



8 a 10 de novembro de 2017 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

## SOCIEDADE, REGULAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NOS ESTADOS MODERNO E PÓS-MODERNO E PROCESSO JUDICIAL

## SOCIETY, REGULATION OF HUMAN RIGHTS IN THE MODERN AND POST-MODERN STATES AND JUDICIAL PROCESS

Andréia Momolli<sup>1</sup>

### RESUMO

Os direitos do homem constituem uma classe variável. Desde o seu surgimento, é o Estado moderno o responsável pela consagração e efetivação dos direitos, utilizando para tanto, inclusive, o processo judicial. Analisar as diferentes fases da sociedade e do Estado moderno, bem como o desenvolvimento do direito processual enseja discussão acerca das novas alternativas para a regulação e controle dos indivíduos e arranjos sociais, uma vez que se está ultrapassando a pós-modernidade, que revelou o distanciamento atual entre poder e política e as dificuldades do Estado na regulação do "espaço de fluxos". O método histórico permite a contextualização e a verificação das ocorrências sociais e jurídicas necessárias. A abordagem monográfica é utilizada ao retratar os questionamentos em processos judiciais como reveladores da sequencialidade histórico-social. O método comparativo revela as distinções nas diferentes fases de consagração dos direitos e do direito processual. A reflexão sobre o papel do poder judiciário e do próprio Estado é consequência lógica diante da constatação que se está ultrapassando a pós-modernidade.

Palavras-chaves: historicidade; injustiças; poder; judiciário.

### ABSTRACT

Human rights constitute a variable class. Since its inception, it is the modern State that is responsible for consecrating and enforcing rights, using the judicial process for that purpose. Analyzing the different phases of society and the modern state, as well as the development of procedural law, leads to a discussion about the new alternatives for the regulation and control of individuals and social arrangements, since the postmodernity is being surpassed, which revealed the distancing between power and politics and the difficulties of the state in regulating the "space of flows." The historical method allows the contextualization and verification of the necessary social and juridical occurrences. The monographic approach is used when portraying the questions in judicial processes as revealing the historical-social sequentiality. The comparative method reveals the distinctions in the different stages of consecration of rights and procedural law. The reflection on the role of the judiciary and the state itself is a logical consequence in the face of the realization that postmodernity is being overcome.

Keywords: historicity; Injustices; power; Judiciary.

<sup>1</sup> Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria e Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Juíza Federal Substituta. andreiamomolli@hotmail.com.



8 a 10 de novembro de 2017 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

## INTRODUÇÃO

Desde a sua criação, o Estado moderno exerceu o controle social, associando poder e política. Houve o reconhecimento de direitos e o desenvolvimento do processo judicial como um dos instrumentos do Estado. Ocorre que, com a implantação do neoliberalismo, as funções do Estado passaram a estar submetidas ao cálculo econômico, inclusive com o surgimento de teses junto ao poder judiciário, como a “reserva do possível”, “mínimo existencial” e “escolhas trágicas”, o que evidenciou um distanciamento entre poder e política. A regulação do “espaço de fluxos” é dificultosa para o Estado, que se deparou, no âmbito do processo judicial, com questões relacionadas a bloqueio de aplicativos de comunicação e de fornecimento de informações financeiras. O objetivo é analisar essas diferentes fases da sociedade e do Estado, dos direitos e da teoria do direito processual, bem como dos questionamentos judiciais, para propor reflexão acerca da sua continuidade. Para tanto, vale-se dos métodos histórico, monográfico e comparativo.

### 1. SURGIMENTO E DESENVOLVIMENTO DO ESTADO MODERNO, PRIMEIRA DIMENSÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E TEORIAS IMANENTISTA E AUTONOMISTAS DO PROCESSO JUDICIAL

Ao elaborar sua teoria de justiça, Amartya Sen leciona, já no prefácio de sua obra, que “o que nos move, com muita sensatez, não é a compreensão de que o mundo é privado de uma justiça completa - coisa que poucos de nós esperamos -, mas a de que a nossa volta existem injustiças claramente remediáveis que queremos eliminar”<sup>2</sup>.

Essas injustiças claramente remediáveis dizem respeito aos direitos do homem que, na lição de Bobbio, constituem uma classe variável: “o elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas etc”<sup>3</sup>. Nesse mesmo sentido, Silva afirma que os direitos não provieram das declarações, mas que houve reivindicações e

<sup>2</sup> SEN, Amartya. *A ideia de justiça*; tradução Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 9.

<sup>3</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*; tradução: Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Safer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 13.



8 a 10 de novembro de 2017 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

lutas para sua conquista: “e quando as condições materiais da sociedade propiciaram, elas surgiram, conjugando-se, pois, condições objetivas e subjetivas para sua formulação”<sup>4</sup>.

Entre os séculos XII e XIV, a falta de segurança da população, antes submetida ao poder dos senhores feudais e da Igreja, diante da crise do estilo de vida medieval, ensejou a formação de comunidades, que deu nome aos seus povos, identificou língua, origem, religião e criou sentimento nacional. Assim, surgiram as nações.

O Estado é o grande aparelho regulatório das nações modernas. Nesse formato (Estado moderno), foi estabelecido já no século XV, demonstrando desde logo sua capacidade de manter o controle das populações dispersas e sem identidade que emergiram do feudalismo<sup>5</sup>. O processo de criação dos Estados europeus culmina nos tratados de Vestefália (1648). Em troca da garantia de direitos legais, segurança, ordem e liberdade para negociar, o Estado moderno estabelece a obrigação explícita de pagar impostos e, implicitamente, exerce o controle social<sup>6</sup>.

A consagrada classificação dos direitos fundamentais em gerações de direito, ou dimensões<sup>7</sup>, que revela a expansão de sua previsão nos textos constitucionais, identifica os emergidos nessa fase como direitos de liberdade, em alusão ao lema da Revolução Francesa - liberdade (1<sup>a</sup>), igualdade (2<sup>a</sup>) e fraternidade (3<sup>a</sup>). Após, prosseguiu a doutrina para uma 4<sup>a</sup> e 5<sup>a</sup> dimensão<sup>8</sup>.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão dizem respeito às liberdades individuais. Afirmam-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho *negativo*<sup>9</sup>.

O Estado moderno liberal consolidou seu ideário na Revolução Francesa, representando, portanto, um freio ao absolutismo, com a finalidade de atender aos anseios

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p.173.

<sup>5</sup> BAUMAN, Zygmunt, BORDONI, Carlo. *Estado de Crise*; tradução Renato Aguiar. 1<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016. p. 57.

<sup>6</sup> *Ibid*, p. 58.

<sup>7</sup> A discussão diz respeito ao processo de cumulação e não de alternância em razão do reconhecimento de novos direitos fundamentais.

<sup>8</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 958.

<sup>9</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 50.



8 a 10 de novembro de 2017 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

burgueses. O foco era servir à liberdade e à segurança jurídica. Tais valores são descritos nos mais relevantes textos constitucionais do período: a Declaração de Direitos de Virgínia (1776) e a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

A jurisdição, incluída na responsabilidade estatal, estava relacionada à eliminação de conflitos, de forma a preservar e fortalecer os valores humanos da personalidade.

A primeira teoria que se formou no direito moderno, tentando estabelecer o conceito de “ação” processual, foi a chamada “teoria civilista” da “ação”<sup>10</sup>. A ação era entendida como o direito de perseguir em juízo o que lhe é devido. Confundiu o exercício da pretensão de tutela jurídica estatal com a ação de direito material. É também dita teoria imanentista ou clássica. Para Cintra, Grinover e Dinamarco:

A ação era entendida como sendo o próprio direito subjetivo material que, uma vez lesado, adquiria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida. Não se tinha consciência da autonomia da *relação jurídica processual* em face da relação jurídica de natureza substancial eventualmente ligando os sujeitos do processo. Nem se tinha noção do próprio direito processual como ramo autônomo do direito e, muito menos, elementos para a autonomia científica. Foi o longo período de *sincretismo*, que prevaleceu das origens até quando os alemães começaram a especular a natureza jurídica da ação no tempo moderno e acerca da própria natureza jurídica do processo.<sup>11</sup>

No século XIX, desenvolve-se a teoria do direito concreto da ação, que inaugurou a distinção entre direito material e direito processual. SILVA<sup>12</sup> leciona que WACH demonstrou a possibilidade haver “ação” sem correspondência a algum direito subjetivo, enquanto CHIOVENDA disse que a “ação” seria o “poder jurídico” de realizar a condição para a atuação da vontade da lei, um direito portanto distinto do direito material.

Também nesse período, DEGENKOLB afirmou ser a “ação” também um direito autônomo, “porém não apenas outorgado àqueles a quem a lei conferia algum direito subjetivo material, e sim a todos quantos invocassem um direito autônomo [...]”<sup>13</sup>. É a teoria do direito abstrato de ação.

<sup>10</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: Volume 1 - Processo de conhecimento*. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 93.

<sup>11</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 42.

<sup>12</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da, *op. cit.*, p. 97.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 98.



8 a 10 de novembro de 2017 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

Já no século XX, a fim de distinguir o “direito de ação” do “direito de petição”, houve o desenvolvimento da teoria eclética da ação, atribuída a LIEBMAN. Ela representa um meio termo entre as duas correntes autonomistas anteriores, traduzindo o direito de ação como “um direito subjetivo público dirigido contra o Estado, correspondente ao direito reconhecido a todo cidadão de obter uma sentença de mérito capaz de compor o conflito de interesses representado pela lide”.<sup>14</sup>

## 2. ESTADO SOCIAL, DEMAIS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E TEORIA INSTRUMENTALISTA DO PROCESSO

O início do século XX foi marcado pelas Grandes Guerras, pelas crises econômicas e pelo progresso técnico. O Estado Liberal era insuficiente a remediar as injustiças visíveis; entretanto, o Estado estava forte e mostrava-se capaz de superar a concentração de renda e a exclusão social.

Bauman e Bordon<sup>15</sup> lecionam que as vítimas do colapso da bolsa no final dos anos 1920 sabiam que encontrariam no Estado a saída para superar as dificuldades. À época, o Estado estava equipado com os recursos indispensáveis à tarefa, quais sejam, poder (capacidade de levar as coisas a cabo) e política (habilidade de decidir como as coisas devem ser feitas).

O modelo pós-westfaliano de Estado territorial onipotente (na maior parte dos casos, Estados-nação) saiu da guerra não só intacto, mas expandido, reforçado e confiante de corresponder às ambições abrangentes do “Estado social”, um Estado que protege todos os seus cidadãos dos caprichos do destino, de desventuras individuais e do medo das humilhações sob todas as formas (medo de pobreza, exclusão e discriminação negativa, saúde deficiente, desemprego, falta de moradia, ignorância), que assombraram as gerações pré-guerra. O modelo do “Estado social” também foi adotado, mesmo que numa versão consideravelmente reduzida, pelos numerosos novos Estados e quase Estados emergentes em meio às ruínas dos impérios coloniais.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> *Ibid*, p. 100.

<sup>15</sup> BAUMAN, Zygmunt, BORDONI, Carlo, *op. cit.*, p. 16-17.

<sup>16</sup> *Ibid*, p. 17.



8 a 10 de novembro de 2017 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

Na lição de Lenza<sup>17</sup>, “evidencia-se, então, aquilo que a doutrina chamou de segunda geração (ou dimensão) de direitos e que teve como documentos marcantes a Constituição do México de 1917 e a de Weimar de 1919”.

A segunda dimensão dos direitos fundamentais, que se refere aos direitos econômicos, sociais e culturais e atribuem ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social, na dicção de Sarlet<sup>18</sup>. Caracterizam-se pela outorga aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais. São direitos de cunho *positivo*, ditos liberdades sociais.

Quanto à terceira dimensão de direitos fundamentais, na lição de Sarlet, diz respeito aos direitos de solidariedade e de fraternidade, destinando-se à proteção de grupos humanos, de titularidade coletiva difusa<sup>19</sup>. Os direitos fundamentais de quarta geração, reconhecida especialmente por Paulo Bonavides no direito pátrio, seriam os relacionados à sua globalização, à sua universalização do plano institucional, traduzindo-se nos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo<sup>20</sup>. Também, o citado professor entende que o direito à paz deva ser tratado em dimensão autônoma, adjetivando-o de supremo direito da humanidade.

Preocupada não somente com os aspectos jurídicos, exsurgiu a fase do direito processual civil dita instrumentalista. Reconheceu-se o processo como instrumento do Estado para fins sociais, jurídicos e políticos. O foco saiu daqueles que produzem o serviço processual (juízes, advogados, promotores de justiça) e passou a ser o cidadão, buscando-se assim uma prestação de justiça efetiva e adequada à controvérsia. Entendeu-se que se estabelece entre direito material e direito processual uma relação circular de interdependência.

Diz-se que, no decorrer dessa fase ainda em andamento, tiveram lugar *três ondas renovatórias*, a saber: uma consistente nos estudos para a melhoria da *assistência judiciária* aos necessitados; b) a segunda voltada à tutela dos *interesses supra-individuais*, especialmente no tocante aos consumidores e à higidez ambiental (interesses coletivos e interesses difusos); c) a terceira traduzida em múltiplas tentativas com vistas à obtenção de fins diversos, ligados ao modo-de-ser do processo

<sup>17</sup> LENZA, Pedro, *op. cit.*, p. 59.

<sup>18</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p. 51.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 52.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 55.



8 a 10 de novembro de 2017 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

(simplificação e racionalização de procedimentos, conciliação, equidade social distributiva, justiça mais acessível e participativa etc.).<sup>21</sup>

### 3. ESTADO NEOLIBERAL, EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E NEOPROCESSUALISMO

Nos anos de 1970, entretanto, revelaram-se os freios do progresso. O desemprego estava crescente, a inflação aparentemente incontrolável e o Estado já não dava conta de cumprir sua promessa de cobertura abrangente. Dessa vez, conforme lecionam Bauman e Bordoni, a confiança do público foi investida na “mão invisível do mercado”<sup>22</sup>. Implementa-se o neoliberalismo.

“Desregulamentação”, “privatização”, “subsidiarização” haveriam de alcançar aquilo que regulamentação, nacionalização e empreendimentos comunais dirigidos pelo Estado deixaram, de forma tão abominável, de obter. Funções do Estado tinham de ser e seriam deslocadas (“transferidas”, “terceirizadas” e/ou “contratadas”) para o mercado, esse espaço reconhecidamente “sem política”; ou deixadas sobre os ombros de indivíduos humanos, agora em tese capazes de suprir individualmente, conforme inspirados e postos em movimento por sua ganância, aquilo que não tinham conseguido produzir de modo coletivo, inspirados e movidos pelo espírito comunal<sup>23</sup>.

Ocorre que a prática do neoliberalismo submete as funções sociais do Estado ao cálculo econômico. Ordena-se a prioridade na prestação do serviço público conforme sua rentabilidade.

O professor Jorge Miranda, ao tratar dos problemas do início do século XXI, afirmou:

I - Neste início de século e de milénio, o panorama político-constitucional é, de novo, de grandes transformações e instabilidade.

[...]

Em terceiro lugar, observam-se no Estado social de Direito fundos sintomas de crise - a chamada crise do Estado-providência, derivada não tanto de causas ideológicas (o refluxo das ideias socialistas ou socializantes perante ideias neoliberais) quanto de causas financeiras (os insuportáveis custos de serviços cada vez mais extensos para populações activas cada vez menos vastas), de causas administrativas (o peso de uma burocracia, não raro acompanhada de corrupção) e de causas comerciais (a quebra de

<sup>21</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, *op. cit.*, p. 43.

<sup>22</sup> BAUMAN, Zygmunt, BORDONI, Carlo, *op. cit.*, p. 18-19.

<sup>23</sup> *Ibid*, p. 19.



8 a 10 de novembro de 2017 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

competitividade, numa economia globalizante, com países sem o mesmo grau de proteção social).

Em quarto lugar, e mais importante do que todas estas vicissitudes e estes problemas, deparam-se, porém a degradação da natureza e do ambiente, as desigualdades económicas entre países industrializados e países não-industrializados, as situações de exclusão social mesmo nos países mais ricos, a manipulação comunicacional, a cultura consumista de massas, a erosão de certos valores éticos familiares e políticos. [...]

Passa-se a discutir qual o dever do Estado no cumprimento das obrigações constitucionais onerosas. E, no Brasil, em que se tem uma Constituição com extensa previsão de direitos e garantias do cidadão, com o objetivo de proporcionar ao povo brasileiro uma vida digna, a discussão acerca das limitações financeiras do Estado atingiu os poderes constituídos, nas três esferas.

No âmbito do processo judicial, tal análise foi feita especialmente sob a ótica da eficácia dos direitos fundamentais. Diuturnamente, ao serviço jurisdicional brasileiro tem sido dado decidir sobre o alcance, no caso concreto, das determinações constitucionais. E, se inicialmente tais decisões eram necessárias tendo em vista a colisão aparente de direitos fundamentais, a partir do agravamento das sucessivas crises, também o Poder Judiciário se viu diante da análise da questão financeira subsumida.

Nesse ínterim, desenvolveu-se o neoprocessualismo<sup>25</sup>, fase do direito processual que destaca a importância que se deve dar aos valores constitucionalmente protegidos na pauta de direitos fundamentais na construção e aplicação do formalismo processual.<sup>26</sup> Passa-se a entender que o processo deve estar adequado à tutela efetiva dos direitos fundamentais (dimensão subjetiva) e, além disso, ele próprio deve estar estruturado de acordo com os direitos fundamentais (dimensão objetiva).<sup>27</sup>

Construídas as bases teóricas para a análise judicial da aplicação dos direitos fundamentais, o judiciário brasileiro tem sido intensamente provocado a exercer seu papel de garantidor da efetividade da Constituição nesse tocante. Passou a controlar, inclusive, as políticas públicas e a tratar da onerosidade que decorre da implementação dos direitos fundamentais, ainda que como pano de fundo.

<sup>24</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 54-55.

<sup>25</sup> Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e outros estudiosos da Universidade Federal do Rio Grande do Sul denominam esta fase do direito processual de formalismo-valorativo.

<sup>26</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador, Jus Podivm, 2015. p. 45.

<sup>27</sup> *Ibid*, p. 55.



8 a 10 de novembro de 2017 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

No voto proferido pelo Min. Celso de Mello, enquanto relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45<sup>28</sup>, em que se entendeu cabível intervenção jurisdicional para impor o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, diante de ocorrência de arbitraría recusa governamental em lhe conferir significação, há lição acerca da cláusula da “reserva do possível”, condicionadora do processo de concretização dos direitos de segunda geração, e do “mínimo existencial”. Afirmou o Ministro que há que se verificar, de um lado, da razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, da existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Da mesma forma, a questão da escassez de recursos e das “escolhas trágicas” foi tratada pelo Min. Celso de Mello no voto proferido por ocasião do julgamento de medida cautelar na ADPF 347:

Não se desconhece que a destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem ao Estado o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo o Poder Público, em face dessa relação dilemática causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas” (GUIDO CALABRESI/PHILIP BOBBIT, “Tragic Choices - The Conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources”, W.W. Norton & Company, Inc., 1978; GUSTAVO ALMEIDA POLINELLI DE CASTRO, “Direito à Segurança Pública: Intervenção, Escassez e Escolhas Trágicas sobre Universalização”, v.g.), em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas positivadas na própria Lei Fundamental.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática que julgou prejudicada a ADPF. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB e Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. 04 de maio de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/a9kzfpa>. Acesso em: 21 ago. 2017.

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão que reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário nacional, direcionando a liberação e verbas do Fundo Penitenciário Nacional e obrigando juízes e tribunais a realizarem audiências de custódia. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator: Ministro Marco Aurélio. 18 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJuris>



8 a 10 de novembro de 2017 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

Ou seja, a prestação do serviço jurisdicional tem realizado uma análise acerca do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, inclusive dando parâmetros ao poder executivo de quais restrições poderão ser ou não implementadas à vista das dificuldades financeiras.

#### 4. ESTADO PÓS-MODERNO, DIREITOS EMERGENTES NA SOCIEDADE GLOBAL E NOVAS QUESTÕES PROCESSUAIS

Após alguns anos de prática do neoliberalismo, com a ascensão do capital financeiro, entretanto, atingiu-se o limite: a bolha estourou, empresas faliram, houve quedas drásticas de padrões de vida. Constatou-se que os mercados sem regulação, voltados apenas para o lucro, levam a catástrofes econômicas e sociais. Essa fase, denominada pós-modernidade, que iniciou na arquitetura e atingiu os diversos setores da sociedade, caracterizando-se pela exaltação do subjetivismo e declínio da solidariedade.

Eis onde jaz o fim da modernidade, nas revoltas de estudantes e trabalhadores, na revolução cultural importada da China de Mao e na primeira frustração de uma rica sociedade de consumo. Desde então, nada foi o mesmo. Até a mídia - e a mais importante é a televisão - está perdendo sua autoridade única e sua capacidade suprema de obter consenso, contribuindo para a massificação ideológica que começou pelo rádio e o cinema sob o fascismo, o nazismo e outros sistemas totalitários em todo o mundo. É o colapso de um mundo não mais capaz de acompanhar os tempos. Ainda tímidas, as novas tecnologias a miniaturização e a abertura das frequências de rádio e televisão se prestam a abalar as fundações do pensamento e a produzir um intercâmbio único de ideias: um movimento de inovação - alternativa, dizem - cujos protagonistas são as pessoas jovens.<sup>30</sup>

Em sua condição presente, todavia, o Estado não dispõe dos meios e recursos para realizar as tarefas que exigem a supervisão e o controle efetivos dos mercados, para não falar de sua regulação e administração<sup>31</sup>. Para todos os fins e propósitos práticos, grande parte do poder antes contido no interior das fronteiras do Estado-nação se evaporou e voou

prudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+347%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+347%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ojexjwz. Acesso em: 21 ago. 2017.

<sup>30</sup> BAUMAN, Zygmunt, BORDONI, Carlo, *op. cit.*, p. 112.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 21.



para a terra de ninguém do “espaço de fluxos”, enquanto a política continuou, como antes, territorialmente fixada e restringida<sup>32</sup>.

A globalização, necessária para as multinacionais remendarem o problema da superprodução, acarretou, como uma espécie de efeito colateral, a eliminação de fronteiras e o esvaziamento das garantias sociais e da representação democrática, num processo que tem sido chamado de separação entre poder e política<sup>33</sup>.

A política agora é feita no mercado. Só que esse mercado global não existe como ator, mas como uma ideologia, um símbolo. Os atores são as empresas globais, que não têm preocupações éticas, nem finalísticas. Dir-se-á que, no mundo da competitividade, ou se é cada vez mais individualista, ou se desaparece. Então, a própria lógica de sobrevivência da empresa global sugere que funcione sem nenhum altruísmo. Mas, se o Estado não pode ser solidário e a empresa não pode ser altruísta, a sociedade como um todo não tem quem a valha. Agora se fala num terceiro setor, em que as empresas privadas assumiriam um trabalho de assistência social antes deferido ao poder público. Caber-lhes-ia, desse modo, escolher quais os beneficiários, privilegiando uma parcela da sociedade e deixando a maior parte de fora. Haveria frações do território e da sociedade a serem deixadas por conta, desde que não convenham ao cálculo das firmas. Essa “política” das empresas equivale à decretação de morte da Política.<sup>34</sup>

Também, diante da ascendência do subjetivismo, com a prevalência do sujeito, constatou-se que o seu sentido advém do reconhecimento do indivíduo em face dos demais (aceitação pública). O importante é fazer suas vozes serem ouvidas acima das vozes dos outros, exibir-se e atrair atenção, curiosidade e interesse, ganhando assim a “visibilidade” necessária para sentir-se vivo e ser capaz de gastar em todas as ocasiões públicas<sup>35</sup>. Transformou-se tudo em espetáculo (em impacto na mídia).

Recentemente, as dificuldades na regulação do “espaço de fluxos”<sup>36</sup> têm se revelado com maior clareza no âmbito do poder judiciário. Cita-se, por exemplo, as demandas judiciais em que, incidentalmente, questionou-se o dever do Facebook Serviços

<sup>32</sup> *Ibid*, p. 32.

<sup>33</sup> *Ibid*, p. 89.

<sup>34</sup> SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 13<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Record, 2006, p. 67.

<sup>35</sup> *Ibid*, p. 101.

<sup>36</sup> Expressão cunhada por Manuel Castells, definida como “organização material das práticas sociais de tempo compartilhado que funcionam por meio de fluxo” (**A sociedade em Rede**, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999).



8 a 10 de novembro de 2017 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

Online do Brasil Ltda fornecer dados às autoridades judiciais brasileiras, bem como acerca do bloqueio do aplicativo de comunicação Whatsapp.

Em decisão proferida em medida cautelar na ADPF 403, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Ricardo Lewandowski, assim argumentou:

[...] Na sociedade moderna, a internet é, sem dúvida, o mais popular e abrangente dos meios de comunicação, objeto de diversos estudos acadêmicos pela importância que tem como instrumento democrático de acesso à informação e difusão de dados de toda a natureza.

Por outro lado, também é fonte de inquietação por parte dos teóricos quanto à possível necessidade de sua regulação, uma vez que, à primeira vista, cuidar-se-ia de um “território sem lei”. No Brasil, contudo, já se procurou dar contornos legais à matéria. A Lei 12.965/2014 surgiu, exatamente, como o propósito de estabelecer “princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil”.

Em seu art. 3º, I, o citado diploma dispõe que o uso da internet no País tem como um dos princípios “a garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal”. Além disso, há expressa preocupação com a “preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas” (art. 3º, V).

Ora, a suspensão do serviço do aplicativo Whatsapp, que permite a troca de mensagens instantâneas pela rede mundial de computadores, de forma abrangente como foi determinada, parece-me violar o preceito fundamental da liberdade de expressão aqui indicado, bem como a legislação de regência sobre o tema. Ademais, a extensão do bloqueio a todo território nacional, afigura-se, quando menos, medida desproporcional ao motivo que lhe deu causa. [...]<sup>37</sup>

As informações alusivas a operações financeiras também são objeto de debate judicial, especialmente quando referentes a verbas públicas. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal denegou ordem em mandado de segurança (MS 33340/DF)<sup>38</sup> por ausência de direito material de recusa de remessa de documentos pelo Banco Nacional de

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão que deferiu medida liminar para restabelecer imediatamente o serviço de mensagens do aplicativo WhatsApp. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 403. Partido Popular Socialista - PPS. Relator: Ministro Edson Fachin. 20 de julho de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+403%2ENUME%2E%29+E+S%2E%2E%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/zm94psj>. Acesso em: 21 ago. 2017.

<sup>38</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão que denegou a ordem por ausência de direito material de recusa da remessa dos documentos. Mandado de Segurança 33340. Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES e Outro(s). Relator: Ministro Luiz Fux. 31 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+33340%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+33340%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/q8tltqr>. Acesso em: 21 ago. 2017.



8 a 10 de novembro de 2017 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

Desenvolvimento Social - BNDES e outros ao Tribunal de Contas da União. Na decisão, constou a inadmissibilidade da recusa no fornecimento das informações pelas instituições financeiras, uma vez que imprescindíveis para o controle da sociedade quanto à destinação de vultosos recursos públicos.

A condição atual da sociedade, entretanto, conforme já mencionado, está a ultrapassar a era do capital financeiro. Conforme lição de Bauman e Bordoni:

Uma nova era se abre. A desintegração da massa, unida por um cuidadoso condicionamento induzido pela mídia e depois pelo consumismo desenfreado (que por algum tempo foi o símbolo da felicidade), produziu efeitos surpreendentes: de repente as pessoas se sentiram isoladas, separadas de um contexto comunitário reconhecível, solteiros ou em casais nucleares, inicialmente incapazes de se comunicar e de entender a situação incomum que experimentavam. Privadas de valores nos quais buscar referências - nesse meio-tempo, a crise das ideologias está se fazendo sentir -, sua segurança econômica e existencial está ameaçada, e, portanto, elas relutam em ajudar os outros. As pessoas só estão preocupadas com seus interesses pessoais e em se proteger diante de um presente instável e de um futuro incerto. O mundo é fluido, um agitado oceano em que as relações econômicas, sociais e culturais se combinam sem cessar. Grandes movimentos, alterações súbitas e contracorrentes exaustivas dão uma idéia da extrema instabilidade típica de grandes sistemas no plano global.<sup>39</sup>

Exsurgem as discussões sobre qual será o poder judiciário nessa nova era, quais questionamentos serão afetados aos processos judiciais, e, mais além, se o Estado resgatará seu poder regulador ou se será o fim dos poderes constituídos.

Pode-se afirmar que uma das tentativas de autopreservação do processo brasileiro resta expressa no fortalecimento da negociação processual e do princípio da adequação no Código de Processo Civil de 2015<sup>40</sup>. Também, foi nítida a preocupação com o tempo do processo, expressa especialmente nos artigos 4º: “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”, e 6º: “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em prazo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

<sup>39</sup> *Ibid*, p. 114-115.

<sup>40</sup> Artigo 190: versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm) Acesso em: 21 ago. 2017.



8 a 10 de novembro de 2017 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

O questionamento, entretanto, é latente. Diz respeito ao lugar do Estado na era da fluidez, das constantes mudanças, das incertezas, e, nesse sentido, sobre qual instituição, se houver, que dará amparo a todos esses indivíduos que estão à própria sorte, indignados com a aparente impotência dos poderes públicos em relação às ocorrências nos espaços de fluxos. O que permanecerá será a convicção de que existirão incertezas que claramente se pode remediar.

## CONCLUSÃO

A visitação histórica da sociedade e dos direitos humanos, seja os já consagrados, seja os que emergem no plano global, e que foram tratados pelo poder judiciário brasileiro, bem como sua análise comparada e em perspectiva, ensejam uma reflexão acerca das novas alternativas para a regulação e controle dos indivíduos e arranjos sociais. O estudo do desenvolvimento do Estado moderno e seus instrumentos de regulação dos direitos do homem, bem como do esvaziamento de seu poder no Estado pós-moderno, possibilitou a percepção contextualizada das questões discutidas no processo judicial e permite a discussão sobre a sua continuidade.

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt, BORDONI, Carlo. *Estado de Crise*; tradução Renato Aguiar. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*; tradução: Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Safer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 21 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão que reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário nacional, direcionando a liberação e verbas do Fundo Penitenciário Nacional e obrigando juízes e tribunais a realizarem audiências de custódia. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator: Ministro Marco Aurélio. 18 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+347%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+347%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ojexjwz>. Acesso em: 21 de ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática que julgou prejudicada a ADPF. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Partido da Social



8 a 10 de novembro de 2017 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

Democracia Brasileira - PSDB e Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. 04 de maio de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/a9kzfpa>

Acesso em: 21 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão que deferiu medida liminar para restabelecer imediatamente o serviço de mensagens do aplicativo WhatsApp. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 403. Partido Popular Socialista - PPS. Relator: Ministro Edson Fachin. 20 de julho de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+403%2ENUME%2E%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/zm94psj>

Acesso em: 21 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão que denegou a ordem por ausência de direito material de recusa da remessa dos documentos. Mandado de Segurança 33340. Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES e Outro(s). Relator: Ministro Luiz Fux. 31 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+33340%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+33340%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/q8tltqr>

Acesso em: 21 ago. 2017.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 20<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Salvador, Jus Podivm, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 13<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Record, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**; tradução Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil: Volume 1 - Processo de conhecimento**. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003