no desenvolvimento da justiça e da dignidade humana de modo substancial e considerável.

5 EFEITOS RESULTANTES DA CONJUGAÇÃO DOS INSTITUTOS

Após a análise do Princípio da Proteção da Confiança, da evolução jurídica na modernidade e na pós-modernidade, e da era do direito conciliatório que desponta no horizonte, cabe ainda tratar das perspectivas que estes institutos têm a oferecer, tanto para a dinamização do ambiente e da ciência jurídica quanto para o progresso da humanidade.

Progresso cujo atual sentido, aliás, já pode ser considerado como resultado direto da atuação desses novos paradigmas jurídicos e sociais, como explica Edgar Morin (2005, p. 42):

Não existem leis da história, mas um diálogo caótico, aleatório e incerto entre forças da desordem e um movimento às vezes rotativo, entre o econômico, o sociológico, o técnico, o mitológico, o imaginário. Não há mais progresso prometido; em contrapartida podem advir progressos, mas devem ser incessantemente construídos.

Pode-se extrair de plano que o futuro exige, acima de tudo, dedicação. É necessária a atuação conjunta das ciências, de modo interdisciplinar, para que sejam alcançadas conquistas substanciais no que tange ao desenvolvimento dos povos e à promoção da dignidade da pessoa humana.

A seguir, serão expostas algumas áreas que já vislumbram mudanças e outras com potencial suficiente para receberem o auxílio dos instrumentos outrora estudados. São mecanismos de uso político e social, com a inteligência necessária para servirem ao Estado e à sociedade, de modo que haja maior eficiência e coesão em suas relações.

5.1 O Princípio da Proteção da Confiança e a Concretização da Constituição

O Princípio da Proteção da Confiança gera efeitos sobre o ordenamento jurídico como um todo. Contudo, devido a suas peculiaridades, mantém diálogo mais estreito com a Constituição. Na verdade, é decorrência lógica desta, uma vez que, como dito anteriormente, tem como base o Estado de Direito.

A Constituição brasileira de 1988 tem como grande atributo o fato de ter sido estruturada com o fim de ser o padrão e o reflexo de uma sociedade politicamente organizada. Por esta razão, sua redação prevê os direitos e garantias fundamentais e, conseqüentemente, a forma de organização dos Poderes, do Estado e das demais ordens que o compõem: econômica, social, ambiental, etc.

Mais do que criar um sistema jurídico novo, a proteção da confiança visa adequar aquilo que já existe, de modo que seu objetivo principal é o de estabelecer uma ponte que ligue a norma constitucional à geração de efeitos sociais práticos. Afinal, não basta conferir o título de “constitucional” para que uma determinada norma assim se torne, como entende Bercovici (2003, p. 312):

Não basta ter Constituição, segundo Pablo Lucas Verdú, é preciso estar em Constituição, ou seja, é preciso concretizá-la. Este é o grande dilema da Constituição de 1988: a sua efetiva concretização. [...] Por um lado, a inobservância e o desrespeito à Constituição são, como vimos na questão da “concretização desconstitucionalizante”, deliberados: a sua efetividade contraria setores política e economicamente poderosos. A Constituição só é concretizada no que interessa a estes grupos privilegiados. Deste modo, é deformada em seu processo de concretização por injunções políticas e econômicas. Com isto em vista, podemos, aqui, adotar o conceito desenvolvido por Marcelo Neves, e considerar a Constituição de 1988, uma Constituição Simbólica”.

A quebra do paradoxo e do discurso dissonante entre as condutas governamentais e a realidade diária caótica vivida pela maioria da população se torna o alvo a ser atingido. O grande argumento da proteção da confiança é o de fazer do teor do texto constitucional mais do que uma mera previsão de direitos. É, na verdade, uma expectativa legítima do cidadão, exigível e oponível ao Estado.

Ao ser posta em vigência, a Carta Magna ratificou um acordo em que se torna responsável pela iniciativa e promoção da cidadania, da melhoria dos níveis sociais a um patamar digno, da segurança pública e institucional do Estado, e pela defesa da justiça e da paz.

Assim entende Araújo (2009, p. 207):

Para que o princípio da proteção da confiança tenha plena efetividade, o ordenamento deverá proporcionar ao cidadão uma proteção que possa se materializar na forma procedimental ou substancial. A primeira se refere à proteção obtida mediante um procedimento, que conte com a efetiva participação do particular, a ser adotado antes da decisão estatal capaz de frustrar uma expectativa legítima. A segunda modalidade de proteção, que visa à concreta tutela da expectativa, pode, por sua vez, apresentar-se por meio de uma *tutela da preservação do ato*, da *fixação de uma compensação* ou através da *criação de regras de transição*.

A existência, ainda, de normas de eficácia limitada no texto constitucional não prospera como argumento para aplacar as falhas daqueles que deveriam ter promovido as políticas públicas necessárias a tal efetivação e muito menos para diminuir o clamor social por mudanças. Pelo contrário, servem como retrato fiel do desprezo que as instituições têm por seus tutelados.

Em face da falta de um procedimento ou de uma previsão legal que proteja a expectativa legítima gerada, o legislador e os demais órgãos governamentais deveriam prover outros mecanismos que a sua tutela, enquanto não há movimento infraconstitucional que o faça substancialmente, através de medidas públicas de promoção e de garantia da justiça.

Além da concretização infraconstitucional das previsões da Carta Magna, os Poderes como um todo podem, e devem, se valer de mecanismos e de políticas públicas para realizarem e defenderem as expectativas legítimas do cidadão. Sobre este desafio paira a reputação e a credibilidade do Estado, como acentua Bittar (2009, p. 431):

A capacidade de agir de um Estado pode ser medida, entre outros instrumentos, pela sua capacidade de gerar o atendimento de expectativas sociais. Não se duvida de que o Estado tenha regras e normas para si, o que se põe em questão é a capacidade destas regras e normas se tornarem presentes, benéficamente, na condução das políticas públicas, sobretudo

considerando-se os limites auto-impostos pelo Estado de direito a si mesmo (o que significa, agir respeitando direitos fundamentais, punindo dentro de limites legais etc.). Sem dúvida nenhuma, este é um aspecto em franco comprometimento num contexto pós-moderno, e o Estado encontrar mecanismo para driblar a situação em que se encontra. O que se há de perceber é uma mudança forte na concepção de como se faz política, na medida em que afeta a própria do que seja a política, especialmente após os anos 1980, está em curso.

E continua Bittar (2009, p. 437):

Na pós-modernidade, o retorno ao Estado não significa um saudosismo pelo Leviatã de Hobbes, ou muito menos uma repactuação contratualista rousseauiana, mas sim, considerando-se outros aspectos democráticos de condução do poder (abertura para os movimentos sociais, ampliação da capacidade participativa, abdicação de um papel centralizador de normas etc.), uma *re-fundação* da política sobre uma ética que valorize o *estar-em-comunidade*, noção esta esfacelada ao longo das últimas décadas pela falta de uma cultura do consenso vitimada por uma cultura de competição.

Nesse diapasão, ao Estado pós-moderno incumbe conciliar a necessidade de que sua política seja eficaz com o seu dever de zelar pela lisura da ordem jurídica e social, de modo que a participação da sociedade, maior interessada no triunfo da democracia, se torna decisiva, desde que esta atue de maneira a convergir diferentes pontos de vista e a desencadear uma onda de avanços consistentes.

A chamada “sociedade civil” passa a exercer papel fundamental, através da criação de órgãos e associações de controle do exercício governamental e da formação de espaços para a discussão de temas sensíveis ao país. A opinião pública se torna relevante e estratégica para a classe política, ao revelar e expressar de forma latente as demandas da população.

Assim entende Zygmunt Bauman (2000, p.12):

As mudanças de governo – até de “campo político” – não são um divisor de águas, mas no máximo uma ondulação na superfície de um rio a correr sem parar, monotonamente, com sombria determinação, em seu leito, levado por seu próprio ímpeto. Há um século, a fórmula política dominante de liberalismo era uma ideologia desafiadora e imprudente de “grande salto à frente”. Hoje em dia, não passa de uma auto-apologia da rendição: “Este não é o melhor dos mundos imagináveis, mas o único mundo real. Além disso, todas as alternativas são, devem ser e se revelarão piores se experimentadas na prática”. O liberalismo reduz-se hoje ao mero credo de

que “não há alternativa”. Se quiser descobrir quais são as raízes da crescente apatia política, também não precisa nem procurar muito. Esta política louva e promove o conformismo. E o conformismo bem que podia ser um negócio auto-resolvível – será que a política é necessária para nos conformarmos? Por que nos preocupamos com políticos que, seja qual for o matiz, só podem prometer sempre as mesmas coisas?

A mobilização política da sociedade garante a permanente qualificação das instituições, uma vez que estas se sentem, assim, sob constante pressão por parte daqueles que nelas depositaram expectativas legítimas. A consciência de que a cidadania não se encerra, mas que, na verdade, se inicia com o ato de votar é primordial política, social e juridicamente.

Para tanto, é necessário entender o que é uma “expectativa legítima”. Trata-se da promessa, de uma perspectiva de concretização dos direitos e garantias fundamentais e, assim, da dignidade humana, por parte do Estado ao cidadão, decorrente de sua previsão em uma “carta constitucional”, o que a torna legítima, obrigatória e exigível por todos e para todos.

Explica Araújo (2009, p. 61):

A busca incessante de um indivíduo por posições jurídicas mais favoráveis é legítima e o ordenamento jurídico deve assegurar sua proteção. [...] Para essa missão, a Constituição brasileira já trouxe expressamente um dispositivo específico. Deve, além disso, servir de instrumento para a defesa de expectativas ainda não transformadas no conceito tradicional de direito subjetivo incorporado definitivamente a um patrimônio individual.

E continua Araújo (2009, p. 70 e 74):

É preciso avançar. O Direito Público também precisa levar em conta as expectativas em desenvolvimento de um sujeito de direito. Um pensamento centrado unicamente nos direitos adquiridos e nas expectativas de direito desvaloriza inadequadamente tudo aquilo que não foi incorporado definitivamente ao patrimônio de um indivíduo. [...] Antes mesmo da incorporação definitiva de um direito ao patrimônio de um indivíduo, há razões para que sua expectativa legítima seja preservada. O ordenamento também deve assegurar alguma proteção às denominadas expectativas de direito.

Assim, consagra-se o entendimento de que o texto constitucional também previu, ainda que implicitamente, a tutela imediata das meras expectativas

de direitos, o que foge ao raciocínio tradicional de composição do patrimônio jurídico do indivíduo, acostumado a aceitar a assimilação tão somente de condições mais concretas, como ocorre no caso da coisa julgada e do direito adquirido.

Desse pensamento se extrai que ao indivíduo e à coletividade foi outorgado o direito de preservação e de realização das suas expectativas, sob pena de que o governo se torne ilegítimo e de que as normas se tornem mera literatura, sem qualquer validade.

Entretanto, cabe também à sociedade agir, apesar da falta de incentivos do Estado, de modo a fortalecer ela própria a coesão social e a evidenciar a ineficiência das instituições públicas, questionando a credibilidade da estrutura atual, forma de mobilização política construtiva e agregadora à imagem de nação.

Comenta Bonavides (1994, p. 22):

Uma sociedade desigual será invariavelmente uma sociedade injusta, e não há justiça onde os homens padecem na ordem econômica os mais iníquos desníveis de renda; onde a classe destrozada cede lugar a uma falsa democracia formal; onde a pobreza dos desgraçados sela união frouxa, coerciva e instável da camarilha de opressores com a multidão de oprimidos.

Seja mediante a atuação estatal ou por meio do empreendedorismo da sociedade civil, a licença conferida pela Constituição Federal de 1988 às expectativas legítimas permite a qualquer pessoa proceder, por conta própria, à busca pela efetivação e concretização destes em igualdade, justiça e fortalecimento democrático.

Entretanto, acima de tudo, a proteção da confiança abre um espaço de diálogo para a reconciliação entre o Estado e o indivíduo, uma vez que, apesar dos problemas intrínsecos ao sistema, o Poder Público é ainda o melhor instrumento de promoção e de realização social, de modo que é primordial perseverar para que dele resultem a eficiência e o comportamento responsável que se espera.

5.2 O Advento do Espírito Conciliatório no Homem Pós-Moderno

O estudo acerca do Princípio da Proteção da Confiança e da “era do direito conciliatório” só tem sentido se o seu objeto for o ser humano. O direito é, aliás, vontade e expressão da humanidade, de modo que ao estar dela desassociado se torna um dilema; problema ao invés de solução.

Um indivíduo, enquanto personalidade, é formado por elementos complexos e de várias ordens, como a moral, a ética, o físico, o psicológico, o social, o espiritual, entre outros, o que faz da missão de entendê-lo e de conceituá-lo das mais árduas que se possa atribuir a alguém, ainda mais a outro ser humano, de iguais condições.

Ao invés disso, cabe ao direito caminhar pelo que lhe é possível, ou seja, aceitar e compreender o homem e por ele se pautar. Não se trata da exaltação do individualismo. Pelo contrário, a ideia central é o favorecimento do coletivo e do social, o que só é praticável através da apurada observação das pessoas e de suas reações ao interagir com o meio em que vivem.

É essencial captar o presente antes que este se torne em passado. O que hoje se apresenta é o aumento da comunicação entre o indivíduo e a ciência. De forma mais específica, de sua relação com a tecnologia que, ao contrário do que se pensa, não é fria, mas gera efeitos, altera o sentido humano, sua compreensão do espaço e do tempo que o cerca.

Nesse sentido, Eduardo Bittar (2009, p. 309):

O indivíduo pós-moderno é, nesse sentido, um indivíduo acostumado com a dimensão do que é tecnificado, celebrizado, escasseado de profundidade, com o espectro da televisividade da vida; esta é composta por *flashes* instantâneos, estes que definem a própria passagem do tempo, em que o indivíduo se encontra na sensação de posse de um presente que se rarifica e escasseia de modo fluido a cada instante. Por isso, a estética haverá de refletir também a ascensão desse *modus* que se instala na vida quotidiana, e ritmiza as relações intersubjetivas em uma temporalidade *hiperacelerada* na perspectiva do tempo.

O homem pós-moderno anseia pelo que é funcional. Por aquilo que o ajude em suas ações e pelo que é útil ao seu progresso. Assim, ele não é contra a ordem em si, mas vê em sua configuração atual o império da burocracia, esse sim um entrave ao desenvolvimento de suas relações, de modo a fazer do direito uma ciência desalinhada com as demais.

O que muitos juristas consideram imprudência ou insegurança, o indivíduo contemporâneo vê como um comportamento dinâmico e como o desenvolvimento natural da sociedade e da ciência. Este parece ter encontrado a frieza da realidade mais cedo, um dos motivos que torna o direito incompreensível e demasiadamente abstrato para uma mente que conhece a injustiça bem de perto.

Desse modo, conclui Bittar (2009, p. 408):

Como ciência, o direito, ao se imunizar da contaminação das aflições do injusto, o alimento fundamental de toda necessária demanda por justiça, converte-se em um conjunto de fórmulas conceituais que, divorciadas da realidade sensorial, projetam-se como conhecimento na dimensão de uma mente que não possui corpo e não se relaciona a corpos humanos de indivíduos vivos de cujas necessidades reais deveria se alimentar a legitimidade do próprio sistema jurídico. Por isso, o conhecimento do direito se torna frio e estéril, formal e formular, abstrato e conceitual, no lugar de humano e sensível, dialógico e reflexivo, socialmente vocacionado.

Como reação, o direito tem escolhido um caminho incoerente, qual seja, o de aumentar a produção legislativa, o que o torna mais ininteligível ao cidadão comum, e mesmo ao jurista. Ao invés de procurar alternativas políticas para por em prática o ordenamento já vigente, aumenta a redação deste, medida por vezes desnecessária.

É o que entende Simone Goyard-Fabre (1999, p. 337-338):

Ademais, a proliferação dos “direitos” provoca sua desvalorização, de sorte que, se tudo é direito, nada mais é direito. Assim como Hegel denunciava a vertigem do nada que ameaça a absolutização da liberdade, assim também é preciso denunciar o vazio criado pelo exagero dos direitos do homem. Esse pluralismo sem limites gera um desamparo trágico: desamparo jurídico já que o conceito de direito se dissolve no movimento descontrolado de infundáveis reivindicações; desamparo ontológico pois o fato de o ser humano declinar de sua responsabilidade pessoal em proveito de uma responsabilidade dita coletiva gera a irresponsabilidade: como o que é fundamental no homem já não é reconhecido como valendo a pena ser proibido ou protegido, é uma demissão; desamparo axiológico pois a

permissividade total que está no horizonte da superprodução delirante dos direitos contém o germe de uma passagem aos extremos em que o descomedimento e o excesso acarretam pesos que se aparentam com uma corrente nihilista.

A teoria deve resultar em ganhos práticos. Não se trata de fazer do direito uma ciência exata. Pelo contrário, é entender que as relações jurídicas são em si dinâmicas, e que, na maioria das vezes, não ocorrem dentro dos órgãos judicantes por excelência.

Cumpra à ciência do direito e ao Estado de direito inserirem-se nesse contexto contemporâneo, breve, flexível e até mesmo inconstante, porém vivo, presente e eficaz.

Comenta Hespanha (1993, p. 77):

Não devemos procurar a saúde principalmente nos hospitais, nem a ciência nas escolas; não devemos, também, procurar a justiça nos organismos públicos destinados a fazê-la. Abrir o acesso à justiça, vendo bem as coisas, não significa simplesmente que se permita levar os conflitos a uma fonte de justiça estadual; o verdadeiro sentido do movimento é sobretudo conseguir introduzir mais justiça nas relações e transações, em que os indivíduos estão envolvidos. Os homens não fazem apenas (nem principalmente) a experiência da justiça (ou da injustiça) quando recorrem às instituições patrocinadas pelo Estado; justiça ou injustiça encontram-se igualmente ao nível das instituições primárias onde se exerce a sua atividade; em casa, no local onde vivem, onde trabalham, no seu meio de negócios, etc.

No mesmo sentido, Bittar (2009, p. 232-233):

Surgimento de uma contracultura do direito inoficial como forma alternativa de solução de conflitos e como indicador de uma revolução impactante no formalismo centralista do Estado: o pluralismo de ordenamentos da vida social, surgindo ao lado de uma nova dimensão de ilegalismos, de direitos nascidos na rua, de microéticas grupais, de controles sócio-regionais comandados por grupos, de alternativas de justiça com as próprias mãos, na ausência do Estado de direito, despontam como responsáveis pela ocupação de um espaço socialmente relevante, a saber, o de definir a fronteira entre o justo e o injusto, o tolerável e o intolerável, mediante regras e critérios nem sempre os melhores, os mais universais ou os mais apropriados.

Não se trata de anarquia, em absoluto. É, na verdade, a proposta de uma nova ordem, que se inicia apesar das instituições públicas, mas que com elas

quer se conciliar. O homem é o responsável pela criação das estruturas de Estado e de governo, além de maior interessado em sua consolidação e em sua operabilidade.

O indivíduo pós-moderno, apesar dos medos inerentes à sua época, é solícito a mudanças, desde que estas tenham em vista a promoção de um consenso entre os seus semelhantes. Apesar de sentimentos ainda contrários, grande parte da humanidade não vê mais a guerra como a oportunidade para feitos heróicos e para a destruição de um suposto mal, mas sim como uma derrota de sua consciência.

Para Herkenhoff (1994, p. 167):

A paz é obra da justiça. Exige a instauração de uma ordem social na qual os homens possam realizar-se como pessoas humanas, com sua dignidade reconhecida, agentes da sua própria história. Uma paz autêntica reclama luta, espírito criativo, conquista permanente. É expressão de uma real fraternidade entre os homens.

O momento é propício. O ser humano tem vocação criativa, o que é atestado pelo avanço contínuo da tecnologia. As ciências sociais, nesse mesmo ímpeto, podem enfim buscar a composição de estruturas inclusivas, que favoreçam o diálogo entre o homem e o suas instituições políticas.

Conjugar esforços e metas em prol da efetivação da dignidade humana é o desafio desta era conciliatória, bem como sua responsabilidade frente à necessidade de que o indivíduo viva com um mínimo de decência.

5.3 Um Novo Direito

Não é difícil perceber que o direito se encontra em uma fase de transições, acenando para um horizonte até certo ponto inédito, cuja personalidade é composta, entre outras, pela ideia da perda da taxatividade normativa, ou seja,

pela vigência de cláusulas abertas, regidas pela interpretação e pelo consenso nas relações jurídicas.

Comenta Campilongo (2000, p. 160):

O direito pós-moderno será, provavelmente, mais leve, mais complexo e mais aberto, segundo Arnaud. Estaria em curso de estabilização uma nova concepção de regra de direito: negociada, flexível, consensual, pragmática. O diagnóstico é preciso e confirmado no texto por vários exemplos.

Aplicado ao ordenamento jurídico brasileiro, esse movimento parece ainda engatinhar, devido ao passado e ao legado positivista aqui deixado. Entretanto, no ambiente forense têm crescido a utilização de mecanismos mais dinâmicos de interpretação jurídica e o entendimento de que a flexibilização do direito, ao contrário do que se possa pensar, lhe confere maior estabilidade, certeza e segurança.

Como exemplo, vide o princípio processual da instrumentalidade das formas, que, de forma geral, estabelece que não se declarará a nulidade de um ato se este não houver resultado em efetivo prejuízo para a parte. O interesse em jogo, neste caso, é que seja preservada a finalidade do processo, de modo que não seja desviado de seu curso pelo descumprimento de meras formalidades, não decisivas para a solução do litígio.

Contudo, apesar desse e de outros avanços, ainda impera no Brasil um raciocínio legalista, que se confunde com o princípio da ordem e da segurança jurídica, que se utiliza destes como argumento para ter alguma sobrevivência. É realmente difícil ver o ordenamento jurídico como um todo, formado pela junção de elementos como a legalidade, a segurança jurídica, a razoabilidade, entre outros, e cujo centro é a dignidade humana.

Compreende Eduardo Bittar (2009, p. 439):

Aí está o problema do ordenamento jurídico brasileiro. Se “ordem” é sinônimo de estabilidade e segurança, a pós-modernidade tem tudo para não servir novamente este prato à mesa. A ideia de ordenamento (*ordenamento*) tem em si implícita a ideia de “ordem”, fator este que já deixa de possuir importância para as abordagens pós-modernas das práticas jurídicas, sentido que se procurará imprimir para demonstrar que a crise se

deve, em parte, à própria decadência do modelo moderno segundo o qual se organizam as práticas jurídicas.

A pós-modernidade requer do direito não o fim da ordem, mas a vitória da eficiência e da funcionalidade das normas. Uma ciência que não é compreensível dificilmente consegue a adesão de seus destinatários, uma que vez que sua função precípua é a de desatar os nós e diminuir a complexidade típica das relações sociais que impedem a criação de vínculos humanos mais profundos.

Há de se entender, contudo, que o litígio não é um problema em si. Na verdade, quando visto sob uma perspectiva positiva, o conflito gera uma oportunidade de revisão das dinâmicas humanas e sociais, bem como de uma readequação do ambiente e das políticas públicas existentes. É o que ocorre nos fóruns e nos debates de ideias, em que políticos e sociedade civil discutem, de maneira franca e aberta, temas que lhes são caros, com o objetivo de encontrarem saídas e projetos para a melhoria da condição de vida da população.

O que atrapalha o progresso social, e do próprio sistema jurídico, é a incapacidade de se chegar a um consenso, de conciliar ideias e de se pensar coletivamente, ao invés de se imporem individualismos e dogmas, que pouco traduzem a realidade encontrada no interior das cidades.

Falta sensibilidade no trato com a sociedade, assim entendida por Silva (2009, p. 221):

Sensibilidade constitui a capacidade do Ser humano de perceber como seu semelhante se sente. A sensibilidade volta-se, igualmente, para as coisas do mundo e eleva o espírito para certo estado de sublimidade. Nenhum dos dois caminhos (se humano e coisas do mundo) excluem o Homem, como centro de todos os fenômenos sensíveis. Sensibilidade, em princípio, nasce diretamente no âmbito das emoções, sem relação entre o Ser e o objeto, ou seja, o Ser pensante frente ao mundo externo.

Continua Silva (2009, p. 229):

É necessário que encontremos um equilíbrio entre a razão e esses sentimentos. O ponto de equilíbrio entre sensibilidade e razão orienta-se pelo princípio do meio termo. Ou seja, auscultar-se a razão da consciência social orientada pelas máximas de prudência. A consciência social conduz-

se por pautas valorativas (axiológicas), a exemplo: o bem no sentido particular em relação ao bem no contexto social. O justo particular em confronto com o justo universal. O interesse individual em correspondência com o interesse social. Os valores espirituais e morais em oposição à apologia dos valores materiais.

Dessa forma, o sistema jurídico que ora se arquiteta têm em sua pauta o desafio de encaixar e de compreender a pluralidade de discursos da pós-modernidade, bem como o de estabelecer uma contínua relação interdisciplinar com os demais ramos do conhecimento humano. O direito deixa de ser uma ciência em si e passa a admitir que conhecimento jurídico de fato é algo muito maior e mais abrangente.

Ao aceitar-se como uma espécie, do gênero que é o arcabouço intelectual humano, o direito se desfaz de seus dogmas e egoísmos e passa a se portar como uma ferramenta em prol do aperfeiçoamento do homem. Adquirir funcionalidade é, agora, seu objetivo principal.

Por essa razão, a ciência jurídica adentra em uma era conciliatória. O que antes era utopia, agora surge como necessidade imediata da humanidade. Nos mais diferentes ramos da sociedade, se apresenta como alternativa, e talvez a única, a composição dos conflitos e atuação conjunta frente à realidades aterrorizantes como a escalada da violência, da miséria, da corrupção, dos problemas ambientais, entre outros.

Para Araújo (2009, p. 249):

O método decisório da concordância prática evita que, diante da tensão existente entre os interesses de preservação da confiança e o de alteração do ordenamento, seja feita uma precipitada ponderação em que um bem jurídico é totalmente afastado em favor de um outro. A eficácia ótima é alcançada através da precedência condicionada entre os valores envolvidos. Exige-se uma otimização dos bens jurídicos em conflito, e não a mera exclusão de um por conta da primazia pontual do outro. Existem, portanto, soluções intermediárias.

Para evitar o acirramento de disputas de indivíduos contra outros indivíduos, ou mesmo de Estados contra outros Estados, o direito deve atuar na composição pacífica de soluções e de medidas eficientes para os problemas em questão. Esse cenário só ocorrerá através da disposição voluntária e do esforço

contínuo em prol de uma conscientização profunda do indivíduo, para que este compreenda e internalize o real significado do termo “humanidade”.

Nesse sentido, entende Vezzulla (2001, p. 55) ser necessário “cooperação e não-competição, motivações e não discursos fechados e cristalizados, criatividade e não reiteração de soluções standard, vontade das partes e não decisões de terceiros, cooperação e confiança e não oposição e desconfiança”.

Trata-se do pesado fardo conferido ao direito, enquanto ciência social, de ser o promotor de uma cultura de afeto entre o indivíduo e a coletividade, de modo que ambos o entendam como a única perspectiva capaz de conciliar a defesa dos direitos humanos com a garantia e o desenvolvimento sustentável da vida em sociedade.

Atesta Eduardo Bittar (2009, p. 428):

Considerando que o afeto é conciliador, tático, sedutor... e que se funda na base do lúdico, da interação, este passa a se um elemento fundamental para a dinâmica da reconceituação da experiência a partir de novos paradigmas e referências culturais. Pode ser tornado como um elemento central para a cultura em geral de direito, como se processa na âmbito do direito de família, mas também como um importante elemento a fundamentar o crescimento e o desenvolvimento de uma cultura de direitos humanos.

Essa função conciliadora é inerente ao direito, uma vez que este se dedica precipuamente à justiça e à paz. É uma criação da própria sociedade, que entendeu por bem elidir a possibilidade de práticas arbitrárias oriundas da legitimação pela uso da força, com o objetivo de adquirir harmonia e coesão social.

Como entende Silva (2009, p. 233):

O Direito, como expressão dos ideais da Sociedade, não se limita apenas a regular, juridicamente, a ação do Homem. É de sua natureza, da sua essência, a busca incessante da paz, da justiça. O Direito tem por objetivo proporcionar, na Sociedade, a harmonia, a correspondência com as aspirações da Sociedade.

O Direito, nesta linha de entendimento, inspira-se na sensibilidade com o objetivo de tornar a norma jurídica um instrumento da paz, em oposição ao conflito. Assim, a norma jurídica não pode conduzir as pessoas à desagregação, à discórdia.

Na construção do Direito, a consciência social e cultural inspira-se nos sentimentos humanitários, nos princípios de solidariedade, da conciliação, da busca da paz, na compreensão do outro.

A consciência social encontra no Direito o instrumento de aproximação do Homem. Nenhuma Sociedade pode, em nome do Direito, eliminar ou desconhecer as manifestações de sentimentos, de emoções.

Cabe salientar, mais uma vez, que tal cenário se deve ao acentuado grau de violência e de medo social legado pelo século XX e que continua numa caminhada ascendente no presente século.

O direito comunga e é inspirado pelos ideais de ética e moral inerentes à própria sociedade. Entretanto, no panorama atual, o movimento conciliatório do direito, bem como o aprimoramento dos mecanismos normativos e institucionais do sistema jurídico, está mais relacionado a uma necessidade de sobrevivência do que a uma manifestação concreta de humanidade.

6 CONCLUSÃO

O Direito passa por um momento singular. Após a objetivação dos direitos individuais e coletivos, a segunda metade do século XX lhe ofereceu a oportunidade de também se inclinar à consideração da expectativa do particular como juridicamente relevante.

Posicionar-se dessa maneira é, na verdade, participar de um movimento atual das ciências como um todo, ação essa interdisciplinar, em que cada qual se comporta como uma ferramenta à disposição do ser humano, para a garantia de sua dignidade. O Direito se liberta do raciocínio antiquado de considerar-se uma ciência voltada para si mesma e passa a interagir com outras áreas do conhecimento, motivada pela oportunidade de participar da construção de novas possibilidades para a diminuição das complicações sociais.

O progresso não pode ser imposto de forma inescrupulosa pela modificação indiscriminada do comportamento do Estado, abalando a confiança já sedimentada. Este deve assumir uma postura equilibrada que leve à flexibilização normativa, mas que mantenha a estabilidade das relações jurídicas. Para os casos em que a dinâmica entre o particular e o Estado não ocorra dessa maneira, surge a figura do Princípio da Proteção da Confiança.

Com a ampliação dos serviços administrativos, esse ramo do direito e, conseqüentemente, o próprio Estado passa a ser elemento diretamente presente na vida do cidadão. Suas condutas se refletem no particular, o levam a agir conforme as diretrizes normativas expressas pela legitimidade dos atos do Poder Público. Há uma expectativa legítima inerente a tal prática que deve ser tutelada, para que se evitem abusos e lesões ao indivíduo comum.

O Princípio da Proteção tem como fundamento o Direito Público, de forma mais específica, o Estado de Direito e a Segurança Jurídica. Contudo, também é influenciado no âmbito do Direito Privado pelo Princípio da Boa-fé Objetiva. Em ambos os casos, o que se espera é um comportamento razoável do

Estado, que este haja conforme sua manifestação original e que crie uma relação com o particular de modo a evitar, quando possível, o conflito na esfera processual.

A aplicação do princípio, entretanto, pressupõe a vigência de algumas condições. Deve haver um ato estatal concreto, com força suficiente para gerar no indivíduo uma expectativa legítima, de maneira que o leve a deixar sua inércia e a moldar suas condutas de acordo com esse entendimento normativo. Além disso, após ter-se estabelecido esse ambiente, o Estado deve se comportar em sentido contrário ao que anteriormente propôs, de modo a atingir o particular.

A expectativa legítima é definida através de três requisitos que, uma vez preenchidos, lhe garantem o direito a receber a tutela pelo Princípio da Proteção da Confiança. Primeiramente, o comportamento estatal que a originou deve ser concreto, ou seja, inequívoco e objetivamente considerado. Deve, ainda, perdurar por lapso temporário mínimo para que o particular mude o seu comportamento, de forma a se pautar segundo esse ato do Poder Público. Além disso, não pode haver má-fé de sua parte, ou seja, não cabe a este basear seu pedido de tutela em um ato estatal que notoriamente, por sua própria natureza, admita modificação.

A dinâmica social pós-moderna exige que o Direito se modifique continuamente, para que possa atender ao anseio e às expectativas que dela resultam. Contudo, esse processo não pode perder equilíbrio ao ponto de desestabilizar as relações jurídicas existentes e afetar as expectativas legítimas.

O Princípio da Proteção da Confiança se apresenta, então, não como um meio coercitivo propriamente dito, mas com o anseio de ser uma ferramenta de diálogo e consenso, para que as mudanças ocorram no âmbito político-jurídico e levem a uma perpetuação das relações sociais, atuando de forma preventiva na solução de conflitos, de modo que estes se resolvam antecipadamente, e que o particular não tenha que buscar a tutela jurisdicional.

Contudo, caso se forme a lide, o caráter inovador desse princípio e sua crescente aplicação no âmbito processual conferem a garantia necessária ao particular para que acredite no amparo e na proteção de sua expectativa legítima por parte do Direito.

O Princípio da Proteção da Confiança, acima de tudo, traz à tona a necessidade de que o direito dialogue com outras ciências, principalmente com a história. Cabe uma reflexão histórico-sociológica do direito.

O período denominado modernidade estabeleceu as bases que permeariam os Estados nacionais até a metade do século XX. Foi um momento de cientificismo extremado, onde as estruturas sociais, políticas e jurídicas se formaram através da influência de uma composição metafísica e abstrata do mundo e das relações sociais. A constitucionalização e a positivação são seu registro mais marcante.

Ideias como liberdade, igualdade, ordem, progresso ininterrupto da humanidade deram origem a uma visão universalista da sociedade e das normas jurídicas. O homem tentava controlar a natureza e a si mesmo.

Entretanto, a falta de perspectivas para uma sociedade massificada, abandonada pelo Estado, foi o estopim para a deflagração de uma crise de legitimidade do poder vigente. Por base, estava a crise de eficácia instalada no modelo jurídico-normativo moderno, que permanece até hoje.

A pós-modernidade é o resultado dessa crise. No lugar de um discurso universal, uma pluralidade de confissões. O ser humano passa a descrever e a desvincular-se do aparato estatal. Cria uma subestrutura de poder, periférica e, por vezes, violenta.

A dignidade humana se estabelece como o único consenso dessa época. As ciências humanas entendem o dever que lhes cabe de serem funcionais ao homem. O direito, nesse diapasão, deixa de ser uma ciência em si mesma para interagir com outras disciplinas. Afinal, seu objetivo principal é o de conferir dignidade ao indivíduo.

A crise do sistema jurídico recai sobre o Poder Judiciário, que absorve a onda de litigiosidade contemporânea, que aumenta a quantidade de processos em trâmite nos tribunais. Soma-se a isso uma formação deficitária do operador do direito, focada na apreensão das formalidades típicas da magistratura e não no caráter humano, histórico e sociológico inerente à função.

Como reação, surge a visão conciliatória acerca do direito, com a criação de mecanismos alternativos de solução de litígios. Entretanto, é necessária a

ampliação desses sistemas e, mais do que isso, a mudança da mentalidade em torno do rito processual.

Não se trata de ingenuidade a respeito do direito, ou mesmo de uma crença cega de que o homem seja capaz de se despir dos egoísmos e individualismos próprios de sua personalidade. Na verdade, o que existe é uma necessidade e a evidência de que as relações sociais e jurídicas adentraram em um estado de esgotamento.

A opção conciliatória deve ser difundida e utilizada pelos mais diferentes ramos do direito. Serão encontrados limites à sua aplicação. Entretanto, que estes tardem a chegar. Que decorram do esgotamento de suas possibilidades e não da apatia política e institucional dos órgãos judicantes e governamentais.

O passo inicial talvez seja concretizar a Constituição. Não há a necessidade de uma alteração substancial de seu texto, mas sim que se proceda à aplicação de suas normas programáticas e leis infraconstitucionais, que traduzem a inteligência esperada pela Carta Magna, ou seja, aquelas que deem fim à crônica crise de eficácia que assola a ciência jurídica contemporânea.

Esse caminho passa pela dedicação dos diferentes órgãos do Estado e da sociedade civil, pois, ao contrário do que parece, o direito depende mais do ímpeto político do que propriamente do funcionamento regular das estruturas formais de construção normativa e jurídica.

A justiça e a paz são, hoje, temas sociais. A pós-modernidade conferiu universalidade à discussão desses temas. Entretanto, ainda não fez surgir um consenso ou uma homogeneidade no discurso.

O atual papel do direito talvez seja, precisamente, o de conjugar essa gama de pensamentos e condutas e de analisá-los com as lentes da dignidade humana. Mais flexível, não desengajado, nem afeito à desordem. Pelo contrário, tão somente eficaz.

BIBLIOGRAFIA

ADORNO, Theodor W. **Indústria cultural e sociedade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002. 120 p.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional**. Revista de Processo, São Paulo, n. 84, p. 175-199, out./dez. 1996, v. 21.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado**. Niterói, RJ: Impetus, 2009. 270 p.

ARENDT, Hannah. **Lições sobre a filosofia política de Kant**. Tradução de André Duarte de Macedo. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993. 185 p.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. **Introdução à sociologia alternativa – ensaios sobre o direito numa sociedade de classes**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989. 79 p.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima no Direito Administrativo: Análise Sistemática e Critérios de Aplicação no Direito Administrativo Brasileiro**. Tese de Doutorado apresentada na Faculdade Direito da Universidade de São Paulo. 2006, 374 p.

BARROSO, Luís Roberto Barroso (Org.). **A Prescrição Administrativa no Direito Brasileiro Antes e Depois da Lei nº 9.873/1999**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, vol. I, nº 4, 2001, disponível em:

<http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/dialogo-juridico-04-julho-2001-luis-r-barroso.pdf>. Acesso em: 06 de maio de 2013.

_____. **Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil.** In: Temas de Direito Constitucional. Tomo III. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, 2005, pp. 131-165.

_____. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, teoria crítica e pós-positivismo).** In: A Nova Interpretação Constitucional, Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 1-48.

_____. **Mudança da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em Matéria Tributária.** Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos Temporais das Decisões Judiciais. Revista de Direito do Estado, nº 2, abr./jun. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 261-288.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política.** Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. 216 p.

_____. **Ética pós-moderna.** Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997. 287 p.

_____. **Modernidade e ambivalência.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. 334 p.

_____. **O mal-estar na pós-modernidade.** Tradução de Mauro Gama; Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. 272 p.

_____. **Tempos líquidos.** Tradução de Carlos Alberto Medeiros. São Paulo: Jorge Zahar, 2007. 120 p.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003. 330 p.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade (e reflexões frankfurtianas)**. 2. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. 541 p.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Da existência, validade, vigência e eficácia da lei no sistema brasileiro atual**. Revista dos Tribunais, v. 683, n. 81, p. 29-36, set. 1992.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Batista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001. 192 p.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **A Proteção das Expectativas Legítimas Derivadas das Situações de Confiança**: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. Revista de Direito Privado, nº 12, out/dez. 2002, São Paulo, pp. 160-225.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 658.130 SP 2004/0052595-1, T1 - Primeira Turma, Relator: Ministro LUIZ FUX. Brasília, DF, 04 de setembro de 2006. DJ 28.09.2006 p. 195. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/35513/recurso-especial-resp-658130-sp-2004-0052595-1-stj>>. Acessado em: 06 de maio de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 359.043 AM, da Segunda Turma. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 03 de outubro de 2006. LEX-STF v. 29, n. 337, 2007, p. 246-251. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2940516/agregno-recurso-extraordinario-re-agr-359043-am-stf>>. Acessado em: 06 de maio de 2013.

BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. 310 p.

CALAMANDREI, Piero. **A Crise da Justiça**. Belo Horizonte: Líder, 2003. 125 p.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000. 195 p.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Estado de Direito**. Cadernos Democráticos nº 7, Lisboa: Gradiva, 1999.

CASTANHEIRA NEVES, António. **O direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. 75 p.

COUTO E SILVA, Almiro do. **O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/1999)**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 237, jul./set. 2004, pp. 271-315.

_____. **Responsabilidade do Estado e problemas jurídicos resultantes do planeamento**. Revista de Direito Público, nº 63, São Paulo, jul./set. 1982, pp. 28-36.

CRAIG, P. P.. **Administrative Law**. 4ª edição. London: Sweet & Maxwell, 1999. 1045 p.

DIAS, Maria da Graça dos Santos; SILVA, Moacyr Motta da; MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política jurídica e pós-modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. 236 p.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **Eficácia jurídica e violência simbólica: o direito como instrumento de transformação social**. São Paulo: Edusp, 1988. 192 p.

FELIPPE, Marcio Sotelo. **Razão jurídica e dignidade humana**. São Paulo: Max Limonad, 1996. 112 p.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. 364 p.

FOUCAULT, Michel. **Ditos e escritos**. II: Arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. 370 p.

GABBAY, Daniela Monteiro; LUCIANA, Gross Cunha (org). **Litigiosidade, morosidade, e litigância repetitiva no judiciário: uma análise empírica**. São Paulo: Saraiva, 2012. 203 p.

GIDDENS, Anthony. **As Consequências da Modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991. 131 p.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 526 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências de direito processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRONDONA, Mariano. **Os pensadores da liberdade**. São Paulo: Mandarim, 2000.

GUARDINI, Romano. **O fim da Idade Moderna: em procura de uma orientação**. Lisboa: Edições 70, 2000. 96 p.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade: doze lições**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 540 p.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. Tradução de Adail Ubirajara Sobral; Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2002. 349 p.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Diferenças entre os Sistemas Filosóficos de Fichte e Schelling**. Tradução de Carlos Morujão. 1ª ed. Lisboa: Editora Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2003. 150 p.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 329 p. (Clássicos)

HELLER, Agnes; FEHÉR, Ferenc. **A condição política pós-moderna**. Tradução de Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998. 240 p.

HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

HESPANHA, António Manuel. **Justiça e litigiosidade: história e prospectiva**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. 560 p.

HORKHEIMER, Max. **Eclipse da Razão**. Tradução de Sebastião Uchoa Leite. São Paulo: Centauro, 2002. 192 p.

KANT, Immanuel. **Ideia de Uma História Universal de Um Ponto de Vista Cosmopolita**. São Paulo: Editora WMF MARTINS FONTES, 2010. 184 p.

LATOURE, Bruno. **Jamais Fomos Modernos**: ensaio de antropologia simétrica. Tradução de Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Editora 34, 2000.

LUHMANN, Niklas. **Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität**. Apud ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Niterói, RJ: Impetus, 2009. 270 p.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 2. ed. Tradução de José Bragança de Miranda. Lisboa: Gradiva, 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 960 p.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**: texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2006. 727 p. (Coleção a obra prima de cada autor : Série ouro)

MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Mediação e arbitragem – alternativas à jurisdição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. 287 p.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. Trad. De Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. 128 p.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. **Novas fórmulas para solução de conflitos**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O Judiciário e a Constituição**. São Paulo: Saraiva, p. 323-326, 1994.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 722 p.

PONIEMAN, Alejandro. **Advocacia – uma missão possível**. In: OLIVEIRA, Ângela. **Mediação – métodos de resolução de controvérsias**. São Paulo: LTr, p. 121-126, n.1, 1999.

POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. 16. ed. São Paulo: Cultrix, 2008. 564 p.

RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 406 p.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. 381 p.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **A Segurança Jurídica do Contribuinte (Legalidade, Não-surpresa e Proteção à Confiança Legítima)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROUANET, Sergio Paulo. **As razões do Iluminismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. 352 p.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 344 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível**. Disponível em:
<http://www.tex.pro.br/wwwroot/01de2006/proibicao_ingo_wlfgang_sarlett.pdf>.
Acesso em: 06 de maio de 2013.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2001.

SCHMITT, Carl. **Constitucional Theory**. Durham, NC: Duke University Press, 2008. 468 p.

SCHNITMAN, Dora Fried. **Novos paradigmas em resolução de conflitos**. In: SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen (Org.). **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: ArtMed, p. 17-27, 1999.

SENA, Adriana Goulart de. **A conciliação judicial trabalhista em uma política pública de tratamento adequado e efetivo de conflitos de interesses**. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar (Coord.). **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 298 p.

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: que é o terceiro estado?**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. 132 p.

TARNAS, Richard. **A epopeia do pensamento ocidental: para compreender as ideias que moldaram nossa visão de mundo**. 5. Ed. Tradução de Beatriz Sidou. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. 586 p.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América: leis e costumes**. 2ª ed. 1 vol. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005. 429 p.

VEZZULA, Juan Carlos. **Mediação: guia para usuários e profissionais**. Florianópolis: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 2001.

WARAT, Valéria. **Mediação e psicopedagogia: um caminho por construir**. In: WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em nome do acordo – a mediação no direito**. 2. ed. Argentina: Almed, p. 122-123, 1999.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça.**
São Paulo: Palas Athena, 2008. 276 p.